

Processo nº 429/2007

(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.:

“a) A pagar ao A. todas as quantias em dívida resultantes da violação do seu direito ao descanso semanal, que ascendem ao total de MOP\$1.273.540,00 (um milhão, duzentas e setenta e três mil, quinhentas e quarenta patacas), quantia essa acrescida de juros à taxa legal desde a citação até integral e efectivo pagamento;

- b) *A pagar ao A. todas as quantias em dívida resultantes da violação do seu direito ao descanso anual, que ascendem ao total de MOP\$232.668,00 (duzentas e trinta e duas mil, seiscentas e sessenta e oito patacas), quantia essa acrescida de juros à taxa legal desde a citação até integral e efectivo pagamento;*
- c) *A pagar ao A. todas as quantias em dívida resultantes da violação do direito aos feriados obrigatórios, que ascendem ao total de MOP\$232.668,00 (duzentas e trinta e duas mil, seiscentas e sessenta e oito patacas), quantia essa acrescida de juros à taxa legal desde a citação até integral e efectivo pagamento;*
- d) *A pagar ao A. a quantia de MOP\$300.000,00 (trezentas mil patacas) a título de danos não patrimoniais, quantia essa acrescida de juros à taxa legal desde a citação até integral e efectivo pagamento; e,*
- e) *A restituir ao A. todos os descontos que o mesmo efectuou para o Fundo dos Trabalhadores da STDM, gerido pela R., acrescidos dos juros devidos”; (cfr. fls. 2 a 19).*

*

Oportunamente, por sentença, foi a R. condenada a pagar ao A. “*a quantia de MOP\$864,766.00, a título de indemnização somatória de descanso semanal, de férias anuais remuneradas e de descanso nos feriados obrigatórios, acrescido de juros legais vincendos à taxa legal, desde o trânsito em julgado da sentença, até efectivo e integral pagamento*” ; (cfr. fls. 459 a 459-v).

*

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

Nas alegações que apresentou, conclui o A. que:

“DA VIOLAÇÃO DAS REGRAS DO ÓNUS DA PROVA

A. O incumprimento dos deveres legais referidos nas alíneas (i) a (xi) do parágrafo 2 devia ter sido considerado demonstrado por força do disposto nos artºs 335º, nºs 2 e 3, e 788º nº 1 do CCM.

DESCANSO SEMANAL (DL nº 101/84/M)

B. A decisão do tribunal recorrido no sentido de, até 1989, não conceder ao A., a indemnização pelo dia de descanso

compensatório a que tinha direito de gozar dentro dos 30 dias seguintes ao da prestação de trabalho, deverá ser revogada por violação do disposto no artigo 17.º, n.º 4 do DL n.º 101/84/M e, por conseguinte, do art.º 69.º, n.º 3 do Código de Processo do Trabalho, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 45497, fixando-se esse valor em MOP90,614.00.

DESCANSO SEMANAL (RJRL)

C. A decisão relativa à fórmula (salário médio diário X 2) de cálculo do montante da compensação por descanso semanal violou a interpretação do disposto no art.º 17.º, n.º 6, a) do RJRL, fixado nos acórdãos proferidos por unanimidade pelo Tribunal de Segunda Instancia no Recurso n.º 255/2006, de 9 de Novembro de 2006, e nos Recursos n.º 188/2002, 416/2006 e 311/2006, bem como a doutrina fixada na jurisprudência comparada do Tribunal Superior do Trabalho do Brasil, Enunciado n.º 146.

D. A decisão relativa à fórmula (salário médio diário X 2) de cálculo do montante da compensação por descanso semanal no valor de MOP694,688.00, deverá ser revogada por violação do disposto no art.º 17.º, n.ºs 4 e 6, a) e 26.º, n.º 1 do RJRL, fixando-se agora esse valor em MOP1,043,601.00 de

acordo com a fórmula: salário médio diário X n. ° de dias X

3.

DESCANSO ANUAL (RJRL)

- E. O valor do salário diário que o Tribunal descontou na fórmula de cálculo da compensação pela privação do gozo do período de descanso anual, não faz parte do valor da compensação punitiva prevista no artº 24.º do RJRL.*
- F. A fracção do salário mensal que o tribunal recorrido descontou na fórmula de cálculo da compensação pela privação do gozo do período de descanso anual faz parte do salário mensal, ou seja, faz parte daquele salário que é obrigatoriamente pago no fim de cada mês ao trabalhador, desde que não hajam faltas injustificadas que consintam qualquer dedução a esse montante.*
- G. O A. recebeu o salário que o tribunal recorrido descontou do montante total da indemnização pela prestação de trabalho nos dias de descanso anual, não a título de adiantamento por conta da compensação por conta da indemnização punitiva prevista no artº 24.º do RJRL, mas apenas porque tinha direito à totalidade do seu salário mensal por não ter faltado ao serviço.*

- H. *O salário descontado pelo tribunal recorrido faz parte do salário mensal do A. e nada tem a ver com a compensação ao A. pelo trabalho prestado nos dias de descanso anual obrigatórios nem com o montante da indemnização com que a lei sanciona o impedimento pelo empregador do gozo das férias anuais do trabalhador.*
- I. *Ao dar como verificados os factos integradores da "factispecie" da norma prevista no artº 24.º do RJRL, por um lado, e ao deduzir parte do salário mensal recebido pelo A. por ter prestado trabalho durante o período a que o salário respeitava, por outro, o tribunal recorrido violou o disposto no artº 24.º do RJRL.*
- J. *A decisão relativa à fórmula (salário médio diário X 2) de cálculo do montante da compensação por descanso anual no valor de MOP80,265.00 deverá ser revogada por violação do disposto no artº 21.º, nº 1, 22.º, nº 2, 24.º e 26.º, nº 1 do RJRL, fixando-se esse valor em MOP119,700.00 de acordo com a fórmula: salário médio diário X n.º de dias X 3.*

DOS FERIADOS REMUNERADOS (DL nº 101/84/M)

- K. *O Tribunal a quo não fixou qualquer indemnização pelo trabalho prestado pelo A. nos feriados do 1 de Janeiro, 1 de*

Maio e 1 de Outubro relativos ao período de vigência do DL n° 101/84/M, de 25/08.

L. Quando o trabalhador trabalhe em dia de feriado remunerado, terá direito:

(i) à sua remuneração mensal normal pelo facto de ter trabalhado,

*(ii) a mais um dia de descanso compensatório pelo facto de ter trabalhado quando a lei o dispensara de o fazer,
e*

(iii) à correspondente remuneração desse dia de dispensa remunerada.

M. Esta decisão do tribunal recorrido no sentido de não atribuir qualquer compensação à recorrente por conta do trabalho prestado nos dias de feriados obrigatórios remunerados, viola o disposto no artºs 20º, nºs 2 e 3, 23º, nº 1, in fine, 28º, nº 1 e 30º, nº 3 do Decreto-Lei nº 101/84/M, de 25 de Agosto, segundo a qual os quais o A. devia ter sido dispensado da prestação do trabalho sem perda de remuneração e, por conseguinte, viola o disposto no artº 69.º, nº 3 do Código de Processo do Trabalho, aprovado pelo Decreto-Lei nº 45497, fixando-se esse valor em MOP10,708.00 de acordo com a

fórmula: salário médio diário X n° de dias X 2.

DOS FERIADOS NÃO REMUNERADOS (DL n° 101/84/M)

- N. Quando o trabalhador trabalhe em dia de feriado obrigatório não remunerado, além da remuneração mensal, adquiere também o direito a ser compensado pelo dia de dispensa ao trabalho de que não beneficiou.*
- O. Se assim não fosse, o disposto no art° 20°, n° 2 do DL n° 101/84/M, de 25/08, seria letra morta, i.e., um preceito esvaziado de sentido útil e cuja violação pela entidade empregadora não importaria qualquer consequência.*
- P. A decisão de não arbitrar qualquer indemnização pelo trabalho prestado até 1989 nos dias de feriados obrigatórios não remunerados, deverá ser revogada por violação do disposto nos art°s 20°, n° 2, 23.°, n° 1, in fine, 28°, n° 1 e 30°, n° 3 do Decreto-Lei n° 101/84/M, de 25 de Agosto, segundo os quais o A. devia ter sido dispensado da prestação do trabalho sem perda da remuneração mensal e, por conseguinte, do art° 69°, n° 3 do Código de Processo do Trabalho, aprovado pelo Decreto-Lei n° 45497, a que corresponde o actual 42.°, n° 3 do novo Código de Processo do Trabalho (CPT), fixando-se esse valor em MOP11,185.00, de acordo com a fórmula:*

salário médio diário X n° de dias XI.

DOS FERIADOS REMUNERADOS (RJRL)

Q. A decisão relativa à fórmula (salário médio diário X n." de dias X 2) de cálculo do montante da compensação pelo trabalho prestado durante os feriados obrigatórios remunerados no valor de MOP77,881.00, deverá ser revogada por violação do disposto no artº 19.º, nº 2, 26º, nº 1 e 28.º, nº 3 do RJRTM e, por conseguinte o artº 69.º, nº 3 do Código de Processo do Trabalho, aprovado pelo Decreto-Lei nº 45497, a que corresponde o actual 42.º, nº 3 do novo Código de Processo do Trabalho (CPT), e a jurisprudência do TSI, nomeadamente o Acórdão em 8 de Junho de 2006, fixando-se esse valor em MOP116,838.00 de acordo com a fórmula: salário médio diário X n. ° de dias X 3.

DOS FERIADOS NÃO REMUNERADOS (RJRL)

R. A decisão do Tribunal a quo no sentido de não arbitrar qualquer compensação pelo trabalho prestado em dia de feriado obrigatório não remunerado, deverá ser revogada por violação do disposto no artº 19.º, nºs 2 e 3, 26.º, nº 1 e artº 28.º, nº 3 do RJRTM segundo os quais o A. devia ter sido dispensado da prestação do trabalho sem perda da

remuneração mensal e, por conseguinte, por violação do artº 69.º, nº 3 do Código de Processo do Trabalho, aprovado pelo DecretoLei nº 45497, fixando-se esse valor em MOP27,236.00, de acordo com a fórmula: salário médio diário X nº de dias X 1.

DOS JUROS VENCIDOS

S. A Ré constituiu-se em mora no terceiro dia útil subsequente ao termo do período (de descanso anual, semanal ou de feriado obrigatório) a que o salário respeitava, conforme resulta das disposições conjugadas dos artºs 30.º, nº 3 do Decreto-Lei nº 101/84/M, de 25 de Agosto 28.º, nº 3 do RJRT e 805.º, nº 2, b) do Código Civil de 1966, actual artº 794.º, nº 2, al. b) do Código Civil de Macau, pelo que deve à Recorrente a quantia de MOP906,266.99, a título de juros vencidos sobre as quantias devidas por conta do trabalho prestado nos períodos de descanso semanal e feriados obrigatórios.

T. A decisão do tribunal recorrido no sentido de que os respectivos juros apenas podem ser calculados a partir da data do trânsito em julgado da sentença, deverá ser revogada e substituída outra que fixe os juros desde as datas de

vencimento dos créditos a que os juros respeitam.

DOS DANOS NÃO PATRIMONIAIS (MOP 300,000.00)

- U. A factualidade provada na resposta ao quesito 24 da Base Instrutória determina, por si só, a fixação de uma indemnização por violação da integridade física e psíquica do A. prevista no artº 70º, nº 1 do Código Civil de 1966 e no artº 71º, nº 1 do CCM, dado que, segundo a jurisprudência uniforme do Tribunal de Segunda Instância: «o descanso semanal pressupõe a prestação de trabalho efectivo durante um determinado período, por forma a que seja imprescindível à recuperação das energias físicas e psíquicas do trabalhador» [cfr. acórdãos proferidos nos processos 509/2006, 478/2006, 407/2006, 383/2006, 385/2006, 362/2006, 327/2006, 294/2006, 264/2006, 298/2006, 166/2006, 271/2006, 208/2006, 243/2006, 207/2006, 178/2006, 169/2006, 104/2006, 19/2006, 18/2006, 27/2006, 26/2006, 69/2006, 331/2005, 322/2005, 320/2005, 296/2005, 340/2005, 297/2005, 255/2005]*
- V. No caso "sub judice" interessa saber se o sacrificio ou a penosidade resultante do trabalho nocturno e diurno em turnos rotativos contínuos foi agravada pela Ré pela violação do disposto nos art.os 6.º, 10.º, nº 1, 2 e 4 b) do*

"Regulamento Geral de Higiene e Segurança do Trabalho nos Estabelecimentos Comerciais, de Escritórios e de Serviços" e do artº 7.º, nº 1, c) do RJRL ex vi do 17.º, nº 2. 19.º, nº 2, 22.º, nº 1 e 37.º, nº 2, todos do mesmo diploma, e do artº 10º da Lei nº 7/88/M, de 23 de Maio, actual artº 201º, parágrafo 7 do ETAPM aplicável por analogia ex vi do artigo 55º do RJRTM conjugado com o disposto no artigo 9º, nº 1 e 2 do Código Civil.

- W. A organização do trabalho por turnos rotativos ininterruptos foi concebida e implementada sem atender aos direitos de personalidade, designadamente, do "direito à saúde e qualidade de vida" do qual é tributário o direito ao equilíbrio entre vida familiar e vida profissional a que todos os trabalhadores têm direito.*
- X. O sistema de organização dos turnos rotativos ininterruptos imposto ao ora Recorrente pela Ré sem fixação do descanso semanal obrigatório (art.º 17.º, nº 2 do RJRT) violou o disposto no artº 6.º do "Regulamento Geral de Higiene e Segurança do Trabalho nos Estabelecimentos Comerciais, de Escritórios e de Serviços" e do artº 7.º, nº 1, c) do RJRL ex vi do 17.º, nº 2. 19.º, nº 2, 22.º, nº 1 e 37.º, nº 2, todos do mesmo*

diploma, os quais se destinam a proteger os direitos de personalidade do trabalhador, incluindo o direito à saúde.

- Y. Da sujeição da Recorrente ao regime de turnos rotativos (período diurno/nocturno) contínuos imposto pela Ré em contravenção ao disposto nos artº 6.º do "Regulamento Geral de Higiene e Segurança do Trabalho nos Estabelecimentos Comerciais, de Escritórios e de Serviços" e do artº 7.º, nº 1, c) do RJRL ex vi do 17.º, nº 2, 19.º, nº 2, 22.º, nº 1 e 37.º, nº 2, todos do mesmo diploma, resultou para a Ré o dever de indemnizar a ora Recorrente pela lesão da sua integridade física e psíquica, por impossibilidade de adequada regeneração física e psíquica, bem como da sua liberdade pessoal.*
- Z. Factos estes cuja realidade se alcança, desde logo, por presunção judicial (v. artºs 342.º e 344.º do Código Civil), verificada que está, em concreto, a inobservância por banda da Ré das interrupções obrigatórias de actividade do Recorrente (resposta do tribunal colectivo aos quesitos 24 a 26 da Base Instrutória durante o todo o período de duração da relação laboral (vide, neste sentido, jurisprudência citada e afirmada no Acórdão do TSI, proferido em 15 de Fevereiro*

de 2001, no Processo nº 4/2001) conjugada com os factos relativos ao sistema de turnos rotativos contínuos e à perda da auto-disponibilidade do trabalhador (cfr. resposta aos quesitos 27 e 28 da Base instrutória.

AA. A decisão do tribunal recorrido no sentido de não arbitrar qualquer indemnização a título de danos morais deverá, pois, ser revogada, por violação da personalidade física e moral tutelada nos artigos 67.º, nº 2, 71.º, nº 1 e 72.º, nº 1, todos do Código Civil (CCM) aplicáveis por força da violação dos artigos 6.º e 10.º, nº 1 e 2 do "Regulamento Geral de Higiene e Segurança do Trabalho nos Estabelecimentos Comerciais, de Escritórios e de Serviços", do art.º 7.º, n.º 1, c), 17.º, nº 2 e 4, 24.º, nº 1 e 20.º, nº 2 do Decreto-Lei nº 101/84/M, de 25 de Agosto e do 17.º, nº 2 e 4, 22.º, nº 1 e 19.º, nº 2 do RJRTM) e do artº 10.º, ponto 7 da Lei nº 7/88/M, de 23 de Maio, actual artº 201.º, parágrafo 7 do ETAPM aplicável por analogia ex vi do artigo 55.º do RJRTM conjugado com o disposto no artigo 9.º, nº 1 e 2 do Código Civil.

BB. A decisão recorrida violou, nesta parte e, por conseguinte, o disposto nos artº 489.º, nº 3, 477.º, nº 1, 342.º e 344.º, todos do CCM"; (cfr., fls. 468 a 527).

*

Por sua vez, conclui a R. que:

- I. *Houve erro manifesto na apreciação da prova produzida em Audiência de Discussão e Julgamento, relativamente às respostas dadas aos quesitos 24º e 26º.*
- II. *A Recorrente não entende como o Tribunal pôde considerar que o A., ora Recorrido, não gozou qualquer dia de descanso, semanal, anual e feriados obrigatórios, o que consubstancia um claríssimo erro de apreciação da matéria de facto;*
- III. *Ou seja, das respostas dadas por todas as testemunhas, e bem assim, da resposta ao quesito 30º, é impossível dar como resposta aos quesitos 24º a 26º que o A., ora Recorrido não gozou qualquer dia de descanso semanal, anual e feriados obrigatórios.*
- IV. *Assim, sendo a prova efectuada totalmente omissa quanto à questão fundamental do não gozo de dias de descanso pelo A., ora Recorrido, 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 pelo A., ora Recorrido.

- V. *Mais é, a sentença de que ora se recorre, anulável por erro manifesto na subsunção da matéria de facto na aplicação do direito. A decisão ora em crise foi proferida com base numa fundamentação que necessariamente teria de ser sustentada por matéria de facto que, no caso dos presentes autos, não foi dada como provada e, porque assim foi, errou a decisão na aplicação do direito.*
- VI. *Com efeito, ainda que se entenda que ficou devidamente provado que o A. não gozou qualquer dia de descanso, o que não se concede e apenas se admite para efeitos de raciocínio e mera cautela de patrocínio, nunca a Mma. Juiz poderia ter condenado a R. no pagamento de uma indemnização relativa a um valor cujo não pagamento, pela R., o A. não logrou provar.*
- VII. *Com efeito, não existe qualquer quesito relativo ao pagamento de acréscimo salarial pelo trabalho prestado em dias de descanso, como não existe na matéria assente qualquer alínea que faça referência a este facto.*
- VIII. *Constitui, destarte, um grave erro de subsunção à solução*

de direito aplicável considerar o que consta nos pontos 4.3, 4.4 e 4.5 da Sentença recorrida, ou seja, que pelo trabalho prestado em dias de descanso semanal, anual e feriados obrigatórios, o A. nunca recebeu qualquer acréscimo salarial.

IX. Ainda, tendo a Mma. Juiz dado como provado que "(...) desde o início da relação entre Autor e Ré e até Outubro de 2000, o A. nunca gozou nenhum dia de descanso por cada semana de trabalho. ", nunca poderia ter condenado a R. no pagamento de quaisquer quantias pelo não gozo, por parte do A., de quaisquer dias descanso semanal, após Setembro de 2000.

X. Ainda, a Mma. Juiz do Tribunal Judicial de Base que elaborou a selecção da matéria de facto, ao formular os quesitos 24º a 26º, quis explicitamente prever a possibilidade do A., ora Recorrido, provar que foi (i) obrigado a trabalhar em dias de descanso; (ii) não autorizado; ou (iii) impedido de gozar dias de descanso.

XI. Ora, da resposta aos referidos quesitos não consta qualquer expressão como "O A. foi obrigado a trabalhar em dias de descanso" ou "O A. não foi autorizado a gozar

dias de descanso" ou "O A. foi impedido de gozar dias de descanso". Nem poderia, uma vez que o A. gozou efectivamente dias de descanso (cfr. resposta ao quesito 30°).

XII. Com base nos factos constitutivos do direito alegado pelo 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. E, de acordo com os arts. 20°, 17°, 4, b) e 24° 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.

XIII. Ora, nada se provou que fosse susceptível de indicar qualquer acção ou omissão (muito menos ilícita) por parte da Recorrente no sentido que haja obstado ao gozo de descansos pelo A., não podendo, por isso, reconhecer-se o seu direito à indemnização que peticiona.

XIV. Porque assim é, - e para além do aspecto da falta de prova

referido supra - carece de fundamento legal a condenação da ora Recorrente por falta de prova de um dos elementos essenciais à prova do direito de indemnização do A., ora Recorrido, i.e., a ilicitude do comportamento da R., ora Recorrente.

XV. O A., ora Recorrido, 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.

Assim não se entendendo, e ainda concluindo:

XVI. Ainda que se considere que a decisão recorrida partiu de pressupostos de facto correctos, porque bem provados - o que não se concede e apenas se admite por mera cautela e dever de bom patrocínio - a decisão de que se recorre deverá ser declarada nula por V. Exas., por falta de fundamentação em aspecto essencial do ónus da prova determinante para boa solução da causa.

XVII. Nos termos do n.º 1 do art. 335.º do Código Civil (adiante CC) "Àquele que invoca um direito cabe fazer prova dos factos constitutivos do direito alegado."

XVIII. Por isso, e ainda em conexão com os quesitos 24º a 26º da base instrutória, cabia ao A., ora Recorrido, provar que a Recorrente obstou ou negou o gozo de dias de descanso.

XIX. Assim, o A., ora Recorrido, ao alegar determinados direitos tinha o ónus da prova dos factos constitutivos desses direitos. Ou seja, era ao Recorrido - e não à Recorrente - que cabia apresentar prova (testemunhal, documental ou outra) de quais os dias de descanso em que trabalhou, prova de que não foi devidamente compensado e, por exemplo, prova dos dias de descanso que solicitou que não tenham sido autorizados pela Recorrente.

XX. Refira-se o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 11 de Março de 1999 (Recurso nº 327/98) que determina, muito claramente que "I - O direito à indemnização pelo não gozo de férias só é de reconhecer se se alegar e provar, o que compete ao trabalhador, que a entidade patronal obstou a esse gozo" - sublinhado nosso.

XXI. Em bom rigor, da matéria de facto apurada, impõe-se a absolvição da R., ora Recorrente, por manifesto incumprimento do ónus probatório por parte do A.. Não o tendo feito, incorreu em erro de Direito a Mma. Juiz a quo,

o que consubstancia uma causa de anulabilidade da sentença proferida.

Assim não se entendendo, e ainda concluindo:

XXII. 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.

XXIII. O facto do 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 o Recorrido, a final, auferia durante os vários anos em que foi empregado da Recorrente.

XXIV. 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 o A. auferia - incorreu o Tribunal a quo em erro de direito, o que constitui causa de anulabilidade da sentença ora em crise.

Assim não se entendendo e ainda concluindo:

XXV. 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.

XXVI. 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 conjunto de direitos de personalidade e, do seu elenco não constam os alegados direitos violados (dias de descanso anual e feriados obrigatórios).

XXVII. 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.

XXVIII. 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:

XXIX. 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.

XXX. E, não tendo o Recorrida sido impedido 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 aa Recorrida.

Assim não se entendendo, e ainda concluindo:

XXXI. Por outro lado, jamais pode a ora Recorrente concordar com o regime aplicado pela Mma. Juiz a quo aquando do cálculo do quantum indemnizatório, uma vez que, apesar de se preocupar com a aferição do quantum diário do

salário do A., ora Recorrido, acaba por aplicar o regime previsto para o salário mensal, sendo que toda a factualidade alegada pela Ré e confirmada pelas suas testemunhas em sede de Julgamento, indica no sentido inverso, ou seja, do salário diário.

XXXII. Com efeito, a proposta contratual oferecida pela ora Recorrente aos trabalhadores dos casinos, como a aqui Recorrido, é a mesma há cerca de 40 anos: auferiam um salário diário fixo de MOP\$4,10, HKD\$10/dia ou de HKD\$15 dia, ou seja, um salário de acordo com o período de trabalho efectivamente prestado.

XXXIII. 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.

XXXIV. 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 art. 1º do RJRT.

XXXV. 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 o A., ora Recorrido, era remunerado com um salário diário, a sentença Recorrida desconsidera toda a factualidade trazida aos autos 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 poderem livremente optar pelo regime de salário mensal ou diário em contratos de trabalho típicos).

XXXVI. Deve assim ser reapreciada por V. Exa. 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,

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

XXXVIII. A remuneração já paga pela ora Recorrente ao ora Recorrido por esses dias deve ser subtraída nas compensações devidas pelos dias de descanso a que o A. tinha direito, nos termos do Decreto-Lei n° 32/90/M.

XXXIX. 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 n° 6 do art° 17° do RJRT, tendo o Tribunal a quo descurado em absoluto essa questão.

XL. Ora, nos termos do art. 26°, n° 4 do RJRT, salário diário inclui a remuneração devida pelo gozo de dias de descanso e, nos termos do art° 17°, n° 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.

XLI. No presente caso, não havendo acordo expresso, deverá considerar-se que a remuneração acordada é a correspondente a um dia de trabalho.

XLII. A decisão recorrida enferma assim de ilegalidade, por

errada aplicação da alo b) do nº 6 do artº 17º e do artigo 26º do RJRT, 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:

- XLIII. As gorjetas dos trabalhadores de casinos não são parte integrante do conceito de salário, e bem assim as gorjetas auferidas pelos trabalhadores da STDM.*
- XLIV. 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.*
- XLV. Também neste sentido se tem pronunciado a doutrina de uma forma pacificamente unânime.*
- XLVI. 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.*
- XLVII. Nas gratificações há um animus donandi, ao passo que a retribuição consubstancia uma obrigatoriedade.*
- XLVIII. 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.

XLIX. 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.

L. 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.

LI. Salvo o devido respeito pela Mma. 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.

- LII. Em primeiro lugar, porque o que determina 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.*
- LIII. 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.*
- LIV. Dessa forma, o cálculo da eventual indemnização só poderia levar em linha de conta o salário diário, excluindo-se as gorjetas”; (cfr. fls. 550 a 573).*

*

Cumpre apreciar e decidir.

Fundamentação

Dos factos

2. Deu o Colectivo “a quo” como provados os factos seguintes:

- “- A Ré tem por objecto social a exploração de jogos de fortuna ou azar, a indústria hoteleira, de turismo, transportes aéreos, marítimos e terrestres, construção civil, operações em títulos públicos e acções nacionais e estrangeiros, comércio de importação e exportação; (alínea A)
- Até meados de 2002, a Ré foi concessionária de uma licença de exploração, em regime de exclusividade, de jogos de fortuna e azar ou outros, em casinos; (alínea B)
- O Autor começou a trabalhar para a Ré, sob a sua direcção efectiva, fiscalização e mediante retribuição; (alínea C)
- A sua função inicial foi logo a de "croupier" até 25.07.2002, data em que a aludida relação laboral terminou; (alínea D)

- O horário de trabalho do Autor foi sempre fixado pela Ré, em função das suas necessidades, por turnos diários, em ciclos de 3 dias, num total de 8 horas, alternadas de 4 em 4 horas, existindo apenas o período de descanso de 8 horas diárias durante dois dias e um período de 16 horas de descanso no terceiro dia; (alínea E)
- A remuneração do Autor tinha uma componente fixa e uma componente variável; (alínea F)
- Esta parte variável correspondia à quota parte do Autora nas gorjetas atribuídas pelos clientes da Ré; (alínea G)
- Desde a data em que a Ré iniciou a sua actividade de exploração de jogos de fortuna e azar, as gorjetas dadas a cada um dos seus trabalhadores pelos seus clientes eram por si reunidas, contabilizadas e depois distribuídas por todos os trabalhadores dos casinos, de acordo com a categoria profissional a que pertenciam; (alínea I)
- A componente fixa da remuneração do Autor foi de MOP\$4,10, desde 1965 até Junho de 1989, de Julho de 1989 até Abril de 1995 foi de HKD \$ 10, 00 e de Maio de 1995 até Julho de 2002

passou a ser de HKD\$15,00; (alínea J)

- O Autor começou a trabalhar para a Ré em 01.12.1965; (resp. ao quesito 1º-A)
- O Autor auferiu o rendimento de MOP\$131,375.00 no ano 1984; (resp. ao quesito 3º)
- O Autor auferiu o rendimento de MOP\$132,533.00 no ano 1985; (resp. ao quesito 4º)
- O Autor auferiu o rendimento de MOP\$124,349.00 no ano 1986; (resp. ao quesito 5º)
- O Autor auferiu o rendimento de MOP\$138,81 0.00 no ano 1987; (resp. ao quesito 6º)
- O Autor auferiu o rendimento de MOP\$145,787.00 no ano 1988; (resp. ao quesito 7º)
- O Autor auferiu o rendimento de MOP\$171,720.00 no ano 1989; (resp. ao quesito 8º)
- O Autor auferiu o rendimento de MOP\$185,377.00 no ano 1990; (resp. ao quesito 9º)

- O Autor auferiu o rendimento de MOP\$174,665.00 no ano 1991; (resp. ao quesito 10º)
- O Autor auferiu o rendimento de MOP\$184,401.00 no ano 1992; (resp. ao quesito 11º)
- O Autor auferiu o rendimento de MOP\$202,729.00 no ano 1993; (resp. ao quesito 12º)
- O Autor auferiu o rendimento de MOP\$209,167.00 no ano 1994; (resp. ao quesito 13º)
- O Autor auferiu o rendimento de MOP\$230,377.00 no ano 1995; (resp. ao quesito 14º)
- O Autor auferiu o rendimento de MOP\$218,025.00 no ano 1996; (resp. ao quesito 15º)
- O Autor auferiu o rendimento de MOP\$173,801.00 no ano 1997; (resp. ao quesito 16º)
- O Autor auferiu o rendimento de MOP\$202,388.00 no ano 1998; (resp. ao quesito 17º)
- O Autor auferiu o rendimento de MOP\$175,152.00 no ano

1999; (resp. ao quesito 18º)

- O Autor auferiu o rendimento de MOP\$156,106.00 no ano 2000; (resp. ao quesito 19º)
- O Autor auferiu o rendimento de MOP\$167,014.00 no ano 2001; (resp. ao quesito 20º)
- A Ré não pagou qualquer quantia ao Autor, após a cessação da relação entre ambos, a título e em nome de Fundo de Trabalhadores da Sociedade de Turismo e Diversões de Macau; (resp. ao quesito 23º)
- Desde o início da relação entre Autor e Ré e até Outubro de 2000, o autor nunca gozou nenhum dia de descanso por cada semana de trabalho; (resp. ao quesito 24º)
- O Autor também nunca gozou nenhum período de descanso anual; (resp. ao quesito 25º)
- Durante o tempo em que durou a relação entre o Autor e a Ré, o Autor nunca gozou os feriados obrigatórios; (resp. ao quesito 26º)

- O Autor estava cansado, com pouca paciência de relacionamento pessoal e social; (resp. ao quesito 27º)
- O tempo era insuficiente para passar tempo de lazer com a família ou passear; (resp. ao quesito 28º)
- Ao gozo pelo Autor dos dias de dispensa concedidos pela Ré não correspondia qualquer remuneração; (resp. ao quesito 30º)
- Ao longo de décadas de actividade, nunca a Ré teve dificuldades em conseguir pessoas interessadas em trabalhar para si; (resp. ao quesito 36º)
- Os trabalhadores da Ré conseguiram um rendimento global relativamente elevado; (resp. ao quesito 37º)
- E, ainda hoje, é publicamente reconhecido que o rendimento médio mensal dos trabalhadores da Ré sempre foi extraordinariamente superior ao auferido pelos demais trabalhadores de Macau, com idênticas habilitações literárias e qualificações; (resp. ao quesito 39º); (cfr. fls. 205-v a 206-v e 377 a 378-v).

Do direito

3. Lidas as alegações e conclusões pelo A. e R. apresentadas, verifica-se que imputam à decisão recorrida os vícios de “erro na apreciação da prova e na aplicação do direito”.

Em largas dezenas de acórdãos por esta Instância proferidos em idênticos recursos, foram já tais questões apreciadas; (cfr., v.g., para se citar alguns, o Ac. de 26.01.2006, Proc. nº 255/2005; de 23.02.2006, Proc. nº 296 e 297/2005; de 02.03.2006, Proc. nº 234/2005; de 09.03.2006, Proc. nº 257/2005; de 16.03.2006, Proc. nº 328/2005 e Proc. nº 18, 19, 26 e 27/2006; e, mais recentemente, de 14.12.2006, Proc. nº 361, 382, 514, 515, 575, 576, 578 e 591/2006 e de 01.02.2007, Proc. nº 597/2006).

Acompanhando-se o entendimento assumido – e dando-se também aqui o mesmo como reproduzido – passa-se a decidir.

— Quanto ao imputando “erro na apreciação da prova”.

Considera a R. ora recorrente que “houve erro manifesto na apreciação da prova produzida em Audiência de Discussão e Julgamento,

relativamente às respostas dadas aos quesitos 24º e 26º”; (cfr., concl. 1ª).

Como é entendimento unanime deste Tribunal face a análoga questão, em matéria de prova vigora o “princípio da livre convicção do Tribunal”, (cfr., artº 558º, nº 1 do C.P.C.M.), e, da apreciação que se fez, motivos não há para se considerar que incorreu o Tribunal “a quo” no assacado erro.

Assim, improcede o recurso na parte em questão.

— Passando-se então para o imputado “erro de direito”, e antes de se verificar se correctos estão os montantes pelo Tribunal “a quo” fixados a título de indemnização pelo trabalho prestado pelo A. em dias de descanso semanal, anual e feriados obrigatórios, importa consignar que, tal como tem esta Instância entendido (de forma unânime) – cfr., v.g., os arestos atrás citados – nenhuma censura merece a decisão recorrida na parte que qualificou a relação entre A. e R. havida como um “contrato de trabalho”, pois que atento o preceituado no artº 1152º do C.C. de 1966, hoje, artº 1079º, do C.C.M, e à factualidade dada como provada, presentes estão todos os elementos caracterizadores da referida relação como “contrato de trabalho”.

Por sua vez, não se acolhem também os argumentos pela mesma R. invocados no sentido de que derogadas pelo regime convencional (do próprio contrato) estavam as normas do R.J.R.L. (D.L. nº 24/89/M) pelo Tribunal “a quo” invocadas como fundamento do seu “dever de indemnização” ao A. (recorrido) pelo trabalho prestado em dias de descanso semanal, anual e feriados obrigatórios, idêntica posição se nos afigurando de se ter em relação aos restantes argumentos (subsidiários) no sentido de que a recorrida tinha renunciado à remuneração devida por tal trabalho.

A alegada “derrogação” assenta apenas num também alegado “tratamento mais favorável” que não se vislumbra na matéria de facto dada como provada, o que não deixa de se verificar igualmente em relação à referida “renúncia”, pois que o facto de ter o A. trabalhado nos mencionados dias de descanso e feriados não equivale a uma renúncia da sua parte em relação às respectivas compensações.

Por sua vez, no que toca à questão é do “salário diário ou mensal”, considerando como nasceu e se desenvolveu a relação jurídico laboral, em especial, atento a que o trabalho era desempenhado por turnos,

impõe-se considerar que o salário era mensal e não salário desempenhado em função do resultado efectivamente produzido ou do período de trabalho efectivamente prestado.

Daí, provado estando que não gozou o A. os referidos “descansos”, apreciemos então se correctos estão os montantes a que chegou o Tribunal “a quo”.

Ao montante total de MOP\$864,766.00 chegou-se através da soma das parcelas indemnizatórias de MOP\$694,688.00, MOP\$92,196.00, e MOP\$77,881.00 arbitradas respectivamente a título de indemnização pelo trabalho prestado em período de descanso semanal, anual e feriados obrigatórios.

Atentos os montantes parcelares em causa, calculados com base no “salário médio diário” auferido pelo A., cabe também aqui dizer que nenhum reparo merece a decisão do Tribunal “a quo” no sentido de considerar como parte integrante do salário, (para efeitos de cálculo do dito salário médio diário), as gorjetas que pelos clientes da recorrente eram oferecidas.

De facto, tal entendimento mostra-se em perfeita sintonia com a factualidade dada como provada correspondendo também à posição já assumida por este T.S.I., nomeadamente, nos Acs. de 12.12.2002 (Proc. nº 123/2002) e de 30.04.2003 (Proc. nº 255/2002), onde no sumário deste último se consignou que: “resultando provado que o trabalhador recebia como contrapartida da sua actividade laboral duas quantias, uma fixa, e outra variável em função do montante das gorjetas recebidas dos clientes, é de se considerar que tais quantias (variáveis) integram o seu salário”.

Nesta conformidade, vejamos então se são de manter as quantias arbitradas a título de indemnização.

Sem prejuízo do muito respeito devido a entendimento em sentido diverso, cremos que não é de confirmar as referidas quantias, passando-se a explicitar este nosso ponto da vista.

Na petição inicial, e no que toca à matéria em questão alegou o A. que:

“(…)

9º Desde o início da relação laboral e até Outubro de 2000, nunca a R. autorizou o A. a gozar um único dia de descanso

semanal.

10º Ou seja, durante os mais de 37 anos que durou a referida relação laboral, e até Outubro de 2000, o A. trabalhou continuamente sem gozar o período de descanso de 24 horas previsto na Lei Laboral e sem receber a compensação monetária aí prevista.

11º Ainda, durante todo o tempo que durou a relação laboral, nunca a R. autorizou que o A. gozasse o período de descanso anual, nem nunca lhe pagou o trabalho realizado nessa altura de acordo com o previsto na Lei.

(...)

13º Mas mais, durante todo o percurso da relação laboral, nunca a R. autorizou que o A. gozasse os feriados obrigatórios previstos na Lei, vendo-se este obrigado a trabalhar nestes dias,

14º sem que, contudo, o trabalho em dias de feriado obrigatório fosse pago ao A. de acordo com o previsto na Lei.

(...); (cfr., fls. 4 a 5).

Porém, certo sendo que em sede de despacho saneador não foi tal matéria incluída na “matéria de facto assente”, decidiu-se contudo levar

para a “base instrutória” os quesitos seguintes:

“24º Desde o início da relação entre Autor e Ré e até Outubro de 2000, nunca a Ré autorizou o Autor a gozar um único dia de descanso semanal?”

25º A Ré também nunca autorizou o Autor a gozar o período de descanso anual?”

26º Durante o tempo em que durou a relação laboral entre Autor e a Ré, esta nunca autorizou que o Autor gozasse descanso nos feriados obrigatórios?”; (cfr., fls. 208-v).

Ora, tendo-se aos mesmos quesitos respondido da forma que atrás consta, no sentido de que o A. não gozou tais descansos e feriados obrigatórios, há porém que consignar que nada consta quanto ao facto pelo A. alegado e que consistia em ter trabalhado em tais dias de descansos e feriados “sem que lhe fosse paga a respectiva compensação monetária de acordo com o previsto na Lei”.

Perante isto, mostra-se-nos que a matéria de facto dada como provada é “deficiente”, não justificando a decisão proferida que condenou a R. ora recorrente nos montantes de MOP\$694,688.00, MOP\$92,196.00 e MOP\$77,881.00, a título de compensação do trabalho

pelo A. prestado em dias de descanso semanal, anual e feriado obrigatório respectivamente.

Constatada tal deficiência, tendo presente o preceituado no artº 629º, nº 4 do C.P.C.M., e afigurado-nos que outra solução não existe que não seja a anulação (ex officio) da decisão recorrida, para que após a correspondente sanção da apontada deficiência, se profira nova decisão, (podendo, o T.J.B., se o entender adequado, ampliar o julgamento de modo a apreciar outros pontos de matéria de facto, com o fim exclusivo de evitar contradições na decisão).

Com o decidido, prejudicada fica a apreciação das outras questões colocadas nos recursos.

Decisão

4. Nos termos e fundamentos que se deixam expostos, em conferência, acordam anular a decisão proferida.

Custas pelo vencido a final.

Macau, aos 20 de Setembro de 2007

José M. Dias Azedo

Chan Kuong Seng

Lai Kin Hong