

Processo nº 642/2008

(Autos de recurso em matéria civil e laboral)

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

Relatório

1. A (XXX), com os sinais dos autos, propôs acção de processo comum do trabalho contra “SOCIEDADE DE TURISMO E DIVERSÕES DE MACAU, S.A.R.L.”, pedindo, a final, a condenação da R.:

“a) A pagar ao A. todas as quantias em dívida resultantes da violação do seu direito ao descanso semanal, que ascendem ao total de MOP\$495.113,00 (quatrocentas e noventa e cinco mil, cento e treze patacas), quantia essa acrescida de juros à taxa legal desde a citação até

integral e efectivo pagamento;

b) A pagar ao A. todas as quantias em dívida resultantes da violação do seu direito ao descanso anual, que ascendem ao total de MOP\$70.910,00 (setenta mil, novecentas e dez patacas), quantia essa acrescida de juros à taxa legal desde a citação até integral e efectivo pagamento;

c) A pagar ao A todas as quantias em dívida resultantes da violação do direito aos feriados obrigatórios, que ascendem ao total de MOP\$63.690,00 (sessenta e três mil, seiscentas e noventa patacas), quantia essa acrescida de juros à taxa legal desde a citação até integral e efectivo pagamento”; (cfr., fls. 2 a 11).

*

Oportunamente, por sentença, foi a acção julgada parcialmente procedente, condenando-se a R. a pagar ao A. “*a quantia de MOP\$504.555,20, a título de indemnização total pelo não gozo dos descansos semanal e feriados obrigatórios remunerados (MOP468.293,80 + MOP\$36.261,40) acrescida de juros legais à taxa legal desde o trânsito em julgado da sentença até efectivo e integral pagamento”; (cfr., fls. 198).*

*

Inconformada, a R. recorreu.

Nas suas alegações, oferece as conclusões seguintes:

- “A. *A Sentença de que ora se recorre é nula por erro na subsunção da matéria de facto dada como provada relativamente ao impedimento, por parte da Ré, do gozo de dias de descanso semanal, anual e nos feriados obrigatórios remunerados, por parte do Autor, e bem assim, relativamente ao tipo de salário auferido pelo ora Recorrido, ao condenar a Ré, ora Recorrente, ao pagamento de uma indemnização com base no regime do salário mensal e abrangendo realidades distintas que são o salário diário recebido da Recorrente e as gratificações ou gorjetas recebidas de terceiros, liberalidades dos clientes frequentadores dos casinos.*
- B. *Com base nos factos constitutivos dos direitos alegados pelo A., ora Recorrido, relembre-se aqui que estamos em sede de responsabilidade civil, pelo que, esta apenas terá o dever de indemnização caso prove que a Recorrente praticou um acto ilícito, culposo e punível.*
- C. *E, de acordo com os artigos 17º, 21º e 23º do RJRT de 1984 e com os artigos 17º, 20º e 24º, estes do RJRT de 1989, qualquer dos*

diplomas, aqui, aplicáveis, apenas haverá comportamento ilícito por parte da entidade empregadora ou do empregador, - e conseqüentemente um direito a indemnização ou a uma compensação - quando, o trabalhador ou o empregado seja obrigado a trabalhar em dia de descanso semanal, anual e ou em dia de feriado obrigatório e aquela entidade empregadora não o remunerar nos termos da lei.

- D. Pelo que, por omissão de pronúncia, a Sentença é desde logo nula, devendo ser revogada, sem prejuízo do que abaixo e adiante se irá ainda concluir e expor.*
- E. Não podendo, de todo, proceder, os montantes encontrados com as tabelas apresentadas a fls. 194v, 195v, 197 e 197-v, da douta Sentença recorrida, porque, deveria ter-se descontado os montantes recebidos pelo Recorrido em singelo, nas pretensas quantias a eventualmente apurar, o que igualmente o Mmo Tribunal recorrido não fez, ao arrepio do mais alto entendimento do Mmo TUI.*
- F. Nada se provou que fosse susceptível de indicar qualquer acção ou omissão (muito menos ilícita, ou sequer culposos, logo, não punível) 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 - lembre-se que ficou provado*

que o A. precisava da autorização da R. para ser dispensado ao serviço.

G. Porque assim é, carece de fundamento legal a condenação da R. e 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 e a culpa do comportamento da R., ora Recorrente.

H. Caso assim não se entenda sempre deve aplicar-se, para o cálculo de qualquer compensação pelo trabalho alegadamente prestado em dias de descanso, o regime previsto para o salário diário - em função do trabalho efectivamente prestado (artigos 28º e 29º do RJRT de 1984 e artigos 26º e 27º do actual RJRT).

Assim não se entendendo, e ainda concluindo:

I. O Autor, e ora Recorrido, não estava dispensado do ónus da prova, quanto ao não gozo de dias de descanso e devia, em Audiência de Discussão e Julgamento, por meio de testemunhas ou através de meio de prova documental, ter de facto, provado que dias, alegadamente, não gozou.

J. Assim sendo, o Tribunal a quo errou na aplicação do direito, pelo que o douto Tribunal de Segunda Instância deverá anular a decisão e absolver a Recorrente dos pedidos deduzidos pelo A., ora Recorrido.

- K. Nos termos do número 1 do artigo 342º do Código Civil de 1966 e do artigo 335º do Código Civil de 1999, "Àquele que invocar um direito cabe fazer prova dos factos constitutivos do direito alegado.";*
- L. Por isso, e ainda em conexão com os quesitos da base instrutória, cabia ao A., ora Recorrido, provar que a Recorrente obstou, proibiu, impediu ou negou o gozo de dias de descanso (sejam semanais, anuais ou feriados).*
- M. Ora nada se provou que fosse susceptível de indicar qualquer acção ou omissão (muito menos ilícita, culposa ou punível) 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.*
- N. Sendo, pois, ao que parece, a douta Sentença nula, devendo ser revogada e substituída por outra decisão da parte do Mmo Tribunal ad quem.*

Assim não se entendendo, e ainda concluindo:

- O. Os números 1 dos artigos 5º de ambos os RJRT de 1984 e 1989, dispõem que esses dois diplomas não serão aplicáveis perante condições de trabalho mais favoráveis que sejam observadas e praticadas entre empregador e trabalhador, esclarecendo o artigo 6º*

dos mesmos diplomas que, os regimes convencionais prevalecerão sempre sobre o regime legal, se daqui resultarem condições de trabalho mais favoráveis aos trabalhadores.

P. O facto de o A., ora Recorrido, ter beneficiado de um generoso e vantajoso esquema de distribuição de gratificações ou de gorjetas dos Clientes dos casinos que a Ré explorou entre 1962 e 2002, e que lhe permitiu, ao longo de vários anos, auferir mensalmente rendimentos que numa situação normal nunca auferiria, justifica, de per si, a possibilidade de derrogação do dispositivo que impõe à entidade empregadora o dever de pagar um salário justo.

Q. É que, pois, caso o ora Recorrido auferisse apenas um "salário justo" - da total responsabilidade da Recorrente, e pago na íntegra por esta - certamente que, esse salário seria inferior ao rendimento total que o ora Recorrido, a final, auferia durante os vários anos em que foi empregado da ora Recorrente.

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

esta questão.

Assim não se entendendo e ainda concluindo:

- S. A aceitação do ex-trabalhador, ora Autor e aqui Recorrido, de que aos dias de descanso semanal, anual e em feriados obrigatórios não corresponde qualquer remuneração teria, forçosamente, de ser considerada como válida.*
- T. Os artigos 24º e seguintes da Lei Básica de Macau, consagram um conjunto de direitos fundamentais, assim como os artigos 70º e seguintes do Código Civil de 1966 e dos artigos 67º e seguintes do Código Civil de 1999, consagram um conjunto de direitos de personalidade e, do seu elenco não constam os alegados direitos violados (dias de descanso anual e semanal e os feriados obrigatórios).*
- U. 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.*
- V. Destarte, deveria o Mmo Tribunal recorrido, ter considerado eficaz a renúncia ao gozo efectivo de tais direitos, absolvendo a aqui Recorrente do pedido.*

Assim não se entendendo, e ainda concluindo:

- W. Ao trabalhar voluntariamente - e, realce-se, não ficou em nenhuma sede provado que esse trabalho não foi prestado de forma voluntária, muito pelo contrário - em dias de descanso (sejam eles anual, semanal ou resultantes de feriados), o ora Recorrido optou por ganhar mais, tendo direito à correspondente retribuição em singelo.*
- X. E, não tendo o Recorrido, sido impedido ou proibido de gozar quaisquer dias de descanso anual, de descanso semanal ou quaisquer feriados obrigatórios, é forçoso é concluir pela inexistência do dever de indemnização da Ré/Recorrente ao A./Recorrido.*

Ainda sem conceder, e ainda concluindo:

- Y. Por outro lado, jamais pode a ora Recorrente concordar com a fundamentação do Mmo. Juiz a quo quando considera que o A., ora Recorrido, era retribuído com base num salário mensal, sendo que toda a factualidade dada como assente indica o sentido inverso, ou seja, do salário diário em função do trabalho efectivamente prestado.*
- Z. Em primeiro lugar, porque a proposta contratual oferecida pela ora Recorrente aos trabalhadores dos casinos, como ao aqui Recorrido, é a mesma há cerca de 40 anos: auferiam um salário diário de, no*

caso, de MOP 4.10, depois de HKD\$ 10.00 e depois de 1995, finalmente, de HKD\$ 15.00, ou seja, um salário de acordo com o período de trabalho efectivamente prestado e a sua comparência ao serviço.

AA. Acresce que a fórmula do salário diário nunca foi contestada pelos trabalhadores na pendência da relação contratual e, ademais, nunca os trabalhadores impugnaram expressamente a alegação desse facto nas instâncias judiciais nos processos pendentes.

BB. Trata-se de uma disposição contratual válida e eficaz de acordo com anterior RJRT de 1984 e o actual RJRT de 1989, que prevêm, expressamente, a possibilidade das partes acordarem no regime salarial mensal ou diário, no âmbito da Autonomia da Vontade (vertente da liberdade contratual), prevista no artigo 1º dos mesmos diplomas laborais de Macau.

CC. Ora, na ausência de um critério legal ou requisitos definidos para aferir a existência de remuneração em função do trabalho efectivamente prestado, ao estabelecer que o A., ora Recorrido, era retribuída de acordo com um salário mensal, a douta Sentença recorrida desconsidera toda a factualidade dada como assente e, de igual forma, as condições contratuais acordadas entre as partes.

DD. Salvo o devido respeito por mais douto entendimento diverso, a R. e

ora Recorrente, entende que, nessa parte, a decisão em crise não está devidamente fundamentada e é errada, ao tentar estabelecer como imperativo (ou seja, o regime de salário mensal em contratos de trabalho típicos) o que a lei define como sendo dispositivo (i. e., as partes poderem livremente optar pelo regime de salário mensal ou diário em contratos de trabalho típicos).

EE. E, é importante salientar, esse entendimento por parte do Mmo. Juiz a quo, teve uma enorme influência na decisão final da presente lide e, em última instância, no cálculo do quantum indenizatório, pelo que deve ser reapreciada por V. Exas, no sentido de fixar o salário auferido pelo A, ora Recorrido, como salário diário, o que expressamente se requer.

Por outro lado,

FF. O trabalho prestado pelo ora Recorrido em dias de descanso foi sempre retribuído em singelo.

GG. A retribuição já paga pela R./Recorrente ao ora Autor/Recorrido por esses dias, deve ser subtraída nas compensações devidas pelos dias de descanso a que o A./Recorrido tinha direito, nos termos do Decreto-Lei n.º 101/84/M, de 25 de Agosto (que aprovou o RJRT de 1984, igualmente aplicável), e, depois, nos termos do Decreto-Lei n.º 24/89/M, de 3 de Abril (que aprovou o actual RJRT de 1989), e,

ainda finalmente, nos termos do Decreto-Lei n.º 32/90/M, de 9 de Julho de 1990 (que alterou este último RJRT pela primeira vez).

HH. Tal como é entendido, hoje em dia, desde 2007, pela mais Alta Instância Jurisdicional em Macau, o Mmo TUI, em pelo menos três doutos arestos sobre esta precisão questão que envolveu - igualmente -, a ora Recorrente.

II. Assim, entre 1 de Janeiro de 1974 e 31 de Agosto de 1984, valiam inteiramente os regimes convencionais, o princípio da autonomia privada, na vertente, em especial, da Liberdade contratual, e os Usos e Costumes do sector.

JJ. Que, hoje em dia, valem como lei e estão ressalvados pela Lei Laboral de Macau.

KK. O trabalho prestado em dia de descanso semanal, para os trabalhadores que auferem salário diário, deve ser remunerado como um dia normal de trabalho (cfr. as alíneas a) e b) do número 6 do artigo 17º do RJRT de 1989), tendo o Tribunal a quo descurado em absoluto essa questão, ao que parece na opinião da Recorrente.

LL. Ora, nos termos do número 4 do artigo 26º do RJRT em vigor, o salário diário inclui a remuneração devida pelo gozo de dias de descanso e, nos termos da alínea b) do número 6 do artigo 17º, os trabalhadores que auferem salário diário verão o trabalho prestado

em dia de descanso semanal remunerado nos termos do que for acordado com a entidade empregadora.

MM. Indo bem mais além e incluindo todo o descanso "legal", nos termos do artigo 28º do RJRT de 1984, o salário referido a um determinado período (como é o caso dos doutos autos), já inclui o salário correspondente aos períodos de descanso semanal, às férias anuais e aos feriados obrigatórios, remunerados e não remunerados.

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

OO. A decisão aqui em recurso, enferma assim de ilegalidade, por errada aplicação da alínea b) do número 6 do artigo 17º e do artigo 26º, ambos do actual RJRT e por errada aplicação do anterior artigo 28º do RJRT de 1984, o que importa a revogação da parte da sentença que condenou a ora Recorrente ao pagamento relativo às compensações pelo não gozo dos dias de descanso, o que, expressamente, se requer.

Ainda, concluindo, deverá também, ser considerado pelo Mmo Tribunal ad quem:

PP. Relativamente à questão de Direito e ao aspecto jurídico nuclear deste litígio.

- QQ. As gratificações, luvas, prémios irregulares, prémios de produtividade, ou as gorjetas dos trabalhadores de casinos não são parte integrante do conceito de salário, e bem assim as gratificações ou as luvas ou os prémios, ou as gorjetas auferidas pelos trabalhadores da ora Recorrente.*
- RR. 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, e agora na R.A.E.M., pelo Tribunal de Última Instância, em três decisões proferidas em 2007 (duas) e em 2008 (uma), até hoje, as únicas sobre esta questão de Direito juridicamente nuclear no presente litígio.*
- SS. Também neste sentido se tem pronunciado a Doutrina de uma forma pacífica e unanimemente, quer em Portugal, quer em Macau, quer na Europa.*
- TT. Assim, também, o entendeu o Mmo Tribunal de Última Instância de Hong Kong, em duto Acórdão datado de 28 de Fevereiro de 2006:*
- UU. "I am to the view that, subject to the possibility that sections 41(2) and 41C(2) are to be read to cover contractual commission accruing and calculated on a daily basis in amounts varying from day to day, no commission is to be included in the calculation of holiday pay and annual leave pay". - Recurso final com o n.º 17/2005 (Direito e*

processo civil), em recurso do processo inicial com o n.º 204/2004.

VV. Repare-se que este excerto da decisão do Mmo T.U.I. de Hong Kong também se debruça sobre a compensação pelo trabalho prestado em dia de repouso, considerando que a haver lugar ao pagamento de uma indemnização pelo trabalho prestado em dia de descanso, aquela não inclui nem se calcularia tendo em conta elementos estranhos e alheios ao salário do aí peticionante.

WW. E, o mesmo se passa, neste caso concreto decidendo, salvo melhor entendimento, Juízo e opinião.

XX. E a legislação comparada de Portugal: o Despacho n.º 20/87 de 27 de Fevereiro, publicado na II - Série, n.º 59, de 12 de Março de 1987; o Despacho Normativo 24/89, de 17 de Fevereiro de 1989; o Decreto-Lei n.º 422/89 de 2 de Dezembro de 1989; o Decreto-Lei n.º 10/95 de 19 de Janeiro de 1995; a Portaria n.º 1159/90, de 27 de Novembro de 1990; a Portaria n.º 129/94, de 1 de Março de 1994 ; e a Portaria n.º 355/2004, de 5 de Abril de 2004.

YY. O punctum crucis 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 da entidade empregadora.

ZZ. Nas gratificações há um animus donandi, ao passo que a retribuição

consubstancia uma obrigatoriedade, no sinalagma entre a prestação do trabalho do trabalhador e a sua remuneração pela entidade empregadora.

AAA. A propósito da incidência do Imposto Profissional: "O Imposto Profissional incide sobre os rendimentos do trabalho, em dinheiro ou em espécie, de natureza contratual ou não, fixos ou variáveis, seja qual for a sua proveniência ou local, moeda e forma estipulada para o seu cálculo e pagamento".

BBB. É a própria norma que distingue, expressamente, gorjetas/gratificações/luvas/prémios irregulares, de salário, vencimento, remuneração ou retribuição - vejam-se os artigos 2º e 3º da Lei n.º 2/78/M, de 25 de Fevereiro de 1978.

CCC. Neste sentido, qualifica o Dr. António de Lemos Monteiro Fernandes expressamente as gorjetas dos trabalhadores da STDM, S. A., como "rendimentos do trabalho", esclarecendo que os mesmos são devidos por causa e por ocasião da prestação de trabalho, mas não em função ou como correspectividade dessa mesma prestação de trabalho.

DDD. Ainda, e na doutrina portuguesa, por exemplo, no mesmo sentido, a Professora Maria do Rosário Palma Ramalho afirma que, "as gratificações ou prémios atribuídos ao trabalhador não integram,

em princípio, o conceito de retribuição, porque não correspondem a um dever do empregador mas ao seu animus donandi, nem constituem contrapartida do seu trabalho prestado. (...) Por fim, debate-se o problema da qualificação das gratificações e outras prestações patrimoniais em que o trabalhador recebe não do empregador mas de terceiros (por exemplo, as gorjetas dadas aos empregados de um restaurante ou de um hotel, ou aos croupiers do casino, pelos clientes). Crê-se que a qualificação como retribuição destas prestações é de afastar pelo facto de não serem atribuídas nem devidas pelo empregador, não podendo, assim, corresponder a qualquer contrapartida do trabalho prestado." - páginas 552 e 553, Volume II, "Direito do Trabalho, Parte II - Situações Laborais Individuais", Julho de 2006, itálico no original da obra.

EEE E, agora na Jurisprudência portuguesa, por exemplo, decidiu-se igualmente que: "III - As gratificações dadas por terceiros ao trabalhador não se consideram como integrantes do direito à retribuição devida pela entidade patronal;" -Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, relatado pelo Conselheiro Almeida Devesa, de 23 de Janeiro de 1996, processo número 004309, número do documento SJ199601230043094, disponível em www.dgsi.pt.

FFF. Ou, ainda, por exemplo, no douto Acórdão do Tribunal da Relação

de Lisboa de 8 de Março de 1995, o mesmo acordou que: "II - As gratificações recebidas dos clientes pelos empregados dos Casinos e repartidas pelos trabalhadores, segundo o processo fixado na lei (DL n. 422/89, de 2 de Dezembro, e Portaria n. 1159/90, de 27 de Novembro), não constituem retribuição dos trabalhadores, nos termos dos arts. 82 e 88 da LCT69." - Douro aresto relatado pelo Senhor Desembargador Dinis Roldão, processo número 0098094, número do documento RL199503080098094, também disponível no mesmo sítio da internet, em www.dgsi.pt.

GGG. Na verdade, a reunião, guarda, recolha e contabilização são realizadas nas instalações dos casinos da STDM, S. A., mas com a colaboração e intervenção de uma Comissão Paritária composta por empregados de casino, funcionários da tesouraria e ainda de funcionários do governo que são chamados para supervisionar a todo esse procedimento.

HHH. Apenas a distribuição das gratificações, gorjetas, ou das luvas cabia e coube sempre e apenas em exclusivo à Ré/Recorrente.

III. Salvo o devido respeito pelo MIno. Tribunal 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 decidendo.

JJJ. 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 gratificações ou luvas ou gorjetas são montantes: (i) entregues por terceiros; (ii) variáveis; (iii) não garantidos pela STDM, S. A., aquando da contratação; (iv) reunidas e contabilizadas pelos respectivos empregados do casino, juntamente com funcionários da tesouraria e a DICJ.

KKK. 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.

LLL. Nem, diga-se, de iure constituendo, ou de lege ferenda, nos vários projectos de novo RJRT, discutidos desde 2007 até meados de 2008, que se irá incluir um mínimo salarial ou o que será quantitativamente e qualitativamente o referido «salário justo» seja do conhecimento público.

MMM. A nova Lei das relações de trabalho - «LRT» - a entrar em vigor, em 1 de Janeiro de 2009, exclui, nos seus artigos 57º a 65º - Capítulo V - da Lei n. º 7/2008, de 18 de Agosto de 2008, as

gratificações ou luvas ou gorjetas do conceito de remuneração base, não as incluindo em qualquer dos acréscimos à mesma retribuição base.

NNN. Veja-se, nesse sentido, o teor do número 1 do artigo 59º da LRT.

OOO. E, no seguimento, os números 2. a 6. do artigo 59º, e os artigos 60º e 61º da mesma nova LRT a entrar futuramente em vigor, na R.A.E.M..

PPP. Dessa forma, o cálculo da eventual indemnização só poderia, - acredita a Recorrente -, levar em linha de conta o salário diário, excluindo-se as gratificações, luvas ou gorjetas.

QQQ. O valor dos rendimentos médios mensais no sector do jogo e aposta em casino em Macau, ascendeu, no ano de 2007, a cerca de mais de 11 mil patacas mensais (MOP 11.000,00), enquanto que nas outras áreas económicas e produtivas, os rendimentos apenas ultrapassaram as 7 mil patacas mensais (MOP 7.000,00), o que, desde logo, demonstra o atractivo por aquela actividade, que a ora Recorrente levou a cabo até 2002.

RRR.A Recorrente, ao que parece, não poderia, pois, ser condenada, à luz de um conceito de salário mensal ou de retribuição média diária ou de remuneração normal, quando estão em causa os descansos semanais, anuais, feriados obrigatórios remunerados e os não

remunerados.

SSS. Dessa forma, o cálculo da eventual indemnização a arbitrar, quanto às questões enunciadas e em litígio, só poderia levar em linha de conta o salário diário, excluindo-se as gratificações ou luvas ou gorjetas,

TTT. Finalmente, a R. e aqui Recorrente, gostaria ainda de invocar os três doutos Acórdãos n.º 28/2007, 29/2007, e 58/2007, respectivamente datados de 21 de Setembro de 2007, 22 de Novembro de 2007 e 27 de Fevereiro de 2008, nos quais o Mmo TUI demonstrou partilhar do entendimento da Ré, no que a matéria de retribuição diz respeito.

UUU. A douta Sentença proferida pelo Tribunal Judicial de Base aos 2 de Setembro de 2008, ora posta em crise, deverá ser revista e reformulada, absolvendo-se a ora Recorrente e considerando as presentes alegações de Direito procedentes por provadas.”; (cfr., fls. 205 a 267).

*

Sem resposta, vieram os autos a este T.S.I..

*

Cumpre decidir.

Fundamentação

Dos factos

2. Estão provados os seguintes factos:

- “- *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) dos factos assentes).*
- *A R. foi a única concessionária de jogos de fortuna ou azar em Macau até 31 de Março de 2002 (alínea B) dos factos assentes).*
- *O A. manteve uma relação laboral com a R., sob direcção efectiva e fiscalização desta, foi estabelecida em 1 de Setembro de 1991 (alínea C) dos factos assentes).*
- *O horário de trabalho do A. foi sempre fixado pela R. em função das suas necessidades, umas vezes em horário fixo e de expediente,*

- outras vezes por turnos diários (alínea D) dos factos assentes).*
- *Dessa relação, o A recebia um rendimento composto por uma parte fixa e outra variável (alínea E) dos factos assentes).*
 - *A parte variável era constituída por gorjetas dadas pelos clientes da R. (alínea F) dos factos assentes).*

Da Base Instrutória:

- *A relação referida em C) dos factos assentes cessou em 28 de Julho de 1996 (resposta ao quesito da 1º da base instrutória).*
- *A parte fixa era inicialmente de MOP\$10,00 por dia; e partir de 1 de Maio de 1995, de HKD\$15,00 por dia (resposta ao quesito da 2º da base instrutória).*
- *As gorjetas eram cobradas por ordens da R. e reunidas e distribuídas pela R. de acordo com regras e critérios, desconhecidos pelos trabalhadores da R. e estabelecidos exclusivamente por esta (resposta ao quesito da 3º da base instrutória).*
- *O rendimento referido em E) dos factos assentes era anualmente de (resposta ao quesito da 4º da base instrutória).*
 - *MOP\$58.991,00 em 1984*

- *MOP\$54.002,00 em 1985*
- *MOP\$50.107,00 em 1986*
- *MOP\$58.686,00 em 1987*
- *MOP\$67.001,00 em 1988*
- *MOP\$87.383,00 em 1989*
- *MOP\$112.244,00 em 1990*
- *MOP\$148.095,00 em 1991*
- *MOP\$139.603,00 em 1992*
- *MOP\$151.673,00 em 1993*
- *MOP\$167.889,00 em 1994*
- *MOP\$203.547,00 em 1995*
- *MOP\$104.103,00 em 1996*
- *Desde o início da relação até à data da cessação da relação, o A nunca gozou descansar um período consecutivo de 24 horas em cada período de 7 dias sem perda do respectivo rendimento (resposta ao quesito da 5º da base instrutória).*
- *O A. nunca gozou descansar 6 dias por ano sem perda do respectivo*

- rendimento (resposta ao quesito da 6º da base instrutória),.*
- *Até 30 de Março de 1989, o A. nunca gozou descansar nos dias 1 de Janeiro, 1 de Maio, 1 de Outubro, 10 de Junho, nos dias de Chong Chao, Chong Yeong e Cheng Meng e durante três dias no Ano Novo Chinês tendo o A. trabalhado nesses dias (resposta ao quesito da 7º da base instrutória).*
 - *De 30 de Março de 1989 até à data da cessação da relação, o A. nunca gozou descansar nos dias 1 de Janeiro, 1 de Maio, 1 de Outubro, durante três dias no Ano Novo Chinês, no dia 10 de Junho, e nos dias de Chong Chao, Chong Yeong e Cheng Meng tendo o A. trabalhado nesses dias (resposta ao quesito da 8º da base instrutória)*
 - *Sem que a R. tivesse proporcionado qualquer acréscimo no rendimento do A. (resposta ao quesito da 9º da base instrutória).*
 - *As gorjetas dadas pelos clientes eram diariamente reunidas e contabilizadas por uma comissão paritária composta por um funcionário do Departamento de Inspecção de Jogos de Fortuna ou Azar, um membro do departamento de tesouraria da R., um "floor manager" (gerente do andar) e os trabalhadores/ croupiers das mesas (resposta ao quesito da 10º da base instrutória).*
 - *As gorjetas eram distribuídas, de dez em dez dias, por todos os*

- trabalhadores da R., de acordo com a categoria profissional a que pertenciam (resposta ao quesito da 11º da base instrutória).*
- *Nunca em anos em que o rendimento proveniente das gorjetas sofreu flutuações várias, o A tivesse solicitado à R. uma correção dessas flutuações (resposta ao quesito da 12º da base instrutória).*
 - *Ao gozo de dias de descanso por parte do A. não correspondia qualquer rendimento (resposta ao quesito da 13º da base instrutória).*
 - *Os casinos devem estar em funcionamento durante todos os dias de ano (resposta ao quesito da 14º da base instrutória).*
 - *A R. permitia aos seus trabalhadores o gozo de um número ilimitado de dias de descanso não remunerado desde que o gozo dos mesmos não pusesse em causa o funcionamento da empresa da R. (resposta ao quesito da 16º da base instrutória).*
 - *Os trabalhadores da R. podiam requerer até 40 dias de descanso não remunerado, desde que para tanto preenchessem um formulário e apresentassem o requerimento com alguns dias de antecedência (resposta ao quesito da 17º da base instrutória).*
 - *O A. não gozou dias de descanso porque quis auferir os respectivos rendimentos (resposta ao quesito da 18º da base instrutória).”; (cfr., fls. 185-v e 187-v)*

Do direito

3. Feito que está o relatório e transcrita que também ficou a factualidade em que assenta a decisão recorrida, vejamos.

Como as partes envolvidas no litígio corporizado nos presentes autos, e especial, os seus legais representantes, o devem saber, as questões ora colocadas e trazidas à apreciação deste T.S.I. foram já por inúmeras vezes decididas.

Particularmente, no que toca à “questão-chave” que é a de saber se as “gorjetas” distribuídas aos trabalhadores da ora recorrente constituíam “salário” daqueles.

Sobre a mesma, e de forma unanime, respondeu este T.S.I. no sentido afirmativo, considerando pois que aquelas – gorjetas – integravam o salário dos trabalhadores da ora recorrente.

De entre a fundamentação avançada para tal entendimento, consignava-se, nomeadamente, que “resultando provado que o trabalhador

recebia como contrapartida da sua actividade laboral duas quantias, uma fixa e outra variável, em função do montante das gorjetas recebidas dos clientes, era pois de considerar que tais quantias (variáveis) integravam o seu salário”; (cfr., v.g., Acs. de 12.12.2002, Proc. n° 123/2002 e de 30.04.2003, Proc. n° 255/2002).

Outro é porém o entendimento pela ora recorrente assumido, pugnando no sentido de que as gorjetas eram uma mera “liberalidade”, e, como tal, que não integravam o salário dos seus trabalhadores.

Tal entendimento, no sentido de que “as gratificações ou gorjetas recebidas pelos empregados de casino dos clientes não fazem parte do salário”, veio a ser o assumido pelo V^{do} T.U.I. nos seus doutos Acordãos de 21.09.2007, Proc. n° 28/2007, de 22.11.2007, Proc. n° 29/2007 e de 27.02.2008, Proc. n° 58/2007.

Reponderando a questão, e da reflexão que nos foi possível efectuar, mostra-se-nos porém de manter o entendimento que vinhamos assumindo, isto, sem prejuízo do muito respeito pelo doutamente considerado pelo V^{do} T.U.I. nos referidos arestos.

É que , e independentemente do demais – e muito se tem escrito sobre a questão – não se nos mostra razoável considerar que alguém se dispusesse a desempenhar um trabalho como o aqui em causa, (em especial, por turnos,) para apenas auferir umas poucas centenas de patacas de salário ao fim de um mês de trabalho.

De facto, a se considerar as gorjetas como uma “liberalidade” que à entidade patronal cabia decidir atribuir (ou não) de acordo com o seu livre arbítrio, ter-se ia que concluir que o salário era então o que assim se deixou assinalado.

E tal, mostra-se-nos contrário ao próprio conceito de “salário justo” assim como ao estatuído nos artºs 25º, nº 2 e 27º, nº 1 do D.L. nº 24/89/M.

Com efeito, e como – em nossa opinião, adequadamente – se consignou no recente Ac. deste T.S.I. de 26.03.2009, Proc. nº 704/2007, *“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”, salientando-se também que “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.”

Nesta conformidade, ter-se-ão as “gorjetas” como parte integrante do salário.

Continuemos.

Entende a R. recorrente que incorreu o Mmº Juiz “a quo” em “erro

de direito”.

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

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

Considera a R. ora recorrente que *“A Sentença de que ora se recorre é nula por erro na subsunção da matéria de facto dada como provada relativamente ao impedimento, por parte da Ré, do gozo de dias de descanso semanal, anual e nos feriados obrigatórios remunerados, por parte do Autor, e bem assim, relativamente ao tipo de salário auferido pelo ora Recorrido, ao condenar a Ré, ora Recorrente, ao pagamento de uma indemnização com base no regime do salário mensal e abrangendo realidades distintas que são o salário diário recebido da Recorrente e as*

gratificações ou gorjetas recebidas de terceiros, liberalidades dos clientes frequentadores dos casinos.”; (cfr., concl. I).

Ora, como se consignou no Ac. deste T.S.I. de 08.06.2006, Proc. nº 169/2006, “mesmo que o trabalhador se dispossibilize a não gozar os dias de descanso semanal e/ou anual e/ou feriados obrigatórios a fim de trabalhar voluntariamente para o seu empregador, a lei laboral sempre o protegerá da situação de prestação de trabalho nesses dias, desde que o trabalhador o reclame”.

Este o entendimento uniforme deste T.S.I., pelo que ociosas são outras considerações sobre a questão.

Assim, e prosseguindo para o conhecimento das restantes questões colocadas no presente recurso, importa consignar que, tal como tem esta Instância entendido (de forma unânime) – cfr., v.g., os arestos atrás citados – nenhuma censura merece a decisão recorrida na parte que qualificou a relação entre A. e R. havida como um “contrato de trabalho”, pois que atento o preceituado no artº 1152º do C.C. de 1966, hoje, artº 1079º, do C.C.M, e à factualidade dada como provada, presentes estão todos os elementos caracterizadores da referida relação como “contrato de

trabalho”.

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

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

No que toca à questão do “salário diário ou mensal”, considerando como nasceu e se desenvolveu a relação jurídico laboral, em especial, atento a que o trabalho era desempenhado por turnos, impõe-se considerar

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

Daí, provado estando que não gozou o A. os referidos “descansos”, e motivos não havendo para se dar por inexistente o “dever de indemnização” da recorrente S.T.D.M., apreciemos se correctos estão os montantes a que chegou o Tribunal “a quo”, notando-se que por despacho já transitado em julgado foram declarados prescritos os créditos pelo A. reclamados como compensação do trabalho desempenhado em dia de descanso anual assim como os relativos à compensação pelo trabalho desempenhado em dia de descanso semanal e feriados obrigatórios anteriores a 16.05.1987; (cfr., fls. 108 a 112).

Ao montante total de MOP\$504,555.20 chegou-se através da soma das parcelas indemnizatórias de MOP\$468,293.80 e MOP\$36,261.40 arbitradas respectivamente a título de indemnização pelo trabalho pelo A. prestado em período de descanso semanal e feriados obrigatórios.

Atentos os montantes parcelares em causa, calculados com base no “salário médio diário” auferido pelo A., e atento ao que atrás já se deixou

escrito, cabe dizer que nenhum reparo merece a decisão do Tribunal “a quo” no sentido de considerar como parte integrante do salário, (para efeitos de cálculo do dito salário médio diário), as gorjetas que pelos clientes da recorrente eram oferecidas.

Nesta conformidade, (sendo de se manter os montantes tidos como “salário médio diário”), vejamos então se são de manter as quantias arbitradas a título de indemnização.

— No que toca à indemnização pelo trabalho prestado em período de “descanso semanal”, o montante de MOP\$468,293.80 resultou do seguinte cálculo:

No período de trabalho de 16/05/87 – 2/4/89, sob a alçada do Decreto-Lei n° 101/84/M			
Ano	Dias vencidos não gozados (A)	Retribuição diária média em MOP\$ (B)	Quantia indemnizatória em MOP\$ (A x B x 1)
A partir de 16/05/87	32	160.80	5,145.60
1988	52	183.60	9,547.20
Até 2/4/1989	13	239.40	3,112.20
Sub-total			17,805.00

e

No período de trabalho de 3/4/89 – 28/07/1996, sob a alçada do Decreto-Lei n° 24/89/M			
Ano	Dias vencidos não gozados (A)	retribuição diária média em MOP\$ (B)	Quantia indemnizatória em MOP\$ (A x B x 3)
A partir de 3/4/1989	39	239.40	28,009.80
1990	52	307.50	47,970.00
1991	52	405.70	63,289.20
1992	52	382.50	59,670.00
1993	52	415.50	64,818.00
1994	52	460.00	71,760.00
1995	53	557.70	88,674.30
Até 28/07/1996	30	495.70	44,613.00
Sub-total			468,804.30

Seguidamente, assim ponderou o Mm^o Juiz:

“Porém, verifica-se que o valor assim obtido” – num total de MOP\$486,609.30 (MOP\$17,805.00 + MOP\$468,804.30) – “é superior ao do pedido de indemnização pelo não gozo do descanso semanal formulado pelo Autor.

É que, o pedido agora em análise é apenas de MOP\$468,293.80 o qual resulta da dedução do valor correspondente aos dias de descanso semanal de cujo pedido a Ré fora absolvido no despacho saneador (MOP\$26.819,20) do valor do pedido inicialmente formulado

(MOP\$495.113,00).

Nos termos do artº 564º, nº 1, do CPC, "A sentença não pode condenar em quantidade superior ... do que se pedir."

Assim, nada resta senão apenas condenar a Ré no pagamento de MOP\$468,293.80 pela violação do direito de descanso semanal.”; (cfr., fls. 195-v a 196).

Pois bem, antes de mais, há que dizer que de manter não é o montante de MOP\$17,805.00, pois que como tem este T.S.I. entendido, no âmbito do D.L. nº 101/84/M não havia lugar a compensação pecuniária adicional pelo trabalho prestado em dia de descanso semanal.

Por sua vez, face à matéria de facto provada e ao estatuído nos artºs 17º, nº 6 e 26º do D.L. nº 24/89/M, correctos se nos mostram os dias contabilizados, no âmbito deste diploma legal, sendo porém de se alterar o factor de multiplicação de (x 3) para (x 2), que corresponde ao entendimento assumido por este T.S.I..

É assim de se compensar o A. com o montante de MOP\$ 312,536.20.

— Vejamos agora da indemnização pelo trabalho prestado em dias de “feriado obrigatório”.

O montante de MOP\$36,261.40 resultou do cálculo seguinte:

Ano	Dias de feriado obrigatório (A)	Salário médio diário (B)	Montante da indemnização (A x B x 2)
A partir de 3/4/1989	2	239.40	957.60
1990	6	307.50	3,690.00
1991	6	405.70	4,868.40
1992	6	382.50	4,590.00
1993	6	415.50	4,986.00
1994	6	460.00	5,520.00
1995	6	557.70	6,692.40
Até 28/07/1996	5	495.70	4,957.00
Sub-total			36,261.40

Tem este T.S.I, entendido que o trabalho prestado em dia de feriado obrigatório no âmbito do D.L. nº 24/89/M deve ser compensado pelo “triplo da retribuição normal”.

Porém, como pelo A. não foi interposto recurso, mantém-se o

montante fixado pelo Mmº Juiz “a quo”.

Decisão

4. Nos termos expostos e em conferência, acordam julgar parcialmente procedente o recurso.

Custas pelo A e R., na proporção dos seus decaimentos.

Macau, aos 7 de Maio de 2009

José M. Dias Azedo

Chan Kuong Seng

(na esteira dos acórdãos por mim relatados desde
26/1/2006 para recursos cíveis congéneres)

Lai Kin Hong