

Processo nº 114/2007

Data: 03.05.2007

(Autos de recurso em matéria civil e laboral)

Assuntos: Julgamento da matéria de facto.
Anulação.

SUMÁRIO

Constatando-se que são deficientes e obscuras as respostas a certos quesitos da base instrutória, e atento o preceituado no artº 629º, nº 4, do C.P.C.M., impõe-se a anulação do julgamento efectuado para em novo julgamento se suprir tal deficiência e obscuridade.

O relator,

José M. Dias Azedo

Processo nº 114/2007

(Autos de recurso em matéria civil e laboral)

ACORDAM NO TRIBUNAL DE SEGUNDA INSTÂNCIA DA R.A.E.M.:

Relatório

1. A, com os sinais dos autos, propôs acção declarativa de condenação contra “SOCIEDADE DE TURISMO E DIVERSÕES DE MACAU, S.A.R.L.” (S.T.D.M.), pedindo a condenação da R. no:

“a) *Pagamento da retribuição devida à Autora, acrescida dos juros legais a contar da citação da Ré;*

b) *Pagamento do trabalho prestado pela Autora durante os períodos de descanso anual, descanso semanal e feriados obrigatórios (setecentos e quinze mil, setecentos e setenta e seis patacas), acrescido dos juros legais a contar da citação;*

- c) *Pagamento do trabalho prestado pela Autora durante as licenças de parto (dezasseis mil, trezentas e dez patacas), acrescido dos juros legais a contar da citação;*
- c) *Pagamento de indemnização emergente da violação de direitos não patrimoniais da Autora, a liquidar em execução de sentença e em quantitativo conforme a equidade; e,*
- d) *Pagamento de custas e procuradoria condigna”;* (cfr. fls. 2 a 18).

*

Oportunamente, por sentença, foi a acção julgada parcialmente procedente e a R. condenada a pagar à A. “*a quantia de MOP\$296,298.00, a título de compensação pelo não gozo de descanso semanal e anual e feriados obrigatórios*”; (cfr. fls. 338 a 338-v).

*

Não se conformando com o assim decidido, recorreram A. e R..

Nas alegações que apresentou, conclui a A. que:

- “I. *Através da consulta de fls. da douta sentença, poder-se-á observar que o cálculo do trabalho prestado pela A., desde o*

ano de 1994 até ao ano de 2002, em dias de descanso incorreu em patente error muliplicandi.

II. A lei estatui que o trabalho prestado durante o descanso semanal pelo dobro e o prestado em feriados obrigatórios e descanso anual deve se remunerado pelo triplo.

III. O Tribunal a quo não utilizou os correctos factores de multiplicação.

IV. Pois que o trabalho prestado durante os descansos semanais e feriados obrigatórios foram valorados em singelo e, o prestado durante o descanso anual, valorado em dobro...

V. A ora Recorrente tem direito aos seguintes montantes:

*a) Descanso semanal (artº 17º/6 do RJRT) =
MOP\$276,887.00*

b) Descanso anual (art. 24º do RJRT) = MOP\$47,847.00

*c) Feriados obrigatórios (artº 20º do RJRT) =
MOP\$47,340.00*

d) Licença de Maternidade = MOP\$15,470.00

Total = MOP\$382,162.00

VI. Quanto à Licença de Maternidade reputa-se que foi feita prova cabal de que a A. deu à luz na vigência do contrato laboral estabelecido com a R. e que a questão da hora 時間

em que aquela deu à luz é completamente irrelevante e, por isso mesmo, nem uma única testemunha da respondeu, ou lhe foi pedido esclarecimento, sobre o pormenor horário do nascimento.

VII. Aliás, tudo supra cfr. douta Jurisprudência Superior de Macau, por todos: Proc. N°317/2005 do TSI.

VIII. Matéria de fana caprina como simples operações de aritmética dispensam quaisquer outros considerandos estando V. Excelências habilitados, desde já, a decidir em conformidade com o Direito”; (cfr. fls. 354 a 355).

*

Por sua vez, ofereceu a R. as conclusões seguintes:

- “I. Houve erro manifesto na apreciação da prova produzida em Audiência de Discussão e Julgamento, relativamente às respostas dada aos quesitos 10º a 12º;*
- II. A Recorrente não entende como o Tribunal pôde considerar que a A., ora Recorrida, não gozou qualquer dia de descanso, semanal, anual e feriados obrigatórios, o que consubstancia um claríssimo erro de apreciação da matéria*

de facto, sobretudo porque ficou provado que a A. não foi trabalhar 102 em 2000, de entre o quais dois dias de feriado obrigatório remunerado e um dia de feriado obrigatório não remunerado, e 223 dias em 2001, entre os quais dois dias de feriado obrigatório remunerado e três dias de feriado obrigatório não remunerado;

III. Ou seja, das respostas dadas por todas as testemunhas, e bem assim, da resposta aos quesitos 22º e 23º é impossível dar como provado os quesitos 10º e 12º, de forma a considerar-se que a A., ora Recorrida não gozou qualquer dia de descanso semanal, anual e feriados obrigatórios. Aquando do início da relação contratual, a A. foi informada pela R. que caso pretendesse gozar dias de descanso semanal, anual e feriados obrigatórios, tal não lhe era negado, simplesmente esses dias não seriam remunerados e cujo gozo dos mesmos ficaria dependente da autorização expressa da R.

IV. Resulta claro dos depoimentos de todas as testemunhas inquiridas - quer da Recorrente, quer sobretudo das testemunhas apresentadas pela Recorrida - que a A. gozou dias de descanso, mas que o gozo desses dias não era

remunerado.

- V. *A A., ora Recorrida, não estava dispensado do ónus da prova quanto ao não gozo de dias de descanso e devia, em audiência, por meio de testemunhas ou por meio de prova documental, ter provado que dias alegadamente não gozou, o que não o fez.*
- VI. *Assim, sendo totalmente omissa quanto à questão fundamental do não gozo de dias de descanso pela A., ora Recorrida, o Tribunal a quo errou na apreciação da prova, pelo que o douto Tribunal de Segunda Instância deverá anular a decisão e absolver a Recorrente dos pedidos deduzidos pela A., ora Recorrida.*

Assim não se entendendo, e ainda concluindo:

- VIII. *Nos termos do n° 1 do art. 335° do Código Civil (adiante CC) "Àquele que invoca um direito cabe fazer prova dos factos constitutivos do direito alegado."*
- IX. *Por isso, e ainda em conexão com os quesitos 20° a 26° da base instrutória, cabia à A., ora Recorrido, provar que a Recorrente obistou ou negou o gozo de dias de descanso.*
- X. *Com base nos factos constitutivos do direito alegado pela A.,*

ora Recorrido, lembre-se aqui que estamos em sede de responsabilidade civil, pelo que a esta apenas terá o dever de indemnização caso prove que a Recorrente praticou um acto ilícito.

- XI. E, de acordo com os arts. 20º, 17º, 4, b) e 24º do RJRT, apenas haverá comportamento ilícito por parte do empregador - e conseqüentemente direito a indemnização - quando, o trabalhador seja obrigado a trabalhar em dia de descanso semanal, anual e ou em dia de feriado obrigatório e o empregador não o remunerar nos termos da lei.*
- XII. Ora nada se provou que fosse susceptível de indicar qualquer acção ou omissão (muito menos ilícita) por parte da Recorrente que haja obstado ao gozo de descansos pela A., não podendo, por isso, afirmar-se o seu direito ao pagamento da indemnização que pede, a esse título.*
- XIII. Porque assim é, carece de fundamento legal a condenação da ora Recorrente por falta de prova de um dos elementos essenciais à prova do direito de indemnização da A., ora recorrida, i.e., a ilicitude do comportamento da R., ora Recorrente.*
- XIV. Requer-se, pois, que V, Exas se dignem revogar a sentença*

ora em crise e julgar a matéria de facto em conformidade com o ora exposto e, conseqüentemente, absolver a R. da Instância.

Assim não se entendendo, e ainda concluindo:

XV. O n° 1 do art. 5° do RJRT dispõe que o diploma não será aplicável perante condições de trabalho mais favoráveis que sejam observadas e praticadas entre empregador e trabalhador, esclarecendo o art. 6° deste diploma legal que os regimes convencionais prevalecerão sempre sobre o regime legal, se daqui resultarem condições de trabalho mais favoráveis aos trabalhadores,

XVI. O facto da A. ter beneficiado de um generoso esquema de distribuição de gorjetas que lhe permitiu, ao longo de vários anos, auferir mensalmente rendimentos que numa situação normal nunca auferiria, justifica, de per se, a possibilidade de derrogação do dispositivo que impõe ao empregador o dever de pagar um salário justo, pois caso o Recorrido auferisse apenas um salário justo - da total responsabilidade da Recorrente e pago na íntegra por esta - certamente que esse salário seria inferior ao rendimento total que a

Recorrida, a final, auferia durante os vários anos em que foi empregado da Recorrente.

XVII. Não concluindo - e nem sequer se debruçando sobre esta questão - pelo tratamento mais favorável ao trabalhador resultante do acordado entre as partes - consubstanciado, sobretudo, nos altos rendimentos que a A. auferia - incorreu o Tribunal a quo em erro do direito, o que constitui causa de anulabilidade da sentença ora em crise.

Assim não se entendendo, e ainda concluindo:

XVIII. A aceitação do trabalhador de que aos dias de descanso semanal, anual e em feriados obrigatórios não corresponde qualquer remuneração teria, forçosamente, de ser considerada como válida.

XIX. Os artigos 24º e seguintes da Lei Básica consagram um conjunto de direitos fundamentais, assim como os artigos 67º e seguintes do Código Civil consagram um de personalidade e, do seu elenco não constam os alegados direitos violados (dias de descanso anual e feriados obrigatórios).

XX. Não tendo o legislador consagrado a irrenunciabilidade dos

direitos em questão, devem os mesmos ser considerados livremente renunciáveis e, bem assim, considerada eficaz qualquer limitação voluntária dos mesmos, seja essa limitação voluntária efectuada ab initio, superveniente ou ocasionalmente.

XXI. Donde, deveria o Tribunal ter considerado eficaz a renúncia ao gozo efectivo de tais direitos, absolvendo a aqui Recorrente do pedido.

Assim não se entendendo, e ainda concluindo:

XXII. Ao trabalhar voluntariamente - e, realce-se, não ficou em nenhuma sede provado que esse trabalho não foi prestado de forma voluntária, muito pelo contrário - em dias de descanso (sejam eles anual, semanal ou resultantes de feriados), o Recorrido optou por ganhar mais, tendo direito à correspondente retribuição em singelo.

XXIII. E, não tendo a Recorrida, sido impedida de gozar quaisquer dias de descanso anual, de descanso semanal ou quaisquer feriados obrigatórios, é forçoso é concluir pela inexistência do dever de indemnização da STDM à Recorrida.

Ainda sem conceder, e ainda concluindo:

XXIV. Por outro lado, jamais pode a ora Recorrente concordar com a fundamentação da Mm^a Juiz a quo quando considera que a A., ora Recorrido, era remunerada com base num salário mensal, sendo que toda a factualidade dada como assente indica o sentido inverso, ou seja, do salário diário.

XXV. Com efeito, a proposta contratual oferecida pela ora Recorrente aos trabalhadores dos casinos, como a aqui Recorrida, é a mesma há cerca de 40 anos: auferiam um salário diário fixo de MOP\$4.10, HKD\$10/dia ou de HKD\$15, ou seja, um salário de acordo com o período de trabalho efectivamente prestado.

XXVI. Acresce que o "esquema" do salário diário nunca foi contestado pelos trabalhadores na pendência da relação contratual e, ademais, nunca os trabalhadores impugnaram expressamente a alegação desse facto nas instâncias judiciais nos processos pendentes.

XXVII. Trata-se de uma disposição contratual válida e eficaz de acordo com o RJRT que prevê, expressamente, a possibilidade das partes acordarem no regime salarial

mensal ou diário, no âmbito da liberdade contratual prevista no artº 1º do RJRT.

XXVIII. Ora, na ausência de um critério legal ou requisitos definidos para aferir a existência de remuneração em função do trabalho efectivamente prestado, ao estabelecer que a A., ora Recorrido, era remunerada com um salário mensal, a sentença recorrida desconsidera toda a factualidade dada como assente e, de igual forma, as condições contratuais acordadas entre as partes. Salvo o devido respeito por entendimento diverso, a Recorrente entende que, nessa parte, a decisão em crise não está devidamente fundamentada e é arbitrária, ao tentar estabelecer como imperativo (i.e., o regime de salário mensal em contratos de trabalho típicos) o que a lei define como dispositivo (i.e., as partes podem livremente optar pelo regime de salário mensal ou diário em contratos de trabalho típicos).

XXIX. Deve assim ser reapreciada por V. Exas. a decisão final, no sentido de a mesma se adequar à matéria de facto dada como provada, efectuando-se o cálculo do quantum indemnizatório com base no regime previsto para os casos do salário diário, o que expressamente se requer.

Por outro lado,

XXX. O trabalho prestado pelo Recorrido em dias de descanso foi sempre remunerado em singelo

XXXI. A remuneração já paga pela ora Recorrente à ora Recorrido por esses dias deve ser subtraída nas compensações devidas pelos dias de descanso a que a A. tinha direito, nos termos do DL 101/84/M, depois nos termos do DL 24/89/M, e finalmente nos termos do Decreto-Lei nº 32/90/M.

XXXII. Maxime, o trabalho prestado em dia de descanso semanal, para os trabalhadores que auferem salário diário, deve ser remunerado como um dia normal de trabalho (cfr. al. a) e b) do nº 6 do artº 17º do RJRT, tendo o Tribunal a quo descurado em absoluto essa questão.

XXXIII. Ora, nos termos do art. 26º, nº 4 do RJRT, salário diário inclui a remuneração devida pelo gozo de dias de descanso e, nos termos do art. 17º, nº 6, al. b), os trabalhadores que auferem salário diário verão o trabalho prestado em dia de descanso semanal remunerado nos termos do que for acordado com o empregador.

XXXIV. No presente caso, não havendo acordo expresso, deverá considerar-se que a remuneração acordada é a

correspondente a um dia de trabalho.

XXXV. A decisão recorrida enferma assim de ilegalidade, por errada aplicação da al. b) do n° 6 do art. 17° e do artigo 26° do RJR T, o que importa a revogação da parte da sentença que condenou a Recorrente ao pagamento relativo às compensações pelo não gozo dos dias de descanso, o que, expressamente, se requer.

Ainda concluindo:

XXXVI. As gorjetas dos trabalhadores de casinos não são parte integrante do conceito de salário, e bem assim as gorjetas auferidas pelos trabalhadores da STDM.

XXXVII. Neste sentido a corrente Jurisprudencial dominante, onde se destaca com particular acuidade o Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 8 de Julho de 1999.

XXXVIII. Também neste sentido se tem pronunciado a doutrina de uma forma pacificamente unânime.

XXXIX. O ponto essencial para a qualificação das prestações pecuniárias enquanto prestações retributivas, é quem realiza a prestação. A prestação será retribuição quando se trate de uma obrigação a cargo do empregador.

- XL. Nas gratificações há um animus donandi, ao passo que a retribuição consubstancia uma obrigatoriedade.*
- XLI. A propósito da incidência do Imposto Profissional: "O Imposto Profissional incide sobre os rendimentos do trabalho, em dinheiro ou em espécie, de natureza contratual ou não, fixos ou variáveis, seja qual for a sua proveniência ou local, moeda e forma estipulada para o seu cálculo e pagamento", É a própria norma que distingue, expressamente, gorjetas de salário.*
- XLII. Qualifica Monteiro Fernandes expressamente as gorjetas dos trabalhadores da STDM como "rendimentos do trabalho", esclarecendo que os mesmos são devidos por causa e por ocasião da prestação de trabalho, mas não em função ou como correspectividade dessa mesma prestação de trabalho.*
- XLIII. Na verdade, a reunião e contabilização são realizadas nas instalações dos casinos da STDM, mas com a colaboração e intervenção de croupiers, funcionários da tesouraria e de, funcionários do governo que são chamados para supervisionar a contabilização das gorjetas.*
- XLIV. Salvo o devido respeito pela Mm^a Juiz a quo, a posição de*

sustentar a integração das gorjetas no conceito jurídico de salário, com base no conceito abstracto e subjectivo de “salário justo”, não tem qualquer fundamento legal, nem pode ter aplicação no caso concreto.

XLV. Em primeiro lugar, porque o que determinar se certo montante integra ou não o conceito de salário, são critérios objectivos, que, analisados detalhadamente, indicam o contrário, se não vejamos: as gorjetas são montantes, (i) entregues por terceiros; (ii) variáveis; (iii) não garantidos pela STDM aquando da contratação; (iv) reunidas e contabilizadas pelos respectivos croupiers, juntamente com funcionários da tesouraria e do governo de Macau.

XLVI. E, fortalece a nossa tese, a posição do governo de Macau que nunca considerou necessário a definição de um montante mínimo salarial que pudesse servir de bitola para a apreciação – menos discricionária – do que é um salário justo.

XLVII. Dessa forma, o cálculo da eventual indemnização só poderia levar em linha de conta o salário diário, excluindo-se as gorjetas”; (cfr. fls. 417 a 458).

*

Colhidos os vistos legais, cumpre decidir.

Fundamentação

Dos factos

2. Deu o Colectivo do T.J.B. como provada a matéria de facto seguinte:

“A A. começou a trabalhar para a R em 21/10/1994; (alínea A).

O rendimento médio diário da autora era composto por duas prestações, uma a título fixo e outra a título variável; (alínea B).

Desde a data em que a R. iniciou a actividade de exploração de jogos de fortuna e azar, o que ocorreu na década de sessenta, e até à data em que cessou essa actividade por motivo do termo de vigência de licença que a permitia exercer, que as gorjetas dadas a cada um dos seus trabalhadores pelos seus clientes eram reunidas e, contabilizadas, por uma comissão paritária com a seguinte composição: um membro de departamento de tesouraria da R., um "floor manager"(gerente do andar) e

um ou mais trabalhadores da R., e depois distribuídas por todos os trabalhadores dos casinos que explorou, de acordo com a categoria profissional a que pertenciam; (alínea C).

A A. manteve-se ao serviço da R. até ao dia 30 de Junho de 2002; (alínea D).

Os dias de descanso que, ao longo da vigência da relação contratual, a. A. gozou, não foram remunerados; (alínea E).

A A. recebeu no ano de 1994 MOP\$12,18 1.00; (resposta ao quesito 2º).

A A. recebeu no ano de 1995 MOP\$107,582.00; (resposta ao quesito 3º).

A A. recebeu no ano de 1996 MOP\$142,709.00; (resposta ao quesito 4º).

A A. recebeu no ano de 1997 MOP\$129,644.00; (resposta ao quesito 5º).

A A. recebeu no ano de 1998 MOP\$137,380.00; (resposta ao quesito 6º).

A A. recebeu no ano de 1999 MOP\$121,735.00; (resposta ao quesito 7º).

A A. recebeu no ano de 2000 MOP\$108,712.00; (resposta ao

quesito 8º).

A A. recebeu no ano de 2001 MOP\$62,724.00; (resposta ao quesito 9º).

A A. nunca gozou férias anuais enquanto esteve ao serviço da Ré; (resposta ao quesito 10º).

Ao longo dos anos, a A. nunca gozou um único dia de descanso por cada semana de trabalho; (resposta ao quesito 11º).

Durante esse tempo a A. precisava da autorização da R. para ser dispensada dos serviços e que durante estes períodos de dispensa autorizada, a A. não recebia qualquer compensação; (resposta ao quesito 12º).

A A. teve um filho durante a vigência da relação contratual; (resposta ao quesito 13º).

A R. não concedeu à A. licença de parto remunerada; (resposta ao quesito 14º).

Nos dias de descanso semanal, de descanso anual e dos feriados obrigatórios que prestou efectivamente trabalho, a A. não recebeu qualquer acréscimo; (resposta ao quesito 15º).

A Autora viu-se limitada de poder estar na companhia da sua família durante as férias semanais e feriados obrigatórios, dar o acompanhamento ao seu filho menor e dar assistência aos pais; (resposta ao quesito 16º).

Causou à Autora certa tristeza, desgosto, por saber que a família se encontrava sem o seu apoio; (resposta ao quesito 18º).

A A. deixou de trabalhar para a R. em 2002; (resposta ao quesito 19º).

A R. não pagou à A. qualquer quantia devido à cessação da relação contratual; (resposta ao quesito 20º).

Ao gozo de dias de dispensa não corresponderia qualquer compensação; (resposta ao quesito 21º).

A A. foi dispensada do serviço 102 dias em 2000; (resposta ao quesito 22º).

A A. foi dispensada do serviço 223 dias em 2001; (resposta ao quesito 23º)”; (cfr., fls. 140 a 141-v e 324 a 324-v).

Do direito

3. Insurgem-se A. e R. dos presentes autos contra a sentença proferida pelo Mmª Juiz “a quo”, assacando à sentença recorria vícios de “erro na apreciação da prova” assim como “vícios de interpretação e aplicação do direito”.

— Mostra-se-nos de começar pelo imputado “erro na apreciação da prova”.

Alega a R. que “*houve erro manifesto na apreciação da prova produzida em Audiência de Discussão e Julgamento, relativamente às respostas dada aos quesitos 10º a 12º*”, afirmando ainda não entender “*como o Tribunal pôde considerar que a A., ora Recorrida, não gozou qualquer dia de descanso, semanal, anual e feriados obrigatórios*”; (cfr., concl. I e II).

Ponderando sobre a questão, e analisados os autos, cremos que outra é a questão que se coloca em primeiro lugar, e que consiste na “obscuridade” e “deficiência” da matéria de facto dada como provada, que impondo a anulação do julgamento efectuado, impede a apreciação dos recursos.

Passa-se a tentar explicar este nosso ponto de vista.

Perante as posições assumidas pela A. e R., e no que toca ao descanso semanal, anual e feriados obrigatórios, levou o Mmº Juiz “a quo” para a base instrutória os seguintes quesitos (entre outros):

– A A. nunca gozou férias anuais enquanto esteve ao serviço da Ré?
(quesito 10º).

– Ao longo dos autos, nem sequer chegou alguma vez a gozar um
única dia de folga semanal? (quesito 11º).

– Nem nunca gozou qualquer dos feriados obrigatórios? (quesito
12º).

Produzida a prova e após o julgamento, aos referidos quesitos
respondeu-se da forma que consta da “matéria de facto dada como
provada” atrás transcrita, de onde se constata que em relação aos quesitos
10º e 11º se respondeu no sentido que a A. nunca tinha gozado descansos
semanais e anuais, e, no que diz respeito aos “feriados obrigatórios”, que
*“durante esse tempo a A. precisava da autorização da R. para ser
dispensada dos serviços e que durante estes períodos de dispensa
autorizada, a A. não recebia qualquer compensação”*.

Não obstante a resposta assim dada ao “quesito 12º”, e em sede de
cálculo da indemnização a atribuir à A., contabilizaram-se 6 dias de

feriados obrigatórios não gozados nos anos de 1995 a 1999 e 4 nos anos de 2000 e 2001, fixando-se posteriormente a indemnização em causa no montante de MOP\$28,142.00 (cfr., fls. 336-v).

Ora, crê-se que com bastante evidência se pode concluir que inadequada é tal decisão perante a resposta dada ao mencionado quesito 12º.

Porém, o certo é que, perante a mesma resposta, que não esclarece se a A. gozou feriados obrigatórios, e em caso positivo, quantos, impedida está esta Instância de se pronunciar sobre o peticionado pela A. que alegava nunca ter gozado nenhum.

De facto, é a aludida resposta “obscura” e “deficiente”, o que, atento ao preceituado no artº 629º nº 4 do C.P.C.M., impõe a anulação do julgamento, para que, em novo julgamento seja tal deficiência sanada, impedindo-se assim o conhecimento dos recursos interpostos.

Da mesma forma, considerando-se que provado ficou que “a A. teve um filho durante a vigência da relação contratual; (resposta ao quesito 13º)” e que “a R. não concedeu à A. licença de parto remunerada;

(resposta ao quesito 14º)”, e mostrando-se de relevo apurar a “data do nascimento” do filho da A. para efeito de eventual fixação de indemnização, deve-se tentar o esclarecimento de tal data no novo julgamento a efectuar.

Decisão

4. Nos termos e fundamentos expostos, em conferência, acordam anular o julgamento efectuado nos presentes autos pelo T.J.B..

Custas pelo vencido a final.

Macau, aos 03 de Maio de 2007

José M. Dias Azedo

Chan Kuong Seng

Lai Kin Hong