

Processo nº 468/2007

Data: 04.10.2007

(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 468/2007

(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 à A. todas as quantias em dívida resultantes da violação do seu direito ao descanso semanal, que ascendem ao total de MOP\$895.49600 (oitocentas e noventa e cinco mil quatrocentas e noventa e seis patacas), quantia essa acrescida de juros à taxa legal desde a citação até integral e efectivo pagamento;*

- b) *A pagar à A. todas as quantias em dívida resultantes da violação do seu direito ao descanso anual, que ascendem ao total de MOP\$139.932,00 (cento e trinta e nove mil novecentas e trinta e duas patacas), quantia essa acrescida de juros à taxa legal desde a citação até integral e efectivo pagamento;*
- c) *A pagar à A. o salário devido relativo ao período de gravidez e parto, na quantia de MOP\$70.562,00 (setenta mil quinhentas e sessenta e duas patacas), acrescida de juros à taxa legal desde a citação até integral e efectivo pagamento;*
- d) *A pagar à A. todas as quantias em dívida resultantes da violação do direito aos feriados obrigatórios, que ascendem ao total de MOP\$139.932,00 (cento e trinta e nove mil novecentas e trinta e duas patacas), quantia essa acrescida de juros à taxa legal desde a citação até integral e efectivo pagamento;*
- e) *A pagar à A. a quantia de MOP\$200.000,00 (duzentas 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,*
- f) *A restituir à 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 à A. “*a quantia de MOP\$795,627.00, a título de indemnização somatória de descanso semanal, de férias anuais remuneradas, de descanso nos feriados obrigatórios e de período de gravidez e parto, acrescido de juros legais vincendos à taxa legal, desde o trânsito em julgado da sentença, até efectivo e integral pagamento*” ; (cfr. fls. 429 a 429-v).

*

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

Nas alegações que apresentou, conclui a A. que:

“DA VIOLAÇÃO DAS REGRAS DO ÓNUS DA PROVA

A. *O incumprimento dos deveres legais referidos nas alíneas (i) a (xi) do parágrafo 1 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. Esta decisão do tribunal recorrido no sentido de não atribuir qualquer compensação pelo trabalho prestado em dia de descanso semanal até à entrada em vigor do DL n° 24/89/M viola o disposto no § 2.º do artigo 26.º do "Estatuto do Trabalho Nacional" e no artigo 17º, n° 4 do DL n° 101/84/M e, por conseguinte o artº 42.º, n° 3 do Código de Processo do Trabalho, ex vi da segunda parte do n° 3 do artº 3.º da Lei de Reunificação, aplicável por analogia, nos termos autorizados pelo art º 9º, nºs 1 e 2, do Código Civil de Macau, conforme defendido pela jurisprudência do TSI, V.g., Acórdão de 2003/7/3, proferido no processo 136/2003.*
- C. Esta decisão do tribunal recorrido deve, portanto ser revogada e substituída por outra que fixe a compensação pelo trabalho prestado em dia de descanso semanal até à entrada em vigor do DL n° 24/89/M em MOP61,433.25.*

DESCANSO SEMANAL (RJRL)

- D. 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 artigo 17º n° 6, a) do RJRL fixada nos acórdãos proferidos por unanimidade pelo Tribunal de Segunda Instancia no Recurso n° 255/2006, de 9*

de Novembro de 2006, e nos Recursos 188/2002, 416/2006 e 311/2006, bem como a doutrina fixada na jurisprudência comparada do Tribunal Superior do Trabalho do Brasil, Enunciado nº 146.

- E. A decisão relativa à fórmula (salário médio diário X 2) de cálculo do montante da compensação por descanso semanal no valor de MOP616,880.00, deverá ser revogada por violação do disposto no artº 17.º, nº 4 e 6, a) e 26.º, nº 1 do RJRL, fixando-se agora esse valor em MOP1,046,676.00 de acordo com a fórmula: salário médio diário X n.º de dias X 3.*

DESCANSO ANUAL (RJRL)

- F. 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.*
- G. 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.

- H. A 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.*
- I. O salário descontado pelo tribunal recorrido faz parte do salário mensal da A. e nada tem a ver com a compensação à 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.*
- J. 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.*
- K. Por outro lado, o direito às férias anuais consiste numa*

manifestação do direito ao repouso e aos lazeres, o qual, por se tratar de um direito de personalidade pertence à categoria dos direitos absolutos, os quais, como direitos de exclusão, implicam a abstenção geral de comportamentos que possam lesá-lo.

- L. A violação do direito a férias por parte do dador de trabalho basta-se, para ser por verificada, com a circunstância de este não proporcionar a fruição do período legal de repouso anual aos seus trabalhadores, não sendo necessário que se demonstre que a entidade patronal impediu (através de uma actuação deliberada com essa finalidade) o gozo de férias.*
- M. Isto porque a Recorrente nunca podia gozar o período de descanso anual a que tinha direito, sem que esse período tivesse sido fixado pela Ré, com a devida antecedência e de acordo com as exigências de funcionamento da empresa, como impunha o disposto no artigo 24.º, nº 1 do DL nº 101/841M e impõe o actual artº 22.º, nº 1 do RJRT às entidades empregadoras.*
- N. Tal omissão basta para que se dê por verificada a prova do impedimento a que se refere o artº 24 RJRL, conforme têm vindo a entender o 2.º e 3.º Juízos Cíveis do Tribunal Judicial*

de Base na esteira da doutrina e jurisprudência supra citadas.

- O. Acresce que o impedimento (por acção e omissão) pela ora Recorrida do gozo das férias anuais da A. resulta provado pelos factos resultantes das respostas do Tribunal Colectivo aos quesitos 2 e 30 da Base Instrutória conjugados com o disposto nos artigos 21.º, nº 1, 22.º, nº 2, e 24.º do RJRL.*
- P. A decisão relativa à fórmula (salário médio diário X 2) de cálculo do montante da compensação por descanso anual no valor de MOP87,195.00 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 MOP119,640.00 de acordo com a fórmula: salário médio diário X nº de dias X 3.*

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

- Q. 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 nº 101/84/M, de 25/08.*
- R. 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.

S. 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 artº 20.º, nº 2 e 3, 23.º, nº 1, in fine, 28.º, nº 1 e 30.º, 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 MOP7,320.15, de acordo com a fórmula: salário médio diário X nº de dias X 2.

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

T. Quando o trabalhador trabalhe em dia de feriado obrigatório não remunerado, além da remuneração mensal, adquire também o direito a ser compensado pelo dia de dispensa ao trabalho de que não beneficiou.

- U. *Se assim não fosse, o disposto no artº 20.º, nº 2 do DL nº 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.*
- V. *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 artºs 20.º, nº 2, 23.º, nº 1, in fine, 28.º, nº 1 e 30.º, nº 3 do Decreto-Lei nº 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 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), fixando-se esse valor em MOP7,762.15, de acordo com a fórmula: salário médio diário X nº de dias X1.*

DOS FERIADOS REMUNERADOS (RJRL)

- W. *A decisão relativa à fórmula (salário médio diário X nº de dias X 2) de cálculo do montante da compensação pelo trabalho prestado durante os feriados obrigatórios remunerados no valor de MOP79,792.00, deverá ser revogada por violação do*

disposto no artº 19.º, nºs 2 e 3 e artº 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 MOP119,668.00, de acordo com a fórmula: salário médio diário X nº de dias X 3.

DOS FERIADOS NÃO REMUNERADOS (RJRL)

- X. 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 Decreto-Lei nº 45497, fixando-se esse valor em MOP26,726.00, de acordo com a fórmula: salário médio diário X nº de dias X 1.*

DA INDEMNIZAÇÃO RELATIVA AO TRABALHO PRESTADO NO

ANO DE 1984

- Y. O Tribunal a quo não fixou qualquer indemnização pelo trabalho prestado nos dias de dispensa e descanso obrigatórios do ano 1984 por tal quantitativo se mostrar não incerto (未確定 - cfr. folha 427v), pelo que violou o artigo 564.º, nº 2 do CPCM.*
- Z. Subsidiariamente, sempre poderá o tribunal ad quem, se assim o entender, fixar, ao abrigo do disposto do artº 630.º, nº 2 do CPCM, o valor da indemnização em MOP\$6,395.70 conforme resulta do doc.1, cuja junção se tomou necessária em virtude do julgamento proferido na primeira instância.*

DOS JUROS VENCIDOS

- AA. A fls. 427v, o tribunal recorrido deduziu (i) 8 dias de descanso semanal no ano de 2000; (ii) 52 dias de descanso semanal no ano de 2001; (iii) 29 dias de descanso semanal no ano de 2002;*
- BB. Tal decisão mostra-se errada, dado que não ficou provado que a A. tenha violado o dever de assiduidade até à data em que cessou a relação laboral (resposta ao quesito 4 da Base Instrutória).*
- CC. Nada impede, portanto, a interpretação da resposta ao quesito*

4 da base instrutória no sentido de que a Ré também não compensou a A. das quantias a que tinha direito no total de MOP\$120,030.00 pela falta de gozo dos descansos obrigatórios correspondentes ao trabalho efectuado nos anos de 2000, 2001 e 2002

DOS JUROS VENCIDOS

DD. 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 artº 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 MOP762,695.55, a título de juros vencidos sobre as quantias devidas por conta do trabalho prestado nos períodos de descanso semanal e feriados obrigatórios.

EE. 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 200,000.00)

FF. A factualidade provada na alínea H) dos Factos Assentes e na resposta aos quesitos 1 a 4 e 25/26 da Base Instrutória determina, por si só, a fixação de uma indemnização por violação da integridade física e psíquica da A. prevista no artº 70.º, nº 1 do Código Civil de 1966 e no artº 71, 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]

GG. No caso "sub judice" interessa saber se o sacrifício ou a penosidade resultante do trabalho nocturno e diurno em turnos rotativos contínuos foi agravada pela Ré pela violação do disposto nos artºs 5º, nº 1 al. e) da "Lei de Bases da Política

de Emprego e dos Direitos Laborais” aprovada pela Lei nº 4/98/M, de 29 de Julho, 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 37º, 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.

HH. 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.

II. 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.

JJ. 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.

KK. Factos estes cuja realidade se alcança, desde logo, por presunção judicial (v. artº 342.º e 344.º do Código Civil), verificada que está, em concreto, a inobservância por banda da Ré das interrupções obrigatórias de actividade da Recorrente (resposta do tribunal colectivo aos quesitos 1 a 4 e 25/26 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 (cfr. A. H) dos Factos Assentes) e à perda da auto-disponibilidade do trabalhador (resposta ao quesito 25 e 26 da Base instrutória).

LL. 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.

MM. 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. 477 a 544).

*

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 dada aos quesitos 1º a 2º;*
- II. A Recorrente não entende como o Tribunal pôde considerar que a A., ora Recorrida, não gozou qualquer dia de descanso, semanal, anual quando de facto ficou o provado que a Autora descanso 180 dias em 1987 e 36 dias em 2001 (cfr. resposta aos quesitos 24º e 29º),, o que consubstancia um claríssimo erro de apreciação da matéria de facto;*
- III. Mais errou o Tribunal a quo na condenação da R. no pagamento da compensação pelo não gozo de dias de feriado obrigatório, uma vez que não ficou provado que a A. não tivesse gozado todos os dias de feriado obrigatório a que tinha direito (resposta ao quesito 3º).*
- IV. Ou seja: no caso dos presentes autos. o Tribunal a quo. sem*

qualquer fundamento factual decidiu arbitrariamente no sentido de casos semelhantes. em claríssima violação do principio da instância. Aqui reside. na opinião da ora Recorrente. o erro na aplicação do direito pelo Tribunal a quo. ao basear-se em matéria de facto que nunca poderia sustentar ou fundamentar a decisão proferida. de que aqui se recorre. pelo que o douto Tribunal de Segunda Instância deverá anular a decisão e absolver a Recorrente dos pedidos deduzidos pela A., ora Recorrida.

- 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.*

Assim não se entendendo, e ainda concluindo:

- VI. *Nos termos do nº 1 do art. 335º do Código Civil (adiante CC) "Àquele que invoca um direito cabe fazer prova dos factos constitutivos do direito alegado."*
- VII. *Por isso, e ainda em conexão com os quesitos 1º e 2º da base instrutória, cabia ao A., ora Recorrido, provar que a*

Recorrente obstou ou negou o gozo de dias de descanso.

- VIII. Com base nos factos constitutivos do direito alegado pelo A., ora Recorrido, relembre-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.*
- IX. 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.*
- X. 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 pelo A., não podendo, por isso, afirmar-se o seu direito ao pagamento da indemnização que pede, a esse título.*
- XI. 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 do A., ora recorrido, i.e., a ilicitude do comportamento da R., ora*

Recorrente.

XII. 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:

XIII. 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.

XIV. 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 a Recorrida 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.

- XV. *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 do direito, o que constitui causa de anulabilidade da sentença ora em crise.*

Assim não se entendendo, e ainda concluindo:

- XVI. *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.*
- XVII. *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 direito de personalidade e, do seu elenco não constam os alegados direitos violados (dias de descanso anual e feriados obrigatórios).*

XVIII. 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.

XIX. 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:

XX. 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), a Recorrida optou por ganhar mais, tendo direito à correspondente retribuição em singelo.

XXI. E, não tendo a Recorrida sido impedido de gozar quaisquer dias de descanso anula, 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:

XXII. 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 A Recorrida, 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.

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

XXIV. 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.

XXV. 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 artigo 1º do RJRT.

XXVI. 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 A Recorrida, era remunerado com um salário diário, a douta 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 (id est, as partes poderem livremente optar pelo regime de salário mensal ou diário em contratos de trabalho típicos).

XXVII. 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,

XXVIII. O trabalho prestado pela Recorrida em dias de descanso foi sempre remunerado em singelo.

XXIX. A remuneração já paga pela ora Recorrente à ora A Recorrida por esses dias deve ser subtraída nas compensações devidas pelos dias de descanso a que o A. tinha direito, nos termos do Decreto-Lei nº 32/90/M.

XXX. 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 (conferem-se al. a) e b) do nº 6 do artº 17º do RJRT, tendo o Tribunal a quo descurado em absoluto essa questão.

XXXI. Ora, nos termos do número 4 do artigo 26º do RJRT, salário diário inclui a remuneração devida pelo gozo de dias de descanso e, nos termos da alínea b) do número 6 do artigo 17º, igualmente do RJRT, 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.

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

XXXIII. A decisão recorrida enferma assim de ilegalidade, por errada aplicação da alínea b) do número 6 do artigo 17º e do artigo 26º, ambos 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:

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

XXXV. 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.

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

XXXVII. 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.

XXXVIII. Nas gratificações há um animus donandi, ao passo que a retribuição consubstancia uma obrigatoriedade.

XXXIX. A propósito da incidência do Imposto Profissional (RIP): "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.

XL. 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 corresponsabilidade dessa mesma prestação de trabalho.

XLI. 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.

XLII. 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.

XLIII. 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.

XLIV. 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.

XLV. Dessa forma, o cálculo da eventual indemnização só

poderia levar em linha de conta o salário diário, excluindo-se as gorjetas.

Ainda concluindo:

XLVI. Apenas em absoluto dever de patrocínio a R. aceita compensar a A. pelo salário não pago durante o período de 30 dias de licença de maternidade estipulado por lei.

XLVII. Ora, a filha da A. nasceu em 01.05.1987 - altura em que a A. auferia diariamente HKD\$4.10;

XLVIII. Assim sendo, o Rendimento Salarial a contar para efeitos de cálculo da indemnização devida pela licença do parto é de HKD\$4,10/dia;

XLIX. Nestes termos, a compensação eventualmente devida pelo parto nunca poderá ascender a mais de MOP\$123.00 (MOP\$4, 10 x 30 dias=123.00) e não HKD\$11 ,760.00 como decido pela Juiz a quo.”; (cfr. fls. 580 a 617).

*

Cumpre apreciar e decidir.

Fundamentação

Dos factos

2. Deu o Colectivo do T.J.B como provados os factos seguintes:

- “- A R. tem por objecto social a exploração de jogos de fortuna ou azar, e 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)
- A R. foi, até meados de 2002, a única concessionária de jogos de fortuna ou azar em Macau, designadamente a proprietária e, ou, operadora de todos os casinos aqui existentes; (alínea B)
- A entrada em vigor, a 1 de Janeiro de 2002, da Lei n.º 16/2001, que fixou o novo enquadramento legal da exploração de jogos de fortuna ou azar e outros jogos em casino na RAEM, liberalizou este sector, dando origem a um concurso público para três novas concessões de exploração, concurso público este que pela complexidade da matéria e número de interessados

levou o Chefe do Executivo, através de Despacho (Despacho n.º 259/2001, de 18 de Dezembro) a prorrogar para 31 de Março de 2002 o termo do Contrato de Concessão, em regime de exclusividade, de que a STDM era titular; (alínea C)

- Para levar a cabo o seu escopo, designadamente na área dos casinos, a Ré contratou com pessoas individuais devidamente habilitadas para o efeito, ou às quais a mesma deu formação, a fim de exercer a actividade de croupier, como é o caso da Autora; (alínea D)
- Em 23 de Janeiro de 1979 a A. iniciou a sua relação contratual com a R., sob direcção efectiva, fiscalização e retribuição por parte desta; (alínea E)
- Durante os primeiros 12 meses de trabalho, a sua função foi a de prestar assistência a clientes da R.; (alínea F)
- Após o terminus desse período, passou a exercer as funções de croupier até 25 de Julho de 2002; (alínea G)
- O horário de trabalho da A. foi sempre fixado pela R., em função das suas necessidades, por turnos diários, em ciclos de

três 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 H)

- Os dias de descanso que, ao longo da vigência da relação contratual, a A. gozou, não foram remunerados; (alínea I)
- Durante a relação de trabalho, a A. teve um filho, que nasceu em 1 de Maio de 1987; (alínea J)
- O rendimento médio diário da autora era composto por duas prestações, uma a título fixo e outra a título variável; (alínea K)
- A A. auferiu da R., a título fixo, a quantia de HKD\$1,70, desde o início da relação contratual até Fevereiro de 1980, a quantia de HKD\$4,10 desde Fevereiro de 1980 até Junho de 1989, valor esse ascendente, a partir de Julho desse ano até Abril de 1995, a HKD\$10,00, e de Maio de 1995 até o final da relação contratual, a quantia de HKD\$15,00; (alínea L)
- Desde a data em que a R. iniciou a actividade de exploração de jogos de fortuna e azar e até à data em que cessou essa

actividade por motivo do termo de vigência da licença que a permitia exercer, que 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 que explorou, de acordo com a categoria profissional a que pertenciam; (alínea M)

- Desde o início da relação contratual (23/01/1979) até Outubro de 2000, nunca a R. concedeu a A. o gozo de um único dia de descanso por lado semanal de trabalho, nem lhe pagou a respectiva compensação monetária; (resp. ao quesito 1º)
- Durante todo o tempo que durou a relação contratual, nunca a R. concedeu a A. o gozo do período de descanso anual, nem nunca lhe pagou o trabalho realizado no mesmo período; (resp. ao quesito 2º)
- Provado que durante os dias de feriado obrigatório, a A. precisava de autorização da R. para ser dispensada dos serviços e que durante estes períodos de dispensa autorizada, a A. recebia qualquer remuneração; (resp. ao quesito 3º)
- A 25 de Julho de 2002, A. deixou de trabalhar de para a R; (resp.

ao quesito 4º)

- A autora auferiu o rendimento médio diário de MOP\$122,00 durante o ano de 1985; (resp. ao quesito 5º)
- A autora auferiu o rendimento médio diário de MOP\$66,00 durante o ano de 1986; (resp. ao quesito 6º)
- O Autor auferiu o rendimento médio diário de MOP\$392,00 no ano 1987; (resp. ao quesito 7º)
- O Autor auferiu o rendimento médio diário de MOP\$400,00 durante o ano de 1988; (resp. ao quesito 8º)
- O Autor auferiu o rendimento médio diário de MOP\$442,00 durante o ano de 1989; (resp. ao quesito 9º)
- O Autor auferiu o rendimento médio diário de MOP\$530,00 durante o ano de 1990; (resp. ao quesito 10º)
- O Autor auferiu o rendimento médio diário de MOP\$461,00 durante o ano de 1991; (resp. ao quesito 11º)
- O Autor auferiu o rendimento médio diário de MOP\$504,00 durante o ano de 1992; (resp. ao quesito 12º)

- O Autor auferiu o rendimento médio diário de MOP\$483,00 durante o ano de 1993; (resp. ao quesito 13º)
- O Autor auferiu o rendimento médio diário de MOP\$578,00 durante o ano de 1994; (resp. ao quesito 14º)
- O Autor auferiu o rendimento médio diário de MOP\$563,00 durante o ano de 1995; (resp. ao quesito 15º)
- O Autor auferiu o rendimento médio diário de MOP\$603,00 durante o ano de 1996; (resp. ao quesito 16º)
- O Autor auferiu o rendimento médio diário de MOP\$528,00 durante o ano de 1997; (resp. ao quesito 17º)
- O Autor auferiu o rendimento médio diário de MOP\$543,00 durante o ano de 1998; (resp. ao quesito 18º)
- O Autor auferiu o rendimento médio diário de MOP\$439,00 durante o ano de 1999; (resp. ao quesito 19º)
- O Autor auferiu o rendimento médio diário de MOP\$445,00 durante o ano de 2000; (resp. ao quesito 20º)
- O Autor auferiu o rendimento médio diário de MOP\$450,00

durante o ano de 2001; (resp. ao quesito 21º)

- O Autor auferiu o rendimento médio diário de MOP\$450,00 durante o ano de 2002; (resp. ao quesito 22º)
- A A., ficou, durante 180 dias no ano de 1987 sem auferir qualquer salário, devido ao parto; (resp. ao quesito 24º)
- A A. precisa de trabalhar para viver, pois tem de prover ao seu sustento e ao da sua família e não tem condições económicas que lhe permitam estar desempregado, com o que teve de sujeitar-se sempre ao que lhe era imposto pela entidade patronal; (resp. ao quesito 25º)
- Para além de estar sempre cansada, sem paciência e capacidade de relacionamento pessoal e social, o tempo que permanecia em casa era insuficiente para descansar, principalmente para passar tempo de lazer com a família ou mesmo ir passear; (resp. ao quesito 26º)
- Embora a relação contratual tenha cessado e a A. já não seja trabalhadora da R. esta não entregou qualquer quantia a título de fundo de Trabalhadores da R.; (resp. ao quesito 28º)

- A autora foi dispensada ao serviço em 36 dias no ano de 2001; (resp. ao quesito 29º)
- Ao gozo dos dias de dispensa não correspondia qualquer compensação; (resp. ao quesito 30º)
- Para além da quantia referida na alínea K) da matéria de facto assente, o rendimento médio mensal da A. era composto ainda pela importância variável, proveniente das gorjetas que os clientes dos casinos ofereciam; (resp. ao quesito 32º)”; (cfr. fls. 237 a 240).

Do direito

3. Vem A. e R. recorrer da sentença proferida pela Mmª Juiz do T.J.B..

Certo sendo que interpôs também a R. um recurso (interlocutório), cuja decisão pode influenciar a que se vier a proferir em relação aos recursos da sentença, passa-se a apreciar do mesmo.

4. Em sede de contestação, alegou a R. a “necessidade de realização da

tentativa prévia de conciliação”, pedindo, em virtude, da sua omissão, o indeferimento liminar da petição inicial pela A. apresentada, ou, assim não se entendendo, a absolvição da R. da instância; (cfr., fls. 48 a 51).

Ponderando no assim peticionado e tendo presente que, entretanto, pela A. foi junto aos autos documento comprovativo de tal “tentativa de conciliação” entre A. e R. realizada perante o Exmº Magistrado do Ministério Público, (cfr., fls. 233 a 234), entendeu o Mmº Juiz que motivos não havia para o normal prosseguimento dos autos; (cfr., fls. 236 a 237).

Inconformada com o assim decidido, a R. recorreu para, em sede de alegações, concluir do modo seguinte:

1. *“O artº 50º do CPTP prescreve que nenhuma acção respeitante a relações de trabalho subordinado terá seguimento sem que o seu Autor prove a realização de tentativa prévia de conciliação.*
2. *A tentativa prévia de conciliação a que se refere o nº 1 do artº 50º do CPTP terá de ser realizada, junto do Ministério Público, necessariamente antes de ser intentada a acção judicial de resolução do pleito laboral.*
3. *A interpretação jurisprudencial desta questão demonstra a*

sua preferência pela a subsidiariedade da acção laboral em relação à tentativa de conciliação junto do Ministério Público (neste sentido vd. Acórdão do TSI, no Processo nº 256/2003. Acórdão do TSI, proferido nos autos de recurso sob o nº 136/2003);

- 4. As partes apenas devem recorrer ao tribunal, para resolução do seu pleito laboral, se sair frustrada a tentativa de conciliação realizada perante o Ministério Público;*
- 5. O entendimento vertido na jurisprudência vai no sentido da valorização da tentativa de conciliação enquanto instrumento de resolução e prevenção de litígios de natureza laboral.*
- 6. Decorre da letra do artº 50º do CPTP que uma acção relativa a questões emergentes de trabalho subordinado apenas terá seguimento se o seu autor provar que realizou, junto do Ministério Público, tentativa prévia de conciliação;*
- 7. A dúvida que surge, a partir da letra da lei, é, exactamente, a do momento a que se refere o legislador para realização dessa tentativa prévia de conciliação;*
- 8. A resposta a esta questão apenas pode ser encontrada se atendermos ao espírito da norma.*
- 9. A jurisprudência abona, claramente, a favor da subsidiariedade da acção judicial em relação à tentativa de conciliação, afirmando esta como momento essencial na*

resolução de litígios emergentes de relações de trabalho subordinado e esse é exactamente, o espírito da norma contida no artº 50 já mencionado, tendo sido essa mesma a intenção do legislador - estabelecer uma fase pré-judicial de resolução de conflitos laborais, promovendo a conciliação entre as partes, sem prejuízo de ser possível realizar, em qualquer momento do processo, uma tentativa judicial de conciliação, perante Juiz titular do processo;

- 10. Repare-se que o legislador do novo Código de Processo de Trabalho da RAEM (CPT), aprovado pela Lei nº 9/2003, optou por estabelecer uma "Tentativa Preliminar de Conciliação" ao invés de uma "Tentativa Prévia de Conciliação";*
- 11. É indubitável que estamos perante duas normas diferentes porquanto o CPT estabelece a necessidade de uma tentativa "preliminar" ao invés do CPTP que estabelece a necessidade de uma tentativa "prévia" de conciliação: uma e outra norma visam o mesmo fim - a resolução amigável do conflito - mas partem de filosofias processuais distintas;*
- 12. O CPT estabelece a tentativa de conciliação enquanto fase preliminar da acção, ao passo que o CPTP prescreve a tentativa de conciliação como fase prévia à acção.*
- 13. O facto do Autor não provar, na petição inicial, que realizou a tentativa prévia de conciliação deveria, logo, ter impedido*

a citação do Réu, o que in casu não aconteceu.

14. *Sendo a citação um acto da secretaria e o requerimento de realização da tentativa prévia de conciliação um acto das partes, não faz sentido que o nº 1 do art. 50º do CPTP se refira a um momento prévio à citação. mas posterior à interposição da acção, esse sim, um acto na disponibilidade das partes;*
15. *Está no espírito do legislador do CPTP a necessidade de realização de uma tentativa de conciliação entre as partes antes da interposição da acção e esta apenas é intentada na medida em que aquela saia frustrada;*
16. *Recuperemos a este propósito e em abono deste entendimento, o Acórdão do Tribunal de Segunda Instância nº 136/2003, de 3 de Julho de 2003, supra referido e que aqui se dá por integralmente reproduzido*
17. *O nº 1 do artº 50º do CPTP comporta dois requisitos distintos, embora interligados: Frustrada a tentativa de conciliação, e uma vez interposta a acção, a exigência do Autor fazer prova de que realizou a tentativa de conciliação supra referida sob pena de, enquanto não o fizer, a acção não poder prosseguir e a exigência de realização de uma tentativa de conciliação entre as partes, antes de ser proposta qualquer acção judicial;*
18. *Decorre da letra do artº 50º, nº 1 do CPTP, que a falta de*

prova de realização de tentativa prévia de conciliação entre as partes consubstancia um obstáculo processual ao seguimento da acção interposta;

19. *Tal entendimento é alicerçado, para além da interpretação da letra da lei, na Jurisprudência do TSI, Acórdão proferido no Processo nº 136/2003, de 03/07/2003.*
20. *Ora, a prova a apresentar, nos termos do nº 1 do art. 50º do CPTP, refere-se à realização de uma tentativa de conciliação entre as partes antes de ter sido interposta a respectiva acção - cfr. vide neste sentido os Acórdãos citados;*
21. *Será relevante para efeitos de prosseguimento da acção a prova da realização da tentativa de conciliação entre as partes se esta tiver ocorrido antes da data da propositura da acção; de outra forma, estaríamos a subverter a vontade do legislador, facilitando a litigância, ao invés de prevenir e tentar resolver extrajudicialmente o litígio, conforme já referido anteriormente;*
22. *Como ensina o Professor Antunes Varela, os pressupostos processuais "são precisamente os elementos de cuja verificação depende o dever de o juiz proferir decisão sobre o pedido formulado, concedendo ou indeferindo a providência requerida";*
23. *A realização da tentativa prévia de conciliação, a que alude o nº 1 do art. 50º do CPTP é um pressuposto processual*

negativo: a verificação da sua inexistência impede o juiz de apreciar o mérito do pedido.

24. *Se o autor apresenta prova que realizou uma tentativa de conciliação junto do Ministério Público do Tribunal Judicial de Base, em data posterior à propositura da acção tal deve ser considerado como não apresentação da prova exigida pelo nº 1 do artº 50º do CPTP, ou, mais precisamente como não realização de tentativa prévia de conciliação, porquanto estamos perante uma tentativa prévia de conciliação, e não preliminar, nos termos em que esta é estabelecida no CPTM, assente que está que o legislador do CPTP se refere à tentativa de conciliação como prévia à interposição da acção e que a mesma deve ser considerada pressuposto processual (ao contrário da sua prova que deve ser considerada obstáculo processual), é forçoso concluir que a não realização de tentativa prévia de conciliação entre o Autor e o Réu terá consequências distintas da simples ausência de apresentação de prova;*
25. *Como ensina o Professor Antunes Varela: "A falta de pressuposto processual não impedirá o juiz apenas de proferir sentença sobre o mérito da acção, mas também de entrar na apreciação e discussão da matéria que interesse à decisão de fundo, sustando nomeadamente a produção de prova sobre os fundamentos do pedido" (Obra citada, pág.*

105);

26. *Sendo verdade que a falta de um pressuposto processual tem como consequência, em regra, a sentença de absolvição da instância - porquanto a apreciação, discussão e decisão acerca da existência e efeitos do pressuposto ou da falta dele constituem verdadeiros actos processuais, integradores da relação jurídica estabelecida entre as partes no tribunal - não é menos verdade que tal regra não terá aplicação in casu, na medida em que a verificação da ausência deste pressuposto processual terá de ocorrer antes da citação do Réu; aliás, o Réu apenas é citado se o tribunal verificar que a tentativa prévia de conciliação se realizou;*
27. *Pelo que, a falta deste pressuposto processual negativo, apenas admite como decisão conforme o indeferimento liminar da petição inicial, nos termos da alínea d) do n.º 1 do art. 394.º do CPC: "quando a acção for proposta fora de tempo, sendo a caducidade de conhecimento oficioso, ou quando, por outro motivo, for evidente que a pretensão do autor não pode proceder";*
28. *Com efeito, a falta de um pressuposto processual, qualquer que seja, terá sempre como consequência a impossibilidade de ser proferida sentença sobre o mérito da acção;*
29. *Não podendo ser decidido o mérito da acção, é evidente que o pedido nela formulado, em caso algum, pode proceder;*

mais não seja porque o decurso do prazo fará extinguir a instância;

- 30. Donde, a petição inicial deveria ter sido liminarmente indeferida.*
- 31. Este indeferimento liminar, à semelhança da absolvição da instância, em nada obsta que o mesmo autor possa interpor contra o mesmo réu, outra acção, com a mesma causa de pedir e com o mesmo pedido, porquanto esta decisão de indeferimento liminar apenas forma caso julgado formal;*
- 32. No entanto, tal nova acção apenas terá lugar se e desde que o Autor não chegue a acordo com o Réu, em sede de tentativa prévia de conciliação realizada junto do Ministério Público.*
- 33. Não tendo sido liminarmente indeferida a petição inicial, conforme foi pedido na contestação oportunamente apresentada, nesta fase processual deverá o Mmº Juiz proferir sentença de absolvição da instância por falta de pressupostos processuais ao prosseguimento da acção”; (cfr., fls. 259 a 263).*

Que dizer?

Creemos pois que salta à vista a solução a dar ao recurso em apreciação.

De facto, também a nós nos parece que razoável e adequado não é uma (eventual) “penalização” da A. por uma “falta” que na altura em que se ia a decidir da mesma já se encontrava sanada.

Qual a utilidade de se sancionar a A. quando sabido é que possível não foi a sua conciliação com a R. e quando já se encontra em curso um processo para se decidir da sua pretensão?

Em nossa opinião, nenhuma, sendo igualmente de afirmar que, em casos como o presente, nenhum sentido nos parece fazer o pedido pela R. que até leva a pensar que o que pretende é retardar a decisão do pedido pela A. pedido, raiando mesmo a má-fé processual.

Daí, e ociosos nos parecendo outros comentários ou considerações, há pois que julgar improcedente o presente recurso.

Passemos para os recursos de sentença.

5. Insurgem-se a A. e R. contra a sentença proferida pela Mm^a Juiz “a quo”, assacando à mesma os 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 1º e 2º”, afirmando ainda não entender “como o Tribunal pôde considerar que a A., ora Recorrida, não gozou qualquer dia de descanso, semanal, e anual ...”;* (cfr., concl. I e II).

Ponderando sobre a questão, sendo nós de opinião que inexistente qualquer “erro” na resposta aos referidos quesitos, pois que como temos vindo a entender, inexistindo elementos probatórios em relação aos quais estivesse o tribunal vinculado, ao mesmo caberia apreciar a prova em conformidade com o princípio consagrado no artº 588º, do C.P.C.M., cremos porém que se impõe consignar que a matéria de facto dada como provada padece antes de “obscuridade” e “deficiência”, 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):

- Desde o início da relação contratual (23/01/1979) até Outubro de 2000, nunca a R. concedeu à A. o gozo de um único dia de descanso por cada semana de trabalho, nem lhe pagou a respectiva compensação monetária; (quesito 1º)
- Durante todo o tempo que durou a relação contratual, nunca a R. concedeu à A. o gozo do período de descanso anual, nem nunca lhe pagou o trabalho realizado no mesmo período; (quesito 2º)
- Durante todo o percurso da relação contratual, nunca a R. autorizou que a A. gozasse os feriados obrigatórios, vendo-se esta obrigada a trabalhar nestes dias, sem que, contudo, o trabalho em dias de feriados obrigatórios fosse pago à A.? (quesito 3º).

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 1º e 2º se respondeu no sentido de que o A. nunca tinha gozado descansos semanais e anuais, e, no que diz respeito aos “feriados obrigatórios”, que *“durante os dias de feriado obrigatório, 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 3º”, e em sede de cálculo da indemnização a atribuir à A., contabilizaram-se 6 dias de feriados obrigatórios não gozados nos anos de 1990 a 2001, 2 no ano de 1989 e 5 no ano de 2002, fixando-se, posteriormente, a indemnização em causa no montante de MOP\$79,792.00 (cfr., fls. 427-v).

Ora, sem prejuízo do muito respeito a entendimento em sentido diverso, mostra-se-nos de concluir que inadequada é tal decisão perante a resposta dada ao mencionado quesito 3º.

Com efeito, a mesma resposta não esclarece se a A. gozou feriados obrigatórios, e em caso positivo, quantos, sendo, pois, “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.

Decisão

4. Nos termos e fundamentos expostos, em conferência, acordam julgar improcedente o recurso interlocutório da R., anulando-se o julgamento efectuado nos presentes autos pelo T.J.B..

Custas pela R. no que toca ao seu recurso interlocutório, e, no que toca aos recursos da sentença, pelo vencido a final.

Macau, aos 04 de Outubro de 2007

José M. Dias Azedo

Chan Kuong Seng

Lai Kin Hong