

Processo n.º 156/2007

(Recurso Laboral)

Data: 26/Fevereiro/2009

ASSUNTOS:

- Tentativa de conciliação
- Contrato de trabalho
- Salário justo
- Gorjetas
- Liberdade contratual
- Compensação pela falta de gozo dos dias de descanso semanal, anual e feriados obrigatórios

SUMÁRIO:

1. Em face da falta de prova pela autora de realização prévia de tentativa de conciliação o tribunal deve declarar, nos termos conjugados dos artigos 220, n.º 1, al. e), e 226º, n.º 1, al. d), do CPC, suspensa a instância da acção declarativa cível sobre questões emergentes de uma relação de trabalho subordinado, sem prejuízo da eventual aplicação do disposto nos artigos 227º e 233º, n.º 1, do CPC, no que toca à interrupção e deserção da instância.

2. A responsabilidade pela uniformização da Jurisprudência não pode

dependem unicamente do critério de cada julgador; tem de ser implementada pelo legislador.

3. O contrato celebrado entre um particular e a Sociedade de Turismo e Diversões de Macau, S.A., para aquele trabalhar nos seus casinos, sob direcção efectiva, fiscalização e retribuição por parte desta, deve ser qualificado juridicamente como sendo um genuíno contrato de trabalho remunerado por conta alheia.

4. As gorjetas dos trabalhadores dos Casinos, na sua última *ratio* devem ainda ser vistas como "*rendimentos do trabalho*", sendo devidos em função, por causa e por ocasião da prestação de trabalho, ainda que não originariamente como correspectividade dessa mesma prestação de trabalho, mas que o passam a ser a partir do momento em que pela prática habitual, montantes e forma de distribuição, com eles o trabalhador passa a contar, sendo que sem essa componente o trabalhador não se sujeitaria a trabalhar com um salário que na sua base é um salário insuficiente para prover às necessidades básicas resultantes do próprio trabalho.

5. Na actualidade, *salário justo* não é um simples preço dependente do livre consenso das partes, sendo necessário que o salário seja suficiente não só para o sustento, como para o necessário decoro do trabalhador e da sua família, não se reconduzindo ao preço de uma qualquer mercadoria, mas uma retribuição devida por justiça ao trabalhador como cooperador da empresa,

dependendo também da situação desta, embora o trabalhador não deva sofrer pela inaptidão dos seus dirigentes, subordinando-se ao bem comum.

6. Se do RJRT (Regulamento Jurídico das Relações de Trabalho) decorre a convencionalidade em determinados institutos das relações do trabalho, já em muitos outros domínios as normas dele constantes não deixam de ser manifestamente injuntivas, proclamadas e recepcionadas, aliás, pelo Direito Internacional, como sejam as relativas aos descansos e férias dos trabalhadores.

7. As características e natureza do trabalho prestado num casino, embora sendo a remuneração estipulada numa base diária, mas apurada após um ciclo de vários dias, a que se somava uma retribuição variável, harmoniza-se mais com o considerar que se tratava de um salário mensal, estando a remuneração não já dependente do resultado de trabalho efectivamente produzido, nem, tão-pouco, do período de trabalho efectivamente prestado.

8. Para cálculo da quantia a pagar ao trabalho prestado em dia de descanso semanal no âmbito do Decreto-Lei n.º 24/89/M a fórmula é o “dobro da retribuição normal”.

9. O Decreto-Lei n.º 101/84/M não previa a compensação pecuniária do trabalho prestado em dias de descanso semanal.

10. Para cálculo da quantia a pagar ao trabalho prestado em dias de descanso anual, adoptam-se as seguintes fórmulas:

- No âmbito do Decreto-Lei n.º 101/84/M, 1 x valor da remuneração diária média do ano de trabalho x número de dias de descanso anual vencidos mas não gozados;
- E no âmbito do Decreto-Lei n.º 24/89/M, 3 x valor da remuneração diária média do ano de trabalho x número de dias de descanso anual vencidos mas não gozados; caso não seja feita prova do impedimento do gozo do descanso pela entidade patronal, há que aplicar analogicamente a fórmula do “dobro da retribuição normal”.

11. No âmbito do revogado Decreto-Lei n.º 101/84/M, não havia qualquer indemnização pelo trabalho prestado em feriados obrigatórios. E no âmbito do Decreto-Lei n.º 24/89/M, para cálculo da quantia a pagar ao trabalho prestado pelo trabalhador em feriados obrigatórios remunerados, a compensação deve equivaler ao triplo da retribuição normal”.

O Relator,

João A. G. Gil de Oliveira

Processo n.º 156/2007

(Recurso Laboral)

Data: **26/Fevereiro/2009**

Recorrente:

Sociedade de Turismo e Diversões de Macau, S.A.R.L. (澳門旅遊娛樂有限公司)

Recorrida:

A (XXX)

Recorrente (Do recurso Interlocutório)

Sociedade de Turismo e Diversões de Macau, S.A.R.L. (澳門旅遊娛樂有限公司)

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

I – RELATÓRIO

1. A, melhor identificada nos autos, patrocinado pelo MP, veio interpor

contra

“Sociedade de Turismo e Diversões de Macau, S.A.R.L.” (澳門旅遊娛樂發展有限公司), Sociedade Anónima de Responsabilidade Limitada, com sede em Macau, Região Administrativa Especial de Macau,

no Hotel Lisboa, 9º andar,

acção de processo comum de trabalho, formulando o seguinte pedido de condenação da Ré, a título de créditos laborais:

*A pagar à A. a quantia de **MOP\$984.192,00**, bem como os juros legais, quer vencidos, quer vincendos, a contar da data do termo da relação laboral entre o A. e a Ré*

Julgada a causa, foi proferida douta sentença, tendo sido decidido:

Condenar a Ré “**Sociedade de Turismo e Diversões de Macau, S.A.R.L.**” (澳門旅遊娛樂發展有限公司) a pagar à Autora o montante de **MOP\$450.364,00**, acrescido de juros de mora à taxa legal desde o trânsito da sentença e até efectivo e integral pagamento.

2. Interlocutoriamente recorreu a Ré do despacho que não acatou o pedido de indeferimento da petição, por falta de tentativa de conciliação, alegando em síntese:

*Tal como o tribunal a quo, consideramos que a tentativa prévia de conciliação a que se refere o n.º 1 do art. 50º do CPTP, terá de ser realizada, junto do Ministério Público, **necessariamente antes** de ser intentada a acção judicial de resolução do pleito laboral,*

A apresentação de prova de realização de tentativa prévia de conciliação terá de ser considerada, forçosamente, uma questão distinta da própria realização da tentativa de

conciliação;

Já a realização da tentativa de conciliação prevista no n° 1 do art. 50° do CPTP consubstancia um pressuposto processual - interesse em agir - cuja verificação e aferição terá de ser, necessariamente, reportada ao momento em que é intentada a acção.

Jamais poderia o tribunal a quo ter suspenso a instância (ainda que indirectamente), acabando por promover a realização de um acto cujo impulso apenas às partes compete por se referir à demonstração do A. do seu interesse em agir.

O A, não dispunha de uma vontade totalmente livre quando presente na tentativa de conciliação realizada junto do Ministério Público;

Não tendo o tribunal a quo indeferido liminarmente a P.I. do A., facilmente se concede que já não o poderá fazer nesta fase, sem que isso queira dizer, nos termos do disposto no n° 2 do art. 399° do CPC, que tenham cessado as razões que a ele dariam origem.

Faltando à acção um pressuposto processual que conduziria a um inevitável indeferimento liminar da P.I., terá que em sede de despacho saneador ser a excepção invocada pela recorrente julgada procedente e, em consequência, ser a R. absolvida da instância, nos termos do disposto nos artigos 412°, n° 1 e 2, e 413°, al. h), ambos do CPC, porquanto os motivos que levariam a um eventual indeferimento liminar da P.I. não cessaram.

Nestes termos, deverá ser dado provimento ao presente recurso, revogando-se a decisão do Mmo. Juiz *a quo* e, conseqüentemente, julgar-se procedente a excepção inominada invocada, absolvendo-se a R. da instância.

A este recurso responde o trabalhador defendendo a posição vertida no despacho proferido.

3. Da decisão proferida a afinal vem recorrer a **STDM, Sociedade de Turismo e Diversões de Macau, S.A.R.L.**, R. alegando, em síntese:

Carece de fundamento legal a condenação da ora Recorrente por falta de prova de um dos elementos essenciais à prova do direito de indemnização da A., ora Recorrida, i.e., a ilicitude do comportamento da R., ora Recorrente.

Deve considerar-se que o salário da trabalhadora era um salário diário.

Cabia à A., ora Recorrida, provar que a Recorrente obstou ou negou o gozo de dias de descanso.

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

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.

Ao trabalhar voluntariamente 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.

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

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

Não foram oferecidas **contra alegações.**

Oportunamente, foram colhidos os vistos legais.

II – FACTOS

Vêm provados os seguintes factos:

“Da confissão e das provas documentais resultam provados os seguintes factos:

A) A Autora **A** começou a trabalhar para a Ré em 11 de Janeiro de 1991.

B) O rendimento da Autora era composto pelo salário fixo e pelas gorjetas. O montante das gorjetas dependia das quantias dadas pelos clientes de casinos, por isso,

era variável.

C) A Ré tinha pago tais gorjetas à Autora.

D) Desde o início da exploração das actividades de jogos de fortuna ou azar da Ré – década de 60, as gorjetas entregues pelos clientes de casinos a trabalhadores da Ré eram reunidas e calculadas diariamente por uma comissão, e depois, distribuídas a todos os trabalhadores de acordo com a categoria a que pertenciam.

E) Desde o início da prestação de trabalho para a Ré até Abril de 1995, a parte fixa do rendimento diário da Autora foi de HK\$10,00 por dia, e desde Maio de 1995, foi de HK\$15,00 por dia.

F) Desde o início da década de 60 que a Ré foi concessionária de uma licença de exploração, em regime de exclusividade, do jogos de fortuna ou azar ou de outros jogos em casinos por adjudicação do então Governo de Macau.

G) Essa licença de exploração terminou *ope legis* em 31 de Março de 2002, pelo Despacho do Chefe do Executivo nº 259/2001, de 18 de Dezembro de 2001.

H) Por Despacho do Chefe do Executivo nº 76/2002, foi adjudicada uma das licenças de exploração à Sociedade de Jogos de Macau, S.A..

I) A Autora e a Sociedade de Jogos de Macau, S.A. celebraram um contrato por escrito, a fls. 161 a 170 dos autos, cujo teor se dá aqui por integralmente reproduzido.

J) A Autora enviou uma carta datada de 12 de Agosto de 2002 à Sociedade de Jogos de Macau, carta esta que a mesma SJM recebeu, cujo teor consta a fls. 171 a 174 dos autos e aqui se dá por integralmente reproduzido.

K) A Sociedade de Jogos de Macau procedeu à sua resposta através da carta a fls. 175 dos autos, cujo teor aqui se dá por integralmente reproduzido.

L) A Autora tem um filho e uma filha que nasceram respectivamente em 26 de Janeiro de 1997 e 28 de Janeiro de 1998, os respectivos documentos constam a fls. 229 a 230 dos autos.

Factos provados após a audiência de julgamento:

1. A Autora recebeu os seguintes rendimentos durante o período compreendido entre 1991 e 2001:

- Em 1991, o montante de MOP\$57.498,00;
- Em 1992, o montante de MOP\$108.403,00;
- Em 1993, o montante de MOP\$114.349,00;
- Em 1994, o montante de MOP\$138.741,00;
- Em 1995, o montante de MOP\$143.255,00;
- Em 1996, o montante de MOP\$95.447,00;
- Em 1997, o montante de MOP\$615.69,00;
- Em 1998, o montante de MOP\$123.602,00;
- Em 1999, o montante de MOP\$144.698,00;
- Em 2000, o montante de MOP\$125.228,00;
- Em 2001, o montante de MOP\$123.248,00.

2. Durante o período em que trabalhou para a Ré, a Autora nunca gozou descanso anual.

3. Durante o período em que trabalhou para a Ré, a Autora nunca gozou um dia de descanso por cada semana de trabalho.
4. Para dispensar a prestação de trabalho nos feriados obrigatórios, a Autora tinha de obter a autorização da Ré.
5. A Ré nunca autorizou a Autora a receber a retribuição de trabalho durante o período da licença de parto.
6. A Ré nunca pagou acréscimo salarial à Autora pelo trabalho efectivamente prestado em dias de descanso anual, semanal e feriados obrigatórios.
7. Devido aos factos acima mencionados, a Autora viu-se limitada, ao longo dos anos, de poder estar na companhia da sua família e de dar assistência aos seus pais.
8. Isso causou-lhe certa tristeza e aflição.
9. A Autora deixou de trabalhar para a Ré desde 2002.
10. A Ré não pagou à Autora qualquer quantia devido à cessação do contrato.
11. Devido ao término da licença de exploração exclusiva, a Ré não podia continuar a manter a relação de trabalho da exploração das actividades dos jogos de fortuna ou azar com seus trabalhadores.
12. A Sociedade de Jogos de Macau, S.A. procedeu a um processo de contratação para contratar cerca de 5000 trabalhadores anteriormente ao serviço da Ré.
13. A Autora assinou o contrato constante de fls. 161 a 170 dos autos.
14. Na altura em que a Ré e a Autora assinaram o contrato, a Autora foi informada de que auferia um salário base diário a título fixo e uma quota-parte do total das gorjetas dadas a todos os trabalhadores pelos clientes, segundo o critério fixado pela Ré.

15. Ao longo das dezenas de anos de actividade, a Ré nunca teve dificuldade em contratar pessoas interessadas em trabalhar para si.

16. A Autora teve 113 dias da dispensa de trabalho em 2000, 115 dias da dispensa de trabalho em 2001 e 40 dias da dispensa de trabalho em 2002. As datas concretas constam a fls. 200 dos autos que aqui se dão por integralmente reproduzidas.”

III – FUNDAMENTOS

O objecto do presente recurso passa pela análise das seguintes questões:

A - Do recurso interlocutório

- Dos efeitos da falta de tentativa de conciliação

B - Do recurso da decisão final

1. As questões colocadas e a tratar neste recurso da STDM são as seguintes:

- **Nota prévia**

- Da **natureza jurídica do acordo celebrado entre recorrente e recorrida;**

- Do **salário justo; determinação da retribuição da recorrente;** as gorjetas auferidas pelos trabalhadores de casino integram ou não o seu salário?

- Do **não gozo de dias de descanso semanal, descanso anual e feriados obrigatórios;**

. **prova dos factos; prova do impedimento do gozo;**

. **liberdade contratual;** da admissibilidade de renúncia voluntária ao gozo de dias de descanso semanal, anual, feriados obrigatórios;

- **Integração da natureza do salário;** mensal ou diário;

- **Determinação dos montantes compensatórios** dos dias de trabalho prestado em dias descanso e festividades.

A - No recurso interlocutório, pretende a Ré, recorrente, ser absolvida da instância, por entender que falta um pressuposto processual que devia ter conduzido ao indeferimento liminar da petição.

Não lhe assiste razão.

A tentativa mostra-se realizada, como se alcança de fls 66.

E nada mais haverá a dizer do que aquilo que foi dito no duto despacho do Mmo Juiz, a fls 247 e segs, louvando-se, aliás em Jurisprudência deste Tribunal. – o Ac. do TSI, de 3/7/2003, proc. 136/2003.

E muitos outros se podiam citar.¹

É unânime de que embora deva ser suspensa a instância e

¹ - Acs. do TSI de 22/7/04, proc. 71/04; de 26/2/04, proc. 250/03; de 27/11/03, proc. 139/2003.

realizar-se tal tentativa, essa falta não gera o indeferimento liminar da petição.

Assim, sem necessidade de outros considerandos e ao abrigo do disposto no art. 631º, n.º 5 do CPC (Código de Processo Civil), limitar-nos-emos a negar provimento ao recurso, remetendo para os fundamentos da decisão recorrida.

B – Recurso da decisão final

1. Importa referir uma *nota prévia*.

As diferentes questões foram abordadas em vários e abundantes arestos dos Tribunais de Macau, referindo-se que em praticamente todos eles se conseguiu uma unanimidade de entendimento, tanto na 1ª Instância, como neste Tribunal de Segunda instância.²

De entre elas, uma assumia natureza mais sensível, quer pelas suas implicações sociais, quer pela mediatização a que se prestou, quer pela sua caracterização jurídica, qual fosse a de saber se as gorjetas nas acções laborais interpostas contra a STDM integravam ou não o salário.

Até que o mais Alto Tribunal de Macau, o TUI, em três casos

² - Processos 241/2005, 297/05, 304/05, 234/05, 320/05, 255/05, 296/05, respectivamente de 23/5/06, 23/2/06, 23/2/06, 2/3/06, 2/3/06, 26/1/06, 23/2/06, 330/2005, 3/2006, 76 /2006.

que ali subiram,³ decidiu contrariamente à posição que granjeara unanimidade total.

Tanto bastou para que a situação se alterasse e a 1ª Instância se passasse a dividir, continuando parte das decisões a ser proferidas no mesmo sentido anterior, acolhendo outras as teses do TUI, outras ficassem aguardando.

Foi isto que aconteceu nesta Instância, - pretende-se que tenha sido uma espera responsável -, cientes de que a Justiça que tarda, falha, mas também a Justiça precipitada arriscada é, tornando-se árduo e penoso o ónus de ponderar as implicações do acatamento, ou não, perante o decidido por aquele mais Alto Tribunal.

Tudo porque, no fundo, embora processualmente nada obrigue a acompanhar aquele entendimento, não se deixa de ser sensível à imperfeição do Sistema neste domínio particular, urgindo a intervenção legislativa, não podendo passar anos e anos sem que haja qualquer aperfeiçoamento processual, não se compreendendo, nem compreendendo os cidadãos, que em situações desta natureza não se tivessem implementado mecanismos de uniformização da Jurisprudência, cuja inexistência só desacredita os Tribunais e em última análise o ordenamento da RAEM.

A partir da falta de um mecanismo de uniformização, não se diz

³ - Processos 28/2007, 29/2007, 58/2007, de 21/7/07, 22/11/07 e 27/2708, respectivamente

que o caos se instala, mas o certo é que a segurança - e esse também é um dos valores da ordem jurídica - fica abalada.

Claro que se pode dizer que essa uniformização sempre pode ser implementada, cabendo a cada Juiz decidir conforme aquela Jurisprudência, mas tal não evita que, em nome de superiores valores – jurisdição, autonomia, independência, liberdade de julgamento -, que não devem alijadamente ser postergados, surjam decisões que se apartem desse entendimento, sem embargo de se reconhecer alguma fractura na Justiça.

A responsabilidade pela uniformização da Jurisprudência não pode depender unicamente do critério de cada julgador.

Tem de ser implementada pelo legislador.

2. Posto, isto, passa-se de imediato à abordagem das questões que vêm colocadas no recurso.

A primeira questão que se deve apreciar é a da **caracterização da relação jurídica** existente entre a recorrente e a recorrida, o que se reconduz, no fundo, a saber se estamos ou não perante um contrato de trabalho entre ambos celebrado.

Em relação à noção de contrato de trabalho, o artigo 1079.º do Código Civil de Macau vigente determina:

“1. Contrato de trabalho é aquele pelo qual uma pessoa se obriga, mediante retribuição, a prestar a sua actividade intelectual ou manual a outra pessoa, sob a autoridade e direcção desta.

2. O contrato de trabalho está sujeito a legislação especial.”

Realçam-se aqui três elementos necessários e essenciais à definição típica de um contrato de trabalho: a prestação do trabalhador (actividade intelectual ou manual do trabalhador), a retribuição e a subordinação jurídica.

O contrato de trabalho classifica-se como um negócio jurídico oneroso e sinalagmático.

O contrato de trabalho é sinalagmático, porque a remuneração funciona como contrapartida da actividade desenvolvida pelo trabalhador, mas a natureza sinalagmática deste contrato apresenta particularidades.

Primeiro, na relação entre a prestação da actividade e o pagamento do salário, verifica-se que o risco corre por conta do empregador, embora o trabalhador também possa partilhar esses riscos, quando parte do salário for pago em função dos lucros, bem como na eventualidade de ocorrer a falência do empregador.

Depois, da regulamentação dos direitos e deveres dos empregadores e trabalhadores decorre um princípio de mútua colaboração, que se filia no clássico dever de assistência.

Por isso, dos artigos 25º e 27º do anterior RJRL - cfr. artigos 1º,

4), 9º, 2), 57º da actual LRT, Lei 7/2008, de 12 de Agosto, em princípio não aplicável aos contratos findos, face à redacção do disposto no art. 93º -, infere-se que a retribuição não é vista verdadeiramente como um preço, determinado pelas regras de mercado, devendo o salário ser fixado tendo em atenção as necessidades e interesses do trabalhador, a evolução do custo de vida, a capacidade económica e situação económico-financeira da empresa ou do sector económico da empresa e as condições de concorrência económica.

Tudo, no entanto, para erigir em princípio fundamental o pagamento de uma *retribuição justa*.

Estas regras de ordem constitucional são completadas, por exemplo, pelo art. 23º, n.º 3 da Declaração Universal dos Direitos do Homem, pelo art. 7º do Pacto sobre Direitos Económicos Sociais e Culturais e pela Convenção da OIT n.º 131, direitos que por essa via não deixam de ser tutelados pela própria Lei Básica no seu artigo 40º.

Projectando agora estes princípios no caso concreto, face à factualidade apurada, parece não restarem quaisquer dúvidas de que nos encontramos perante um verdadeiro e puro **contrato de trabalho** entre a autora e a ré, em que esta, mediante uma retribuição, sob autoridade, orientações e instruções daquela, começou a trabalhar na área de actividade ligada à exploração de jogos de fortuna ou azar.

Não faz qualquer sentido tentar empolar uma vertente empresarial daquela relação contratual baseada no facto de parte substancial da retribuição provir de terceiros e do facto de a prestação do trabalho estar na disponibilidade do trabalhador.

Quanto à primeira questão, que não infirma o pagamento de uma retribuição pelo empregador, sobre ela nos pronunciaremos em sede da análise da retribuição.

Sobre a segunda questão, a matéria de facto provada e a natureza das coisas e da realidade apreendida, vistas até as regras da experiência comum, desmentem a pretensão em fazer crer que a retribuição estaria dependente apenas dos dias do trabalho efectivo, o que pressuporia necessariamente que o trabalhador só fosse trabalhar quando pretendia. Ora, seguramente que as coisas não se passavam dessa forma.

Temos assim por certo que o contrato celebrado entre um particular e a Sociedade de Turismo e Diversões de Macau, S.A., para aquele trabalhar naquela área dos casinos, sob direcção efectiva, fiscalização e retribuição por parte desta, deve ser qualificado juridicamente como sendo um genuíno contrato de trabalho remunerado por conta alheia.

E apesar de o trabalhador poder ter sido chamado pela ré empregadora a trabalhar, ou até ter trabalhado voluntariamente, em dias destinados a descansos semanal e/ou anual e/ou até em feriados obrigatórios, tal não implica que o trabalho assim prestado não precise de

ser compensado nos termos legalmente devidos, sujeito como está à regulamentação proteccionista das relações laborais.

3. Caracterizada que se mostra a relação contratual em presença, importa agora apurar da questão relativa ao que seja um **salário justo** e determinar qual a retribuição da trabalhadora, ora recorrente.

3.1. Na remuneração, para além das regras de mercado, há que ponderar as exigências do bem comum, bem como a Justiça e a sua adequação ao trabalho realizado⁴.

Aos critérios de justiça que têm de ser ponderados na remuneração, os modernos ordenamentos estabelecem vários pressupostos em que a retribuição se baseia: deve-se ter em conta a quantidade, natureza e qualidade do trabalho; deve ser observado o princípio de que para trabalho igual salário igual; deve-se garantir uma existência condigna ao trabalhador. E não deixa até de se considerar como incumbência do Estado estabelecer e actualizar um salário mínimo nacional, para o que se deve ter em conta as necessidades dos trabalhadores, o aumento do custo de vida, o nível de desenvolvimento das forças produtivas, as exigências da

⁴ - BERNARDO XAVIER, Curso, cit., p. 368, alude a que, na contraposição entre o critério social – salário como rendimento de subsistência – e o critério económico – custo de produção do factor trabalho –, o Direito do Trabalho dá prevalência ao primeiro.

estabilidade económica e financeira e a acumulação para o desenvolvimento.

Há, pois, vários factores que interferem na determinação da retribuição, factores esses condicionados, as mais das vezes, pela política sócio-económica.

Não obstante estas considerações, parece indiscutível que, na fixação do salário, também pesa a lei de mercado; além disso, é preciso ter em conta que a remuneração do trabalhador não cobre todo o custo do factor de produção trabalho; neste há a ponderar outros custos, como sejam a segurança social, os seguros de trabalho, a higiene e segurança no trabalho, obras realizadas para conforto dos trabalhadores, etc.⁵.

Por isso, a retribuição surge como contrapartida do trabalho, numa perspectiva sinalagmática, mas há certos factores externos que a condicionam, em especial a política sócio-económica do Estado, na qual tem de se ter em conta que o salário corresponde, não raras vezes, à única fonte de rendimento para muitas famílias.

Na verdade, a política sócio-económica de um governo pode também prosseguir outros objectivos, como, por exemplo, o combate à inflação, através de uma contenção salarial.

Acresce ainda que a retribuição tem três elementos

⁵ Cfr. BERNARDO XAVIER, Curso, cit., p. 369.

identificadores⁶. Primeiro, corresponde, dentro de certos limites, a uma contrapartida da actividade prestada. Segundo, terá de ser uma prestação patrimonial, em dinheiro ou em bens avaliáveis em dinheiro, mas a remuneração em bens avaliáveis em dinheiro só pode corresponder a uma parcela do salário. Terceiro, tem de se apresentar como uma prestação periódica, a efectuar com regularidade, não sendo retribuição um pagamento esporádico.

Claro que estes considerandos espelham uma sociedade moderna em que a problemática laboral está eivada de uma forte componente social e em que as condições do trabalho não estão meramente dependentes do mercado e na disponibilidade negocial.

Não deixam contudo de interessar à análise subsequente e no sentido da evolução do ordenamento jurídico laboral de Macau ao encontro de uma aproximação a uma perspectiva mais social da regulamentação do trabalho.

E os princípios que se vêm apontando não se deixam de consagrar em sede do Direito Internacional (artigo 7.º do “Pacto Internacional sobre os Direitos Económicos, Sociais e Culturais e n.º 3 do artigo 23º do Declaração Universal dos Direitos Humanos).

⁶ Cfr. MÁRIO PINTO/FURTADO MARTINS/NUNES DE CARVALHO, Comentário, cit., anot. II.3 ao art. 82º, pp. 247 ss.

3.2. Fundamentalmente, o que está em causa é saber se as *gorjetas* integram o salário do trabalhador. Anote-se que o que interessa é a consideração do que seja o salário para efeitos das compensações a contemplar, face ao que reclamado vem nos autos.

E aqui se entra na análise que foi superiormente tratado pelo TUI.

Para referir que sob o ponto de vista jurídico, em termos dogmáticos, não se ousa sequer beliscar no que quer que seja a douta argumentação ali expandida no que tange ao entendimento de que a gorjeta, entendida na sua asserção normal, como uma gratificação dada por terceiro ao trabalhador, de forma espontânea, ocasional, aleatória e cuja cobrança não seja controlável pelo empregador (cfr. art. 2º, 5) da LRT), não integra o salário base do trabalhador.

Nem outra coisa seria de esperar, ciente como se está de que cabe àquele Alto Tribunal dizer do bom Direito.

O cerne da questão residirá em saber se, face à matéria de facto, melhor apreendida pelas Instâncias, filtrada e burilada através de tantos e tantos outros processos, se ela não predispõe num outro sentido compreensivo mais abrangente da realidade com que deparamos nos casos da STDM e neste em particular.

E se no fundo estamos perante uma verdadeira gorjeta com as

características acima delineadas.

Coloca-se a questão de saber se estamos perante um **salário justo**.

Chega a invocar-se até que, a esse propósito, já se pronunciaram, em sentido divergente, o Tribunal de Segunda Instância⁷ e a Direcção dos Serviços de Trabalho e Emprego⁸ (entidade cuja designação é, como se disse, presentemente, Direcção dos Serviços de Assuntos Laborais).

No sentido negativo diz-se que as ditas *gorjetas* eram entregues pelos clientes e não pela empregadora, com *animus donandi* e sem carácter obrigatório ou vinculativo, não correspondendo à contra prestação do trabalho prestado.

A decisão recorrida pugna pela inclusão no valor do salário do montante das *gorjetas* o que, no entendimento da recorrente, se traduz, desde logo, numa errada aplicação dos artigos 5º e 6º do RJRT e, bem assim, da alínea b) do n.º 1 do mesmo diploma.

Alude-se até à interpretação doutrinária e jurisprudencial comparada que vai no sentido de que as *gorjetas* não integram o salário. E assim deve ser em geral. Só que neste caso, as particularidades específicas resultantes do seu peso nos rendimentos do trabalhador e o modo de

⁷ Ac. do TSI, processo n.º 123/2002.

⁸ - Fls. 128 a 131.

distribuição apontam em sentido diverso.

3.3. De acordo com a matéria de facto dada como provada, o rendimento da recorrida, enquanto empregada da recorrente, era composto por uma importância fixa (HKD\$10,00 até Abril de 1995 e de HKD\$15,00 por dia, desde Maio de 1995) e por uma quota parte variável, correspondente ao montante de *gorjetas* entregues pelos clientes da recorrente – note-se que não se diz que eram dadas aos trabalhadores, mas que eram distribuídas segundo um critério fixado pela Ré.

Sabe-se até que essa distribuição era feita de acordo com as categorias, donde os trabalhadores que nem contacto tinham com os clientes podiam receber um rendimento acrescido.

Vem provado que essa distribuição por parte da Ré, empregadora, era regular e era ela que controlava a cobrança das mesmas, vedando aos trabalhadores que arrecadassem as *gorjetas*.

A este propósito, não se deixa de referir que a nova lei (referido art. 2º, 5) parece ainda não resolver a questão – (não se coloca sequer a possibilidade de lei interpretativa), importando saber se a actividade de cobrança se contenta com a arrecadação ou se supõe a liquidação, o que parece ser afastado, vista a não prestação de um serviço da empregadora ao cliente, mas o simples pagamento do prémio do jogo com arrecadação automática desse montante dito *gorjeta*.

A questão não pode ser desenquadrada do seu todo, do rendimento efectivo expectável, da prática adoptada e reiterada anos e anos a fio, da natureza específica da exploração e actividade de um casino, da realidade diversa da de outros ordenamentos em termos de Direito comparado.

Assume aqui especial relevância o facto de, tal como em Portugal, sem as gorjetas, estar garantido um salário mínimo legal aos trabalhadores em geral, incluindo os dos casinos ou o facto de, noutros ordenamentos, tal como nos EUA ou no Brasil, as gorjetas se entenderem como integrantes da retribuição, exactamente porque o salário base, se existente, pode ser manifestamente insuficiente para as necessidades básicas de subsistência de um ser humano.

A quota-parte de gorjetas a ser distribuída pela Sociedade de Turismo de Diversões de Macau, S.A., ao seu trabalhador, em montante e modo por ela definido unilateralmente, integra precisamente o salário deste, pois caso contrário, ninguém estaria disposto a trabalhar por conta daquela por anos seguidos nos seus casinos em horários de trabalho por esta fixados, em turnos de laboração contínua, sem gozo de férias, feriados e outros descansos, sabendo de antemão, que a prestação fixa do seu salário era de valor muito reduzido.⁹

⁹ - cfr. supra citados processos deste TSI

Acresce a este critério de qualificação um outro, que sustenta que essa mesma prestação do empregador é feita em benefício do trabalhador, a que este tem direito como contrapartida do seu trabalho.

O carácter de liberalidade e eventualidade das gorjetas é contrariado pelo facto de as mesmas, no caso dos casinos da STDM, serem por esta reunidos, contabilizados e distribuídos e não se diga que o sistema de contabilização e distribuição pela empresa representa o sistema mais justo e que mais beneficia o trabalhador não é argumento decisivo, pois que sempre se pode entender que essa prática se insere no próprio processo contratual entre as partes e que por isso mesmo o trabalhador espera com uma forte probabilidade vir a auferir uma massa de rendimentos, só por via dela anuindo à celebração daquele contrato de trabalho.

Se assim não fosse, haveria alguém que aceitasse trabalhar por 10,00 HK por dia? Tal rendimento quase que nem para o transporte para o trabalho chegaria!

3.4. É verdade que quanto à perspectiva tributária incidente sobre as gorjetas esse argumento não se mostra decisivo.

O art. 2º da Lei n.º 2/78/M, de 25 de Fevereiro, a propósito da incidência do Imposto Profissional prevê: *"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".

E nos termos do n.º 1 do art. 3º do citado diploma legal, as gorjetas são expressamente qualificadas como rendimento do trabalho.

Pretende-se ver na distinção de tributação de gorjetas e salário em sede de Imposto Profissional e já não do Imposto Complementar uma argumento demonstrativo da diferente natureza desses rendimentos.

Mas trata-se de uma falsa questão já que as razões tributárias são muito diferentes das razões laborais, sendo que ali prepondera um interesse a favor do Estado e aqui um interesse a favor do trabalhador e também do próprio empregador.

Na perspectiva tributária de direito público, o imposto profissional é um imposto parcelar, estruturado cedularmente, mediante o qual se submete a regime específico de incidência, determinação da matéria colectável e taxa os rendimentos decorrentes do trabalho, por conta de outrem ou por conta própria. Englobam-se nesse tipo de rendimento as gratificações ou *gorjetas* espontânea e livremente entregues, na sequência de uma reiterada prática social, pelos beneficiários de um determinado serviço ou trabalho, e por causa deste, aos que executaram esses serviço ou trabalho.¹⁰

Já no âmbito do direito laboral muitas das normas são

¹⁰ - Parecer da PGR n.º P001221988, de 18/11/88

garantísticas dos direitos dos trabalhadores, não deixando de ser um travão a abusos e desmandos da sua parte e, assim, enquanto limite e regulação da própria prestação do trabalho não deixam de tutelar igualmente os interesses do empregador.

Não obstante o princípio da autonomia privada, há que ter em conta, principalmente no que respeita à liberdade de estipulação do conteúdo, determinadas normas que não podem ser afastadas pela vontade das partes, as quais limitam a liberdade contratual, impondo, pelo menos, um conteúdo mínimo imperativo.

3.5. Acresce que as *gorjetas* dos trabalhadores da STDM, na sua última *ratio* devem ainda ser vistas como "*rendimentos do trabalho*", sendo devidos em função, por causa e por ocasião da prestação de trabalho, ainda que não originariamente como correspectividade dessa mesma prestação de trabalho, mas que o passam a ser a partir do momento em que pela prática habitual, montantes e forma de distribuição, com eles o trabalhador passa a contar, estando nós seguros de que sem essa componente o trabalhador não se sujeitaria a trabalhar com um salário que na sua base é um salário de miséria.

3.6. Contrariamente ao que se pretende, procedem as razões que estiveram na base do entendimento da Mmo juiz *a quo* que sustentou que o quantitativo diário fixo auferido pela recorrida não consubstancia um

salário justo, nos termos do art. 25º do RJRT.

A este propósito, não é válido o argumento de que *quanto à norma legal relativa ao direito a um salário justo também não poderá ela ser voluntaristicamente concebida como uma norma que habilite o tribunal a substituir-se à vontade dos contraentes na determinação do quantum salarial*.

É que a realidade é outra, ou seja, a verdade é que uma das partes, isto é, o trabalhador só se submeteu a tal relação laboral no pressuposto de que as gorjetas integrariam o rendimento que concretamente auferiria em resultado final da prestação do trabalho.

E apesar de as *gorjetas* provirem de terceiro em relação à empregadora não custa ficcionar que essas prestações, se por um lado podem gratificar a simpatia e os bons serviços do trabalhador, por outro nem sempre assim acontece, provindo antes de clientes da empregadora que assim complementam a remuneração desta aos seus trabalhadores num ambiente por ela criado e propiciado, dentro dos usos e costumes dos casinos daquela empregadora.

É verdade que a norma relativa ao montante do salário justo serve, tão só, como garantia de que os trabalhadores terão, pelo menos, um rendimento do trabalho suficiente para prover as suas necessidades (art. 27º do RJRT) o que, *in casu*, manifestamente não acontecia se se atendessem apenas à retribuição-base fixa.

Sabe-se que o conceito de salário justo tem evoluído com o tempo, não mais sendo, na actualidade, um simples preço dependente do livre consenso das partes, sendo necessário que o salário seja suficiente não só para o sustento, como para o necessário decoro do trabalhador e da sua família, não se reconduzindo ao preço de uma qualquer mercadoria, mas uma retribuição devida por justiça ao trabalhador como cooperador da empresa, dependendo também da situação desta, embora o trabalhador não deva sofrer pela inaptidão dos seus dirigentes, subordinando-se ao bem comum.¹¹

3.7. E quanto ao argumento de que a aplicar-se o entendimento de que, caso a recorrente compensasse de acordo com o critério definido na sentença ora posta em crise, *i.e.*, computando no montante do salário o valor das *gorjetas*, tal obrigaria a que a recorrente suportasse do seu rendimento aquilo que é uma liberalidade dos seus clientes, não se deixa de dizer que a interpretação mais correcta da relação laboral em causa é exactamente a isso que obriga.

A empregadora neste caso, obriga-se a garantir um rendimento mínimo e o gozo dos direitos laborais, na esperança de que parte desses custos seja suportado pelos clientes, como era habitual, mas tendo de suprir todas as insuficiências que o sistema implementado viesse a gerar. E, como pessoa de bem e prestigiada que era e é, inspirava à partida essa

¹¹ - Doutrinas sociológicas e social da Igreja, cfr. Sousa Franco, Enc. Verbo, in Salário

garantia.

Aliás, não é de estranhar que a entidade empregadora haja de suprir a insuficiência de rendimentos ou de produtividade com capitais próprios no pagamento dos seus trabalhadores, pois tal acontece sempre que as empresas deixam de vender ou sempre que os lucros se apresentam como negativos.

3.8. Ademais, não se deixam de encontrar no Direito Comparado situações em que a gorjeta integra o valor da remuneração, assim acontecendo no Brasil, compreendendo-se na remuneração do empregado, para todos os efeitos legais, além do salário devido e pago directamente pelo empregador, como contraprestação do serviço, as gorjetas que receber e considerando-se gorjeta não só a importância espontaneamente dada pelo cliente ao empregado, como também aquela que for cobrada pela empresa ao cliente, como adicional nas contas, a qualquer título, e destinada à distribuição aos empregados.¹²

¹² - art. 457º da CLT /Consolidação das Leis do Trabalho

- “A soma do salário com as gorjetas resulta na remuneração, segundo o *caput* do art. 457 da CLT. Acórdão Inteiro Teor de 4ª Turma nº RR-476330/1998, de 12 Dezembro 2001. TST. Tribunal Superior do Trabalho. Nº Recurso nº RO-22025/1992-000-01.00, Magistrado Responsável Ministro Milton de Moura França. Nº Sentença ou AcórdãoRR-476330/1998 - in <http://br.vlex.com/vid/40267024>

- “As gorjetas pagas pelos clientes aos empregados e convergidas a um fundo especial instituído, para posterior rateio entre os mesmos, sob a administração do empregador, têm natureza de participação nas

entradas e, pois, se revestem de cunho salarial para todos os efeitos. FUNDO ESPECIAL.
“(TRT-RO-3317/95 - 1ª T. - Rel. Juiz José Eustáquio de Vasconcelos Rocha - Publ. MG. 05.05.95).

“As gorjetas de clientes que vão para a caixinha dos funcionários do restaurante devem ser integradas ao salário para o cálculo dos direitos trabalhistas. O entendimento é da 7ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região (Minas Gerais).”

“A decisão da Quinta Turma do TST, acompanhando voto do relator, juiz convocado Walmir Oliveira da Costa, foi tomada com base na jurisprudência do TST, segundo a qual as gorjetas, cobradas pelo empregador na nota de serviço ou oferecidas espontaneamente pelos clientes, integram a remuneração do empregado. Mas não servem de base de cálculo para as parcelas de aviso prévio, adicional noturno, horas extras e repouso semanal remunerado, segundo o enunciado (súmula) 354 do Tribunal. A exclusão dessas parcelas foi requerida em recurso pela empresa empregadora, Paes Mendonça S.A., alvo da reclamação do garçom.”

“Todavia, com relação às parcelas de férias, inclusive ao acréscimo de um terço, de décimo terceiro salário e FGTS, a jurisprudência do TST entende que as gorjetas têm natureza de remuneração e devem repercutir sobre a indenização desses itens, além do salário recebido... compreendem-se na remuneração do empregado, para todos os efeitos legais, além do salário devido e pago diretamente pelo empregador, como contraprestação do serviço, as gorjetas que receber” - *in* www.direito.2.com.br.

Salvaguardando a diferença de sistemas, assim acontece igualmente nos EUA.¹³

Assim acontece em Hong Kong, onde ainda recentemente o *Court of Final Appeal* decidiu ratificar o entendimento do *Court of Appeal*

¹³ - “The Fair Labor Standards Act (FLSA) requires payment of at least the federal minimum wage to covered, nonexempt employees. An employer of a tipped employee is only required to pay \$2.13 an hour in direct wages if that amount plus the tips received equals at least the federal minimum wage, the employee retains all tips and the employee customarily and regularly receives more than \$30 a month in tips. If an employee's tips combined with the employer's direct wages of at least \$2.13 an hour do not equal the federal minimum hourly wage, the employer must make up the difference.

Some states have minimum wage laws specific to tipped employees. When an employee is subject to both the federal and state wage laws, the employee is entitled to the provisions which provides the greater benefits.” - in www.dol.gov/elaws.

“For a long time, an employee's income from tips was not recognized as remuneration paid by the employer, and the corresponding FICA tax was imposed only on the employee. See Social Security Amendments of 1965, §313(c), 79 Stat. 382. In 1987, however, the Internal Revenue Code was amended to treat tip income within the remuneration on which the employer, too, is taxed, 26 U. S. C. §3121(q), and that is the present law”, in <http://caselaw.lp.findlaw.com/>.

no sentido de que as gorjetas deviam integrar o salário com argumentos próximos dos acima expendidos.¹⁴

Por outro lado, em Portugal, não minimizando a douta doutrina citada pelo TUI, não se deixa de assinalar, como acima se referiu, que a realidade fáctica diverge em ambos os ordenamentos e num ponto que se nos afigura essencial, qual seja o de em Portugal o rendimento mínimo estar garantido por lei.

Não o estando, por essa via, entre nós, dessa forma, se suprirá essa *lacuna*.

É certo que por uma via que não resulta directamente de uma prestação da entidade patronal, mas por uma via por ele garantida e patrocinada.

Em face do exposto, com a devida vénia e todo o respeito, reitera-se a posição anteriormente assumida por este Tribunal

4. Do não gozo de dias de descanso semanal, descanso anual e feriados obrigatórios;

- . prova dos factos
- . liberdade contratual; da admissibilidade de renúncia voluntária

¹⁴ - Proc. 55/2008, de 19/1/09, *between Lam Pik Shan and HK Wing On Travel Service Limited*, in

<http://www.hklii.org/hk>

ao gozo de dias de descanso semanal, anual e feriados obrigatórios.

4.1. Considera a recorrente não ter ficado provado, ao contrário do que o Tribunal *a quo* veio a julgar em sede de prolação da douta sentença, que o recorrido não gozou de dias de descanso semanal, descanso anual e feriados obrigatórios.

O que terá ficado provado é que ao gozo desses dias de descanso não corresponderia qualquer remuneração e que as partes acordaram nisso ao abrigo do princípio da liberdade contratual.

Chega a contrapor-se que há uma presunção de culpa pelo não gozo desses dias de descanso imputável ao empregador.

Ora bem.

Ali se provou que o trabalhador em questão trabalhou nos dias de descanso semanal, anual e também feriados obrigatórios e não recebeu qualquer acréscimo.

Para que haja erro manifesto na apreciação da prova tem de resultar da alegação da parte recorrente e dos elementos dos autos a probabilidade de existência de erro de julgamento, o que decorre da *indicação não só dos pontos considerados incorrectamente julgados*, como da indicação dos *concretos meios probatórios que impunham uma decisão diversa* (cfr. artigo 599º, n.º 1, a) e b) e 629º do CPC).

No caso, a recorrente indica os dois primeiros requisitos e afirma

o terceiro, mas este não se evidencia face ao seu enunciado. Isto é, não decorre daqueles elementos que a conclusão a extrair haja de ser diversa da que foi retirada pelo Colectivo da 1ª Instância, vista a globalidade das provas produzidas e a análise parcelar apontada pela recorrente.

No fundo, o que se põe em causa é a convicção do Tribunal que se não mostra abalada, face à concretização dos pontos discordantes que a recorrente apresenta, sendo certo que o Tribunal circunscreveu no tempo aquela factualidade, não dizendo que aquele não gozo foi durante todos os anos da prestação de trabalho, indicou os elementos em que fundou a sua convicção e as próprias partes não apontaram, aquando da leitura do acórdão da matéria de facto, quaisquer vícios relativos a deficiências, obscuridades ou contradições.

Quanto à presunção de culpa ela não está estabelecida na lei e o trabalhador devia provar que pretendeu gozar esses dias e que o empregador a tal se opôs.

Daqui se hão-de extrair, em consequência, as necessárias ilações no que às devidas compensações disserem respeito.

No que ao ónus da prova respeita só importaria apreciar a questão em caso de falta de prova dos factos alegados pela parte a quem cabia o ónus de provar os factos integrantes do seu direito (cfr. o n.º 1 do art. 335º do CC), de forma a daí retirar as devidas consequências.

4.2. Considera a recorrente que, não tendo o legislador da RAEM consagrado uma imperatividade absoluta das normas jus-laborais, porquanto estabeleceu, a par destas, como fonte dos condicionalismos mínimos à livre contratação laboral, as normas convencionais, os regulamentos das empresas e os usos e costumes geralmente praticados (art. 1º, n.º 1 do RJRT), desde que destes resultem "*condicionalismos mínimos*" mais favoráveis ao trabalhador (art. 5º do RJRT) a decisão *a quo* teria, forçosamente, de ser diversa.

Para concluir que os usos e costumes praticados globalmente eram mais favoráveis que a aplicação do conjunto das normas estatuídas no RJRT.

Não tem razão a recorrente nesta parte.

Se do RJRT decorre a convencionalidade em determinados institutos das relações do trabalho (v.g. forma contratual e fixação salarial), já em muitos outros domínios as normas dele constantes não deixam de ser manifestamente injuntivas, proclamadas e recepcionadas, aliás, pelo Direito Internacional, como sejam as relativas aos descansos e férias dos trabalhadores.

A este propósito somos a acompanhar o que se consignou em diversos acórdãos deste Tribunal.¹⁵

Como se sabe, o Direito do Trabalho, tal como o conhecemos

¹⁵ - Acima citados.

hoje, aparece com a generalização de um tipo específico de trabalho humano - o trabalho produtivo, voluntário, dependente e por conta alheia - que substituiu definitivamente o trabalho forçoso característico das economias do mundo antigo, tipo de trabalho específico esse que com a Revolução Industrial alcançou importância suficiente de modo a determinar a necessidade de se criar um corpo normativo dirigido à sua regulamentação.¹⁶

E a nível da doutrina jurídica, como é reconhecido em geral que o trabalhador se encontra numa posição de inferioridade em relação ao empregador no estabelecimento e desenvolvimento da relação do trabalho, o Direito do Trabalho assume-se como um “direito de protecção” e justifica-se pela necessidade de corrigir, por via legal, certas situações de desigualdade, através da imposição de restrições ao normal desenvolvimento do princípio da autonomia da vontade, por um lado, e, por outro, pela constatação de que, sem a intervenção do legislador juslaboralístico, o trabalhador ficaria sujeito a todo um conjunto de pressões de que não pode facilmente escapar, em virtude da necessidade que tem do emprego e do salário para dar satisfação a necessidades vitais suas e dos seus familiares.

E sintoma desta conclusão e preocupação encontramos-lo quer no espírito do disposto nos art.ºs 5.º e 6.º do Decreto-Lei n.º 24/89/M, de 3 de

¹⁶ - **AUGUSTO TEIXEIRA GARCIA**, *Lições de Direito do Trabalho*, Lições aos alunos do 3.º ano da Faculdade de Direito da Universidade de Macau, 1991/1992, Capítulo II, § 2.º, ponto 5

Abril, quer no regime da extinção do contrato de trabalho nele definido.¹⁷

Portanto, ao interpretar e aplicar qualquer legislação juslaboralística em sede do processo de realização do Direito, temos que atender necessariamente ao “princípio do *favor laboratoris*”, princípio que para além de “orientar” o legislador na feitura das normas juslaborais (sendo exemplo paradigmático disto o próprio disposto no art.º 5.º, n.º 1, e no art.º 6.º do Decreto-Lei n.º 24/89/M, de 3 de Abril), deve ser tido pelo menos também como farol de interpretação da lei laboral, sob o qual o intérprete-aplicador do direito deve escolher, na dúvida, o sentido ou a solução que mais favorável se mostre aos trabalhadores no caso considerado, em virtude do objectivo de protecção do trabalhador que o Direito do Trabalho visa prosseguir.

4.3. Do que acima fica exposto decorre que se a A. e Réu podiam acordar nos montantes da retribuição (e o problema que se põe nessa sede não é já o do primado da liberdade contratual mas sim o da determinação da vontade das partes quanto à integração dessa retribuição) já o mesmo não acontece quanto ao gozo dos dias de descanso, férias e feriados e sua remuneração.

¹⁷ - cfr. JOSÉ ANTÓNIO PINHEIRO TORRES, *Da Cessação do Contrato de Trabalho em face do D.L. n.º 24/89/M – breves notas*, Sumário das Lições aos Alunos do 3.º Ano Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Macau no Ano Lectivo de 1994/1995, Macau – 1995, págs. 3 a 4.

Sobre estas matérias, bem como, quanto a outras, a lei prevê exactamente os condicionalismos mínimos que devem ser observados na contratação, tal como se prevê no n.º 1 e 2 do artigo 1º do RJRL, pelo que perde sentido a argumentação expendida no sentido de que as partes podiam contratar a renúncia a certos direitos que na sua interpretação só supletivamente seriam instituídos.

O que está em causa, no fundo, é o apuramento e quantificação das consequências decorrentes da não observância dos condicionalismos mínimos a que a lei expressa e taxativamente obriga.

E não se deixa de referir que pelo facto de a A. ter trabalhado nos mencionados dias de descanso, férias e feriados tal não significa que tenha renunciado às respectivas compensações. Estas não deixam de integrar aqueles condicionalismos mínimos com que o legislador abre a Regulamentação Laboral no artigo 1º.

Como não passa sem referência a rejeição de que a compensação por dias de descanso e feriados não gozados está apenas dependente de um impedimento efectivo por parte da entidade empregadora. Tal só releva quando a lei laboral assim o prevê, como é o caso de uma penalização na compensação dos descansos anuais - tal como adiante se concretizará -, sempre que se observe tal pressuposto.

5. Da errada interpretação e aplicação do n.º 4, do art. 26º do RJRT - da violação do n.º 2 do art. 564º do CPC

E ainda da configuração do salário como mensal.

5.1. Levanta-se um outro problema que é o de saber se o salário do trabalhador em causa era um salário mensal ou um salário em função do resultado ou do período de trabalho prestado; no caso que se propõe, se era um salário diário.

Ainda aqui os acórdãos do TUI divergiram do entendimento estabelecido e aí se procuram rebater as razões que fundaram a posição unânime até aí tomada nesta instância.

Admite-se que tais razões não tenham sido bem explicadas e daí a necessidade de no acórdão do TUI se ter ensaiado, num esforço de compreensão, o alcance daquilo que por defeito ficara explicitado.

O salário do trabalhador dos casinos da Sociedade de Turismo de Diversões de Macau, S.A. é composto por uma parte quantitativa fixa de valor reduzido e por uma outra remanescente, de quantia variável consoante o montante de gorjetas dadas pelos clientes dos casinos da mesma sociedade aos seus trabalhadores, diariamente reunidas e contabilizadas por esta e depois também por ela distribuídas de dez em dez dias para os seus trabalhadores de acordo com as regras fixadas pela própria empresa.

Só o entendimento de que o salário base estipulado integraria a remuneração do trabalhador podia sustentar a tese da existência de um salário diário. Mas como se viu, o apuramento do salário passava pela recolha e apuramento das gratificações por um ciclo de 10 dias, só findo o qual podia ser estabelecido. Dependia assim de um quantitativo variável, determinando-se por essa forma o seu cálculo.

E esse ciclo não se compagina com um salário diário ou semanal, porquanto só ao fim de 10 dias era possível estabelecer qual a remuneração diária durante esse período do trabalhador.

Não está assim em causa a falta de compreensão do que seja a fixação do salário em função dos seus períodos de pagamento (hora, dia ou semana), eventualmente não coincidente com as datas de vencimento, mas a constatação de que esse apuramento só é possível após um ciclo de 10 dias, o que, aliado às características e natureza do trabalho prestado leva a que se considere estar-se perante um salário mensal.

E essas características e natureza do trabalho harmonizam-se mais com o considerar que se tratava de um salário mensal, estando a remuneração não já dependente do resultado de trabalho efectivamente produzido, nem, tão-pouco, do período de trabalho efectivamente prestado.

É verdade, como bem assinala o TUI, que não é por ser ou não ser um salário diário, que daí deriva obrigatoriedade de comparência e assiduidade.

O que se afirmou anteriormente vai no sentido de reforçar a natureza especial do trabalho prestado, de que a remuneração não estava dependente do período de trabalho efectiva e aleatoriamente prestado. Antes, a laboração contínua e permanente daquela sociedade comercial como exploradora de jogos, por decorrência da legislação especial aplicável a essa sua actividade, impunha uma comparência constante por parte do trabalhador, realidade que se comprova não só neste caso como na generalidade dos restantes. Daí o dizer-se que a produtividade e organização da empresa exploradora dos casinos poderia sair comprometida, bastando que algum trabalhador não viesse a comparecer nos casinos em incumprimento dos rigorosos turnos diários por esta fixados em relação a cada um dos seus empregados, ou viessem a trabalhar dia sim, dia não, como bem entendessem, situação para que inculca a contemplada com uma retribuição de trabalho diária.

Acrescem ainda dois outros argumentos anteriormente não expressamente aduzidos.

Primo. A considerar que um trabalhador permanente e com um contrato sem prazo podia dessa forma ver diminuídas as maiores garantias decorrentes de um contrato com um salário mensal, bastando que para tanto se fizesse averbar uma cláusula dizendo que o salário desse trabalhador era um salário diário - cfr. n.º 1 do art.º 26º e n.º 6 do art.º 17.º do Decreto-Lei n.º 24/89/M.

Secundo. A lei não fala em salário diário ou semanal para efeitos de estabelecimento de efeitos autónomos daqueles que confere a um trabalho prestado mediante retribuição mensal. Fala antes em *salário mensal*, contraposto a *salário determinado em função do resultado efectivamente produzido ou do período de trabalho efectivamente prestado*.

O que parece reforçar a ideia de que um trabalho prestado nos termos e condições referidas, não obstante da fixação de uma base retributiva diária deve ser enquadrado como integrante de um salário

Todas as apontadas razões apontam, pois, no sentido de uma situação normal de trabalho remunerado com salário mensal, ainda que em quantia variável.¹⁸

5.2. Da redacção do n.º 4 do artigo 26º decorre uma consequência importantíssima na interpretação das normas que atribuem as compensações pelo trabalho prestado nesses dias. É que o n.º 1 do art.º 26.º do Decreto-Lei n.º 24/89/M, atentos os termos empregues na redacção da sua parte final, - *os trabalhadores que auferem um salário mensal...não podendo sofrer qualquer dedução pelo facto de não prestação de trabalho nesses períodos* (períodos de descanso semanal e anual e feriados obrigatórios) - visa tão-só proteger o trabalhador contra eventual redução do seu salário mensal por

¹⁸ - Cfr. Proc. 320/2005, TSI, de 2/3/2006, entre outros e respectivo Sumário

parte do seu empregador sob pretexto de não prestação de trabalho nesses períodos e, por isso, já não se destina a determinar o desconto do valor da remuneração normal na compensação/indemnização pecuniária a pagar ao trabalhador no caso de prestação de trabalho em algum desses dias.

Essa posição, no respeitante ao tipo do salário da A., releva para aplicação do n.º 6 do art.º 17.º do Decreto-Lei n.º 24/89/M, de 3 de Abril, na actual redacção dada pelo artigo único do Decreto-Lei n.º 32/90/M, de 9 de Julho, já que na hipótese de pagamento do trabalho prestado em dia de descanso semanal, por força do n.º 6, é ao disposto na sua alínea a) que se atende e já não ao determinado na sua alínea b).

5.3. Da lei aplicável.

Antes da entrada em vigor, no dia 1 de Setembro de 1984, da primeira lei reguladora das Relações de Trabalho em Macau, ou seja, do Decreto-Lei n.º 101/84/M, de 25 de Agosto, toda a relação de trabalho em Macau tinha que ser regida pelo convencionado entre as duas partes empregadora e trabalhador, não sendo de levar em conta os dias de descansos semanal e anual e “feriados obrigatórios”.

Desde o dia 1 de Setembro de 1984 até 2 de Abril de 1989 (*inclusive*) já vigoravam os condicionalismos mínimos legais garantísticos a observar, salvo o tratamento mais favorável para a parte trabalhadora resultante de outro regime, nomeadamente nas relações de trabalho

remunerado por conta alheia em Macau, pela primeira vez traçados sob a forma de lei no Decreto-Lei n.º 101/84/M, de 25 de Agosto.

E a partir do dia 3 de Abril de 1989 (*inclusive*) até à presente data, tem vigorado o regime consagrado no Decreto-Lei n.º 24/89/M, de 3 de Abril, revogatório daquele primeiro diploma, com a *nuance* de que os seus art.ºs 17.º (apenas no seu n.º 6) e 26.º (excepto o seu n.º 1) passam a ter a redacção dada pelo artigo único do Decreto-Lei n.º 32/90/M, de 9 de Julho, vocacionado a afastar as dúvidas até então surgidas quanto ao regime de descanso semanal no caso de trabalhadores que auferem salário determinado em função do resultado efectivamente produzido ou do período de trabalho efectivamente prestado.

Para o caso dos autos, não releva minimamente a alteração introduzida por esse Decreto-Lei n.º 32/90/M ao art.º 26.º daquele Decreto-Lei n.º 24/89/M, porquanto é de considerar somente o n.º 1 (entretanto mantido na mesma redacção) do art.º 26.º, por o salário da autora estar exactamente sob a alçada desse n.º 1, cuja estatuição visa tão-só proteger o trabalhador contra eventual redução do seu salário mensal por parte do seu empregador sob o pretexto de não prestação de trabalho nos períodos de descanso semanal e anual e dos feriados obrigatórios. Por isso, já não se destina a determinar, como alguns pensam incluindo a própria Ré recorrente, o desconto do valor da remuneração normal na compensação/indemnização pecuniária a pagar ao trabalhador no caso de prestação de trabalho em algum desses dias.

Nem releva também praticamente a nova estatuição resultante da redacção introduzida no n.º 6 do art.º 17.º do Decreto-Lei n.º 24/89/M, de 3 de Abril, visto que não estando em causa um salário visado na alínea b) da nova redacção do n.º 6, mas sim na sua alínea a), o critério de pagamento do trabalho prestado em dia de descanso semanal continua, precisamente por causa do tipo do seu salário, a ser “o dobro da retribuição normal”, tal como já resulta da anterior letra do mesmo n.º 6.

A nova LRT (Lei das Relações de Trabalho), Lei 7/2008, de 12 de Agosto também não se afigura aplicável visto que a relação laboral em causa terminou ainda antes da sua entrada em vigor, mostrando-se extintos os seus efeitos ou vencidos os direitos sob a égide da lei anterior antes da sua entrada em vigor - cfr. art. 93º.

6. Posto isto, assim se entra na análise da correcção da sentença recorrida quanto ao **apuramento das compensações devidas** pela entidade patronal, por violação dos diferentes tipos de descanso do trabalhador e assim do invocado erro de direito em relação às pertinentes normas reguladoras daquelas compensações.

Neste caso particular acompanhamos as fórmulas adoptadas na Jurisprudência quase unânime deste Tribunal, unanimidade que sofreu até

ao momento apenas a excepção da compensação do trabalho prestado em dias de feriados obrigatórios.¹⁹

Tais fórmulas de cálculo, no essencial, foram ratificadas pelo TUI, com excepção do trabalho prestado em dias de folga semanal. O que, de certa forma, se ficou devendo ao entendimento divergente, donde partiu, ao assentar na existência de um salário diário, o que vale por dizer, prestado em função do trabalho efectivamente prestado

Mas, para além disso, avançou-se ali com um outro entendimento, do qual nos apartamos e que tem que ver com o facto de se considerar que, ao trabalhar, nesses dias, o trabalhador já recebeu em singelo, pelo que deve apenas receber outro tanto.

Remetemo-nos, ainda aqui, com a devida vénia, para a nossas explicações dadas no âmbito do processo n.º 255/2008, TSI, de 20/Nov.:

“Nas situações em que o TUI se pronunciou,²⁰ partiu, na interpretação desenvolvida, de um salário diário, para, por via da analogia, chegar à mesma regra do salário mensal - als. a) e b) do DL n.º 24/89/M (RJRR) e partiu do pressuposto de que já existia um pagamento em singelo.

¹⁹ - Vd. douto voto vencido nos Acórdãos 234/2005 e 257/2007, de 2/3/06 e 9/3/06, respectivamente

²⁰ - Acs do TUI, procs. 28/2007, 29/2007, 58/2007, de 21/9/07, 22/11/07 e 28/2/08

Ora, em abstracto, pode até não haver certeza de que o pagamento tenha sido pago em singelo quando não gozado, sendo certo que o trabalhador tem direito ao descanso semanal remunerado, mesmo que não trabalhe nesse dia.

Agora, neste caso, a realidade e os pressupostos são diferentes. Parte-se de um salário mensal, donde resulta que o pagamento foi realizado no final do mês.

O salário devido, de MOP ..., correspondia a um mês de trabalho onde se não incluíam os dias de descanso.

Por isso não se pode dizer que os dias de descanso já foram pagos em singelo.

Imaginemos dois trabalhadores que recebiam o mesmo salário. Um trabalhava nos dias de descanso e outro descansava efectivamente nesses dias. O salário era o mesmo para ambos. Daí não se poder dizer que os dias de descanso já foram pagos em singelo.

No caso de salário mensal os dias de descanso não se mostram pagos com coisa nenhuma.

Daí que lhe deva ser abonado o dobro por cada dia de descanso semanal.

7. Os rendimentos do Autor deste processo constam da matéria acima dada como provada.

8. Trabalho prestado em dia de descanso semanal

8.1. O primeiro dia de descanso semanal a que o trabalhador tinha direito deveria ter ocorrido depois do primeiro período de seis dias de trabalho sob a vigência do Decreto-Lei n.º 24/89/M em 3 de Abril de 1989, sendo razoável e sensato considerar que o descanso só se justifica depois de cada período de trabalho de seis dias, tal como decorre do n.º 1 do art.º 17.º deste diploma, sendo de defender que a entidade patronal não pode fazer variar o dia de repouso semanal, tornando incerto o dia destinado a esse fim.²¹

De facto, 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, daí que, por norma, não se justifique que aconteça antes da prestação de trabalho que o justifica.

Não se pode reclamar a indemnização pecuniária do trabalho prestado em dias de descanso semanal durante a vigência do Decreto-Lei n.º 101/84/M (ou seja, no período de 1 de Setembro de 1984 a 2 de Abril de 1989), por esse Decreto-Lei não prever a compensação pecuniária desse trabalho (cfr. o que se pode alcançar do disposto nos seus art.ºs 17.º e 18.º, *a contrario sensu*).

²¹ - Teixeira Garcia, Lições de Dto Trabalho, Fac. De Direito da Univ. Macau, Lições policopiadas

Nota-se, neste caso, que o primeiro dia de descanso semanal a que o trabalhador tinha direito deveria ser o dia 9 de Abril de 1989, depois do primeiro período de seis dias de trabalho, após a entrada em vigor do diploma que passou a prever a compensação pelo dobro do trabalho prestado nos dias de descanso semanal.

Sendo certo que só em 1991 a A. começou a trabalhar.

8.2. Assim, em sede do **DESCANSO SEMANAL** nada a alterar, vista a mesma fórmula **x2** adoptada na sentença recorrida.

9. Descanso anual

9.1. Para cálculo da quantia a pagar ao trabalho prestado em dias de descanso anual correspondente ao trabalho prestado a partir do dia 1 de Setembro 1984 (data da entrada em vigor do Decreto-Lei n.º 101/84/M, de 25 de Agosto), nos dias de descanso entretanto vencidos mas não gozados (sendo claro que o direito a descanso anual em cada ano civil só se vence naturalmente depois de decorrido o ano civil a que esse direito anual se reporta), adoptam-se as seguintes fórmulas:

- No âmbito do Decreto-Lei n.º 101/84/M (art.ºs 24.º, n.º 2, e 23.º previa-se um período de descanso anual de dias úteis com o “salário correspondente a esse período”. Isto é, 1 x valor da remuneração diária

média do ano de trabalho x número de dias de descanso anual vencidos mas não gozados;

- E no âmbito do Decreto-Lei n.º 24/89/M, nos artigos 24.º e 21.º prevêm-se igualmente seis dias úteis de descanso anual pagos como o “triplo da retribuição normal” se houver prova do impedimento pelo empregador do gozo desses dias, como pressupõe expressamente a letra do art.º 24.º. Isto é, 3 x valor da remuneração diária média do ano de trabalho x número de dias de descanso anual vencidos mas não gozados.

Caso não seja feita prova daquele impedimento - e essa prova não vem feita no caso vertente - há que aplicar analogicamente a fórmula do “dobro da retribuição normal” à situação *objectiva* de prestação de trabalho nos dias de descanso anual. A não se entender desta forma cair-se-ia em flagrante injustiça relativa em confronto com a compensação do trabalho prestado em dias de descanso semanal, sendo evidente que em ambas as situações está identicamente em causa a prestação de trabalho em dias de descanso, daí que se imponha até, por identidade da razão, tal aplicação analógica.

9.2. Nesta conformidade, em sede de **DESCANSO ANUAL** vista a adopção da mesma fórmula adoptada por este Tribunal,

x2, também nada há a alterar.

10. Feriados obrigatórios

No âmbito do revogado Decreto-Lei n.º 101/84/M de 25 de Agosto (art.ºs 20.º e 21.º), não havia qualquer indemnização pelo trabalho prestado em feriados obrigatórios.

O n.º 3 do seu art.º 20.º só previa o direito à retribuição pelo trabalho a prestar nos três dias de feriados obrigatórios aí designados (o Primeiro de Janeiro, o Primeiro de Maio e o Primeiro de Outubro) por parte dos trabalhadores permanentes e já não também nos restantes seis dias de feriados obrigatórios referidos no n.º 1 do mesmo art.º 20.º.

Por outro lado, só havia atribuição da indemnização pelo trabalho prestado naqueles três dias de feriados obrigatórios “remunerados” (com acréscimo de salário nunca inferior a 50% do salário normal) na situação prevista na alínea b) do n.º 1 do art.º 21º e já não também na hipótese da alínea c), à qual se reconduz o caso em questão. Na verdade, tendo em conta a actividade da empregadora no sector de casinos, não é difícil constatar que funcionamento da empresa é contínuo e permanente, situação prevista na alínea c) e não já na al. b) - *acrécimo de trabalho não previsível* -, só este trabalho sendo compensado.

No âmbito do Decreto-Lei n.º 24/89/M são seis os dias de feriados obrigatórios “remunerados” por ano, sendo certo que a Lei n.º 8/2000, de 8 de Maio, que mantém igualmente em dez dias os feriados obrigatórios, deixa intocados esses mesmos seis dias de feriados obrigatórios “remunerados”, quais sejam, o primeiro de Janeiro, os três dias do Ano Novo Chinês, o primeiro de Maio e o primeiro de Outubro.

E para cálculo da quantia a pagar ao trabalho prestado pelo trabalhador em feriados obrigatórios “remunerados”, mas somente a partir de 3 de Abril de 1989, vista a entrada em vigor do Decreto-Lei n.º 24/89/M, a fórmula há de corresponder ao “acréscimo salarial nunca inferior ao dobro da retribuição normal”, para além naturalmente da retribuição a que tem direito, caso tenha que trabalhar nesses feriados, a despeito da regra da dispensa obrigatória de prestação de trabalho (art.ºs 20.º, n.º 1, e 19.º, n.ºs 2 e 3), o que equivale ao “triplo da retribuição normal”²² e não ao dobro como se calculou na sentença recorrida.

Como na sentença recorrida se entrou com o factor **X2**, o valor encontrado situa-se necessariamente abaixo do devido. Assim, não havendo recurso do trabalhador, tal valor manter-se-á inalterado.

12. Concluindo,

²² - Cfr. - Ac. 297/2005, de 23/2/2006, entre outros, já acima citados

Os valores encontrados para a compensação dos descansos semanais e anuais não se alteram;

Não vindo recurso interposto pelo trabalhador, o pedido e o objecto do recurso não-de limitar necessariamente o campo cognoscitivo deste Tribunal, donde ficar intocável o valor encontrado para as restantes compensações, relativas aos feriados obrigatórios.

Conclui-se assim pela não existência dos apontados vícios de erro de facto e de direito.

Tudo visto e ponderado, resta decidir,

IV – DECISÃO

Nos termos e fundamentos acima expostos, acordam os Juízes que compõem o Colectivo deste Tribunal, em conferência, em julgar improcedentes os recursos interlocutório e da decisão final, mantendo o que foi decidido na sentença proferida em 1ª Instância.

Custas do recurso interlocutório pela Ré, recorrente.

Custas do recurso da decisão final pela Ré, recorrente.

Macau, 26 de Fevereiro de 2009

João A. G. Gil de Oliveira

Choi Mou Pan

Lai Hin Hong