

Recurso nº 448/2007

Recurso interlocutório:

Recorrente: Sociedade de Turismo e Diversões de Macau, SARL
(澳門旅遊娛樂有限公司)

Recurso da decisão final:

Recorrente: Sociedade de Turismo e Diversões de Macau, SARL
(澳門旅遊娛樂有限公司)

Recorrido: A (XXX)

Acordam no Tribunal de Segunda Instância da

R . A . E . M . :

A (XXX), com os demais sinais nos autos, propôs acção laboral com processo comum ordinário contra a Sociedade de Turismo e Diversões de Macau, S.A.R.L., pedindo a condenação da ré:

- a. A pagar à A. todas as quantias em dívida resultantes da violação do seu direito ao descanso semanal, que ascendem ao total de MOP\$526.959,00 (quinhentas e vinte e seis mil novecentas e cinquenta e nove patacas), quantia essa acrescida de juros à taxa legal desde a citação até integral e efectivo pagamento;
- b. A pagar à A. todas as quantias em dívida resultantes da violação do seu direito ao descanso anual, que ascendem ao total de

MOP\$103.725,00 (cento e três mil setecentas e vinte e cinco 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\$103.725,00 (cento e três mil setecentas e vinte e cinco patacas), quantia essa acrescida de juros à taxa legal desde a citação até integral e efectivo pagamento;
- d. A pagar ao A. a quantia de MOP\$100.000,00 (cem mil patacas) a título de danos não patrimoniais, quantia essa acrescida de juros à taxa legal desde a citação até integral e efectivo pagamento;
- e. A restituir ao A. todos os descontos que o mesmo efectuou para o Fundo dos Trabalhadores da STD M, gerido pela R., acrescidos dos juros devidos;
- f. Em custas e procuradoria condigna.

Citada a ré

Tentativa Prévia de Conciliação – Indeferimento Liminar – Nulidade do processo – Absolvição da Instância: Na presente acção ordinária emergente de contrato de trabalho (consideramos aqui a acção tal esta se mostra configurada pelo Autor, através da causa de pedir e pedido), na sua contestação, além do mais, veio a Ré “Sociedade de Turismo e Diversões de Macau” (adiante designada apenas por STD M) invocar, no essencial, que não tendo a Autora feito prova da realização prévia de uma tentativa de conciliação com ela Ré, deveria a petição inicial ter sido liminarmente indeferida, por inobservância do disposto no art. 50º do CPT (aprovado pelo DL n.º 45497 de 30.12.63, aplicável a Macau por força da Pr. N.º 87/70 de 2.02 e respectiva publicação no B.O. Macau n.º 11 de 14.03.70).

Com efeito, segundo a Ré aquela tentativa prévia não pode ser já efectuada na pendência da acção judicial, nem por despacho do juiz do processo, antes a requerimento da própria parte interessada e perante o M^oP^o, em momento prévio à propositura da causa.

Consequentemente, deveria ter a p.i. sido liminarmente indeferida, por ser evidente que a pretensão da Autora não poderia proceder, por falta de cumprimento de uma formalidade legal.

Por outro lado, ainda, sustenta ainda a Ré que, mesmo a admitir-se que a p.i. não deveria ser liminarmente indeferida, ou, ainda, verificando-se a falta de um pressuposto processual – tentativa prévia de conciliação – deveria a Ré ser absolvida da instância.

O Autor respondeu pugnando pela improcedência da excepção em apreço.

Cumprе decidir.

E em ordem à decisão cabe referir que os Tribunais cumprе fazer justiça! E não mera justiça formal, antes justiça material, conhecendo do mérito das pretensões das partes e recusando o que for impertinente ou meramente dilatatório – cfr. art. 6^o/n.º 1 do CPC Macau.

(...)

Ora, com todo o respeito, cumprе dizer que a defesa da Ré nesta matéria afigura-se-nos destituída de fundamento substancial e alicerçada em meras razões formais, razões essas que passam completamente ao lado da questão essencial e material, qual seja a de saber da verdadeira natureza e finalidade da tentativa de conciliação numa acção laboral.

Nesta matéria, em face da corrente jurisprudencial unânime e repetidamente firmada pelo douto TSI desta RAEM, cremos que não serão necessárias longas considerações, tanto mais que perfilhamos na íntegra o

entendimento vertido, entre outros, no douto AC do TSI de 3.07.2003, cuja lição, com a devida vénia, aqui seguimos.

Com efeito, desde logo, não se vê que a ausência de prova daquela prévia tentativa de conciliação possa ser entendida como fundamento para o indeferimento liminar da p.i.. É que, como bem se salienta naquele douta aresto, aquela tentativa prévia não consubstancia uma (...) condição de procedência ou provimento da própria acção, i.e a sua falta não compromete o mérito substantivo da pretensão da Autora, que sempre poderá propor nova acção exactamente com o mesmo objecto - cfr. art. 396º/n.º 1 do CPC Macau -, antes será uma condição de procedibilidade, no sentido de de a própria acção poder prosseguir, uma vez comprovada a tentativa de conciliação.

Daí que, na lógica daquele aresto e da posição nele sustentada quanto à natureza da tentativa de conciliação como condição de procedibilidade, tenha o despacho inicial de indeferimento sido revogado e sido determinado que os autos permanecessem suspensos até a Autora comprovar a realização da dita tentativa de conciliação.

E esta solução final daquele douto Acórdão reflecte ainda - de forma reflexa ou implícita - a verdadeira finalidade da tentativa de conciliação, qual seja a de permitir que as partes - trabalhador e empregador - possam, antes de a acção entrar na sua fase verdadeiramente contenciosa (em especial, antes do oferecimento da contestação pela Ré/empregador), confrontar argumentos e eventuais propostas, sob a égide e direcção do (...) MºPº (enquanto garante da legalidade e Patrono dos trabalhadores - vide art. 56º/n.º 1 e 2 alínea 9 da Lei de Bases da Organização Judiciária da RAEM), em ordem a evitar um litígio formal, promovendo a solução amigável do pleito, sendo certo que esta, em muitos casos, potencia a obtenção de resultados satisfatórios para ambas as partes.

Ora, no caso dos autos, á luz das considerações anteriores sobre a natureza da tentativa de conciliação e sua finalidade, cremos ser patente que não assiste, de um ponto de vista substancial, qualquer razão à Ré.

De facto, inexistente fundamento para o pretense indeferimento liminar ou, atenta a fase dos autos, para a absolvição da instância, porquanto a (pretensa) falta da tentativa de conciliação não constitui um pressuposto processual ou uma condição de procedência ou de provimento da causa, antes uma mera condição de procedibilidade.

Por outro lado, não faz qualquer sentido e seria um acto espúrio, inútil e meramente dilatatório, fazer os autos regressar à sua fase inicial – mediante a anulação do processado posterior à petição inicial – para a realização de uma tentativa de conciliação, quanto esta já teve lugar por despacho judicial, perante o M^oP^o e na qual a própria Ré esteve representada por Mandatário Forense, apresentando proposta que, porém, foi rejeitada!! – vide despacho a fls. 248 e acta de fls. 252/253 dos autos.

A finalidade da tentativa de conciliação mostra-se atingida – permitir às partes obterem uma solução amigável do litígio – e, em consequência, de um ponto de vista substancial seria mero formalismo destituído de sentido e efeito útil repetir uma tal diligência, quando nada permite concluir que seria obtido resultado diverso do já alcançado.

E, assim, por todo o exposto, julga-se improcedente a excepção de falta de tentativa prévia de conciliação.

Com esta decisão não conformou, a ré recorreu para esta instância, alegando que:

1. O art.º 50º do CPTP prescreve que nenhuma acção respeitante a relações de trabalho subordinado terá seguimento sem que o seu Autor prove a realização de tentativa prévia de conciliação.

2. A tentativa prévia de conciliação a que se refere o 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 – pelo menos é nesse sentido que apontam todos os elementos a que o intérprete está vinculado na interpretação do Direito (cfr. art.º 8º do CC)
3. O elemento literal aponta claramente no sentido de a tentativa ser prévia a interposição da acção. Para tanto, repare-se que em todos os diplomas legislativos em que se prevê a possibilidade de realização de uma tentativa de conciliação (judicial), não se inclui na expressão tentativa de conciliação o termo prévio.
4. Por seu turno, também o elemento teleológico aponta para a solução ora proposta.
5. A interpretação jurisprudencial do art.º 50º abona a favor da subsidiariedade da acção laboral em relação à tentativa de conciliação (neste sentido vd. Acórdão do TSI, no Processo n.º 256/2003, Acórdão do TSI, proferido nos autos de recurso sob o n.º 136/2003); - i.e., as partes apenas devem recorrer ao tribunal, para resolução do seu pleito laboral, se e quando sair frustrada a tentativa de conciliação realizada perante o Ministério Público.
6. A jurisprudência abona assim pela valorização da tentativa de conciliação enquanto instrumento de resolução e prevenção de litígios de natureza laboral.
7. O espírito da norma contida no art. 50º do CPTP (sendo essa também a mens legis) é o de estabelecer uma fase pré-judicial de resolução de conflitos laborais, promovendo a conciliação entre as partes (sem prejuízo de ser possível realizar, em qualquer momento do processo, uma tentativa judicial de conciliação, perante Juiz titular do processo).

8. Repare-se que o legislador do novo Código de Processo de Trabalho da RAEM (CPT), aprovado pela Lei n.º 9/2003, optou por estabelecer uma “Tentativa Preliminar de Conciliação” ao invés de uma “Tentativa Prévia de Conciliação”;
9. É indubitável que estamos perante duas normas distintas: uma e outra norma visam o mesmo fim – a resolução amigável do conflito - mas partem de filosofias processuais distintas.
10. O CPT estabelece a tentativa de conciliação enquanto fase preliminar da acção, ao passo que o CPTP prescreve a tentativa de conciliação como fase prévia à acção.
11. Nos presente autos, o facto de o Autor não provar, na petição inicial, que realizou a tentativa prévia de conciliação deveria, logo, ter impedido a citação do Réu, o que in casu aconteceu.
12. Sendo a citação um acto da secretaria e o requerimento de realização da tentativa prévia de conciliação um acto das partes, não faz sentido que o n.º 1 do art. 50º do CPTP se refira a um momento prévio à citação, mas posterior à interposição da acção, esse sim, um acto na disponibilidade das partes.
13. O espírito da norma contida no n.º 1 do art.º 50º é o da prevenção do contencioso e da resolução extrajudicial todo e qualquer conflito laboral (a propósito, o Acórdão do TSI n.º 136/2003, de 3 de Julho de 2003, supra referido e que aqui se dá por integralmente reproduzido).
14. O desiderato da norma apenas será cumprido se e quando, antes de se iniciar a litigância, se tentar efectivamente uma resolução amigável do conflito.
15. Uma vez iniciada a litigância judicial, as chances de obtenção de um acordo entre as partes sairão bastante mais reduzidas: o autor

estará já totalmente disposto a levar o contencioso até o final e o réu, ofendido, entrará definitivamente em conflito contra quem contra ele interpôs uma acção judicial.

16. Assim, o que se pretende quando se obriga a que as partes tentem a conciliação antes de partirem para a disputa litigiosa dos seus direitos e deveres, é que as partes tentem de facto essa conciliação e que não a encarem como mero obstáculo processual cujo único objectivo é removê-lo tão rapidamente possível em ordem a terminar o caso o mais rapidamente possível.
17. Interpretar de outra forma o referido n.º 1 do artº 50º do CPTP será, ao invés de prevenir e tentar resolver extrajudicialmente o litígio, facilitar e favorecer a litigância, assim se subvertendo a vontade do legislador.
18. Assim, somos de entender que o nº 1 do art. 50º do CPTP comporta dois requisitos: 1) uma tentativa de conciliação, realizada antes da propositura da acção, gorada, e 2) a prova desse mesmo facto.
19. A falta de prova de realização de tentativa prévia de conciliação entre as partes consubstancia um obstáculo processual ao seguimento da acção interposta; (neste sentido Ac. proferido pelo TSI, no âmbito do processo n.º 136/2003, de 03/07/2003).
20. Tal prova só será relevante se e quando se referir a uma tentativa de conciliação entre as partes realizada antes de proposta a acção laboral respectiva;
21. A realização da tentativa prévia de conciliação, a que alude o n.º 1 do art. 50º do CPTP, é um pressupostos processual negativo: a verificação da sua inexistência impede o juiz de apreciar o mérito do pedido.

22. Os pressupostos processuais “são precisamente os elementos de cuja verificação depende o dever de o juiz proferir decisão sobre o pedido formulado, concedendo ou indeferindo a providência requerida” (neste sentido o Professor Antunes Varela).
23. Assim, se o autor apresenta prova que realizou uma tentativa de conciliação junto do Ministério Público do Tribunal Judicial de Base, em data posterior à propositura da acção tal deve ser considerado como não realização de tentativa prévia de conciliação.
24. “A falta de pressuposto processual não impedirá o juiz apenas de proferir sentença sobre o mérito da acção, mas também de entrar na apreciação e discussão da matéria que interesse à decisão de fundo, sustando nomeadamente a produção de prova sobre os fundamentos do pedido” (ob. cit., pg. 105).
25. Sendo verdade que a falta de um pressuposto processual tem como consequência a absolvição da instância do réu – porquanto a apreciação, discussão e decisão acerca da existência e efeitos do pressuposto ou da falta dele constituem verdadeiros actos processuais, integrantes da relação jurídica estabelecida entre as partes no tribunal – não é menos verdade que tal regra não terá aplicação in casu, na medida em que a verificação da ausência deste pressuposto processual terá de ocorrer antes da citação do Réu.
26. Nestes termos, o Réu apenas deveria ter sido citado se o tribunal verificasse que a tentativa prévia de conciliação se realizou;
27. Assim sendo, a falta deste pressuposto processual negativo, apenas admitiria como decisão conforme o indeferimento liminar da petição inicial, nos termos da alínea d) do n.º 1 do art. 394º do CPC: “quando a acção for proposta fora de tempo, sendo a

caducidade de conhecimento oficioso, ou quando, por outro motivo, for evidente que a pretensão do autor não pode proceder”;

28. Com efeito, a falta de um pressuposto processual impossibilita que seja proferida sentença sobre o mérito da acção.
29. Donde, a petição inicial deveria ter sido liminarmente indeferida.
30. Não tendo sido liminarmente indeferida a petição inicial, conforme foi pedido na contestação oportunamente apresentada, nesta fase processual deverá o Mmo Juiz proferir sentença de absolvição da instância por falta de um pressuposto processual indispensável.

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

e, correndo todos os termos processuais no processo nº CV1-03-0058-LAO junto do Tribunal Judicial de Base, o Tribunal Colectivo respondeu aos quesitos e o Mmº Juiz-Presidente proferiu a sentença decidindo condenar a Ré “Sociedade de Turismo e Diversões de Macau, S.A.R.L.” (澳門旅遊娛樂有限公司) a pagar o Autor A o montante de MOP\$646,769.00, acrescido de juros de mora à taxa legal a contar do trânsito da presente sentença e até efectivo e integral pagamento e improcedentes os restantes pedidos.

Inconformados com a decisão recorreram a ré e o autor, alegando para concluir, respectivamente, nos seguintes termos:

A Ré:

- I. Houve erro manifesto na apreciação da prova produzida em Audiência de Discussão e Julgamento, relativamente às respostas dadas aos quesitos 18º e 19º.
- II. A Recorrente não entende como o Tribunal pôde considerar que o A., ora Recorrido, não gozou qualquer dia de descanso, semanal e anual, o que consubstancia um claríssimo erro de apreciação da matéria de facto, sobretudo porque ficou provado que o A. foi dispensado dos serviços 158 dias em 2001 e 23 dias em 2002.
- III. Mais errou o Tribunal a quo na condenação da R. no pagamento da compensação pelo não gozo de dias de feriado obrigatório, uma vez que não ficou provado que o A. não tivesse gozado todos os dias de feriado obrigatório a que tinha direito;
- IV. Ou seja: no caso dos presentes autos, o Tribunal a quo, sem qualquer fundamento factual decidiu arbitrariamente no sentido de casos semelhantes, em claríssima violação do princípio da instância. Aqui reside, na opinião da ora Recorrente, o erro na aplicação do direito pelo Tribunal a quo, ao basear-se em matéria de facto que nunca poderia sustentar ou fundamentar a decisão proferida, de que aqui se recorre, pelo que o douto Tribunal de Segunda Instância deverá anular a decisão e absolver a Recorrente dos pedidos deduzidos pelo A., ora Recorrido.
- V. O A., ora Recorrido, não estava dispensado do ónus da prova quanto ao não gozo de dias de descanso e devia, em audiência, por meio de testemunhas ou por meio de prova documental, ter provado que dias alegadamente não gozou, o que não o fez.

Assim não se entendendo, e ainda concluindo:

- VI. Nos termos do nº 1 do art. 335º do Código Civil (adiante CC) “Àquele que invoca um direito cabe fazer prova dos factos constitutivos do direito alegado.”.
- VII. Por isso, e ainda em conexão com os quesitos 18º e 19º da base instrutória, cabia ao A., ora Recorrido, provar que a Recorrente obistou ou negou o gozo de dias de descanso.
- VIII. Com base nos factos constitutivos do direito alegado pelo A., ora Recorrido, relembre-se aqui que estamos em sede de responsabilidade civil, pelo que a esta apenas terá o dever de indemnização caso prove que a Recorrente praticou um acto ilícito.
- IX. E, de acordo com os arts. 20º, 17º, 4, b) e 24º do RJRT, apenas haverá comportamento ilícito por parte do empregador - e consequentemente direito a indemnização - quando, o trabalhador seja obrigado a trabalhar em dia de descanso semanal, anual e ou em dia de feriado obrigatório e o empregador não o remunerar nos termos da lei.
- X. Ora nada se provou que fosse susceptível de indicar qualquer acção ou omissão (muito menos ilícita) por parte da Recorrente que haja obstado ao gozo de descansos pelo A., não podendo, por isso, afirmar-se o seu direito ao pagamento da indemnização que pede, a esse título.
- XI. Porque assim é, carece de fundamento legal a condenação da ora Recorrente por falta de prova de um dos elementos essenciais ao direito de indemnização do A., ora Recorrido, i.e., a ilicitude do comportamento da R., ora Recorrente.

XII. Requer-se, pois, que V. Exas se dignem revogar a sentença ora em crise e julgar a matéria de facto em conformidade com o ora exposto e, conseqüentemente, absolver a R. da Instância.

Assim não se entendendo, a ainda concluindo:

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

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

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

Assim não se entendendo e ainda concluindo:

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

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

XVIII. Não tendo o legislado consagrado a irrenunciabilidade dos direitos em questão, devem os mesmos ser considerados livremente renunciáveis e, bem assim, considerada eficaz qualquer limitação voluntária dos mesmos, seja essa limitação voluntária efectuada ab initio, superveniente ou ocasionalmente.

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

Assim não se entendendo, e ainda concluindo:

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

XXI. E, não tendo o Recorrido sido impedido de gozar quaisquer dias de descanso anual, de descanso semanal ou quaisquer feriados obrigatórios, é forçoso é concluir pela inexistência do dever de indemnização da STDM ao Recorrido.

Ainda sem conceder, e ainda concluindo:

XXII. Por outro lado, jamais pode a ora Recorrente concordar com o regime aplicado pela Mma. Juiz a quo aquando do cálculo do quantum indemnizatório, uma vez que, apesar de se preocupar com a aferição do quantum diário do salário do A., ora Recorrido, acaba por aplicar o regime previsto para o salário mensal, sendo que toda a factualidade alegada pela Ré e confirmada pelas suas testemunhas em sede de Julgamento, indica no sentido inverso, ou seja, do salário diário.

XXIII. Com efeito, a proposta contratual oferecida pela ora Recorrente aos trabalhadores dos casinos, como a aqui Recorrido, é a mesma há cerca de 40 anos: auferiam um salário diário fixo de HKD\$1.70/dia ou MOP\$4,10, HKD\$10/dia ou de HKD\$15 dia, ou seja, um salário de acordo com o período de trabalho efectivamente prestado.

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

XXV. Trat-se de uma disposição contratual válida e eficaz de acordo com o RJRT, que prevê, expressamente, a possibilidade das partes acordarem no regime salarial mensal ou diário, no âmbito da liberdade contratual prevista no art. 1º do RJRT.

XXVI. Ora, na ausência de um critério legal ou requisitos definidos para aferir a existência de remuneração em função do trabalho efectivamente prestado, ao estabelecer que o A., ora Recorrido, era remunerado com um salário diário, a sentença Recorrida desconsidera toda a factualidade trazida aos autos e, de igual forma, as condições contratuais acordadas entre as partes cuja

prova foi efectuada em sede de julgamento. Salvo o devido respeito por entendimento diverso, a Recorrente entende que, nessa parte, a decisão em crise não está devidamente fundamentada e é arbitrária, ao tentar estabelecer como imperativo (i.e., o regime de salário mensal em contratos de trabalho típicos) o que a lei define como dispositivo (i.e., as partes poderem livremente optar pelo regime de salário mensal ou diário em contratos de trabalho típicos).

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

Por outro lado,

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

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

XXX. Maxime, o trabalho prestado em dia de descanso semanal, para os trabalhadores que auferem salário diário, deve ser remunerado como um dia normal de trabalho (cfr. al. a) e b) do n.º 6 do art.º 17º do RJRT, tendo o Tribunal a quo descurado em absoluto essa questão.

XXXI. Ora, nos termos do art. 26º, n.º 4 do RJRT, salário diário inclui a remuneração devida pelo gozo de dias de descanso e, nos termos do art. 17º, n.º 6, al. b), os trabalhadores que auferem salário diário

verão o trabalho prestado em dia de descanso semanal remunerado nos termos do que for acordado com o empregador.

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

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

Ainda concluindo:

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

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

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

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

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

XXXIX. A propósito da incidência do Imposto Profissional: “O Imposto Profissional incide sobre os rendimentos do trabalho, em

dinheiro ou em espécie, de natureza contratual ou não, fixos ou variáveis, seja qual for a sua proveniência ou local, moeda e forma estipulada para o seu cálculo e pagamento”. É a própria norma que distingue, expressamente, gorjetas de salário.

XL. Qualifica Monteiro Fernandes expressamente as gorjetas dos trabalhadores da STDM como “rendimentos do trabalho”, esclarecendo que os mesmos são devidos por causa e por ocasião da prestação de trabalho, mas não em função ou como correspectividade dessa mesma prestação de trabalho.

XLI. Na verdade, a reunião e contabilização são realizadas nas instalações dos casinos da STDM, mas com a colaboração e intervenção de croupiers, funcionárias da tesouraria e de funcionários do governo que são chamados para supervisionar a contabilização das gorjetas.

XLII. Salvo o devido respeito pela Mma. Juiz a quo, a posição de sustentar a integração das gorjetas no conceito jurídico de salário, com base no conceito abstracto e subjectivo de “salário justo”, não tem qualquer fundamento legal, nem pode ter aplicação no caso concreto.

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

XLIV. E, fortalece a nossa tese, a posição do governo de Macau que nunca considerou necessário a definição de um montante mínimo

salarial que pudesse servir de bitola para a apreciação – menos discricionária – do que é um salário justo.

XLV. Dessa forma, o cálculo da eventual indemnização só poderia levar em linha de conta o salário diário, excluindo-se as gorjetas.

Nestes termos e nos melhores de direito aplicáveis, que V.Ex.as. doutamente suprirão, deve o presente recurso ser julgado totalmente procedente, revogando-se a decisão recorrida em conformidade.

O autor:

- A. O incumprimento dos deveres legais referidos nas alíneas (i) a (xi) do parágrafo 2 devia ter sido considerado demonstrado por força do disposto nos art.ºs 335, n.º 2 e 3º, e 788º, n.º 1 do CCM.
- B. Esta decisão do tribunal recorrido no sentido de não atribuir qualquer compensação pelo trabalho prestado em dia de descanso semanal até à entrada em vigor do DL n.º 24/89/M viola o disposto no § 2º do artigo 26º do “Estatuto do Trabalho Nacional” e no artigo 17º, n.º 4 do DL n.º 101/84/M e, por conseguinte o artº 42º, n.º 3 do Código de Processo do Trabalho, ex vi da segunda parte do n.º 3 do artº 3º da Lei de Reunificação, aplicável por analogia, nos termos autorizados pelo art.º 9º, n.ºs 1 e 2, do Código Civil de Macau, conforme defendido pela jurisprudência do TSI, v.g., Acórdão de 2003/7/3, proferido no processo 136/2003.
- C. Esta decisão do tribunal recorrido deve, portanto ser revogada e substituída por outra que fixe a compensação pelo trabalho prestado em dia de descanso semanal até à entrada em vigor do DL n.º 24/89/M em MOP\$4,576.00.
- D. A decisão relativa à fórmula (salário médio diário X 2) de cálculo do montante da compensação por descanso semanal violou a

interpretação do disposto no artigo 17º n.º 6, a) do RJRL fixada nos acórdãos proferidos por unanimidade pelo Tribunal de Segunda Instância no Recurso n.º 255/2006, de 9 de Novembro de 2006, e nos Recursos 188/2002, 416/2004 e 311/2006, bem como, por exemplo, a doutrina sobre esta matéria fixada na jurisprudência comparada do Tribunal Superior do Trabalho do Brasil, Enunciado n.º 146.

- E. A decisão relativa à fórmula (salário médio diário X 2) de cálculo do montante da compensação por descanso semanal no valor de MOP\$511,200.00, deverá ser revogada por violação do disposto no artº 17º, n.ºs 4 e 6, a) e 26º, n.º 1 do RJRL, fixando-se agora esse valor em MOP\$878,508.00 de acordo com a fórmula: salário médio diário X n.º de dias X 3.
- F. O valor do salário diário que o Tribunal descontou na fórmula de cálculo da compensação pela privação do gozo do período de descanso anual, não faz parte do valor da compensação punitiva prevista no art.º 24º do RJRL.
- G. A fracção do salário mensal que o tribunal recorrido descontou na fórmula de cálculo da compensação pela privação do gozo do período de descanso anual faz parte do salário mensal, ou seja, faz parte daquele salário que é obrigatoriamente pago no fim de cada mês ao trabalhador, desde que não hajam faltas injustificadas que consintam qualquer dedução a esse montante.
- H. O A. recebeu o salário que o tribunal recorrido descontou do montante total da indemnização pela prestação de trabalho nos dias de descanso anual, não a título de adiantamento por conta da compensação por conta da indemnização punitiva prevista no art.º 24º do RJRL, mas apenas porque tinha direito à totalidade do seu salário mensal por não ter faltado ao serviço.

- I. O salário descontado pelo tribunal recorrido faz parte do salário mensal do A. e nada tem a ver com a compensação ao A. pelo trabalho prestado nos dias de descanso anual obrigatórios nem com o montante da indemnização com que a lei sanciona o impedimento pelo empregador do gozo das férias anuais do trabalhador.
- J. Ao dar como verificados os factos integradores da “factispecie” da norma prevista no art.º 24º do RJRL, por um lado, e ao deduzir parte do salário mensal recebido pelo A. por ter prestado trabalho durante o período a que o salário respeitava, por outro, o tribunal recorrido violou o disposto no art.º 24º do RJRL.
- K. Por outro lado, o direito às férias anuais consiste numa manifestação do direito ao repouso e aos lazeres, o qual, por se tratar de um direito de personalidade pertence à categoria dos direitos absolutos, os quais, como direitos de exclusão, implicam a abstenção geral de comportamentos que possam lesá-lo.
- L. A violação do direito a férias por parte do dador de trabalho basta-se, para ser por verificada, com a circunstância de este não proporcionar a fruição do período legal de repouso anual aos seus trabalhadores, não sendo necessário que se demonstre que a entidade patronal impediu (através de uma actuação deliberada com essa finalidade) o gozo de férias.
- M. Isto porque a Recorrente nunca podia gozar o período de descanso anual a que tinha direito, sem que esse período tivesse sido fixado pela Ré, com a devida antecedência e de acordo com as exigências de funcionamento da empresa, como impunha o disposto no artigo 24º, n.º 1 do DL n.º 101/84/M e impõe o actual art.º 22º, n.º 1 do RJRT às entidades empregadoras.

- N. Tal omissão basta para que se dê por verificada a prova do impedimento a que se refere o art.º 24 RJRL, conforme têm vindo a entender o 2º e 3º Juízos Cíveis do Tribunal Judicial de Base na esteira da doutrina e jurisprudência supra citadas.
- O. Acresce que o impedimento (por acção e omissão) pelo ora Recorria da gozo das férias anuais do A. resulta provado pelos factos resultantes da alínea G) dos Factos Assentes e da resposta do Tribunal Colectivo ao quesito 19 da Base Instrutória conjugados com o disposto nos artigos 21º, n.º 1, 22º, n.º 2, e 24º do RJRL.
- P. A decisão relativa à fórmula (salário médio diário X 2) de cálculo do montante da compensação por descanso anual no valor de MOP\$68,433.00 deverá ser revogada por violação do disposto no art.º 21º, n.º 1, 22º, n.º 2, 24º e 26º, n.º 1 do RJRL, fixando-se esse valor em MOP100,560.00 de acordo com a fórmula: salário médio diário X n.º de dias X 3.
- Q. O Tribunal a quo não autorizou o gozo de nenhum feriados (resposta ao quesito 20 da Base Instrutória conjugada com a alínea G) dos Factos Assentes) nem fixou qualquer indemnização pelo trabalho prestado pelo A. nos feriados do 1 de Janeiro, 1 de Maio e 1 de Outubro relativos ao período de vigência do DL n.º 101/84/M, de 25/08.
- R. Quando o trabalhador trabalhe em dia de feriado remunerado, terá direito:
- (i) à sua remuneração mensal normal pelo facto de ter trabalhado,
 - (ii) a mais um dia de descanso compensatório pelo facto de ter trabalhado quando a lei o dispensara de o fazer, e

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

- S. Esta decisão do tribunal recorrido no sentido de não atribuir qualquer compensação ao recorrente por conta do trabalho prestado nos dias de feriados obrigatórios remunerados, viola o disposto no art.º 20º, n.º 2 e 3, 23º, n.º 1, in fine, 28º, n.º 1 e 30º, n.º 3 do Decreto-Lei n.º 101/84/M, de 25 de Agosto, segundo os quais o A. devia ter sido dispensado da prestação do trabalho sem perda da remuneração e, por conseguinte, viola o disposto no artº 42º, n.º 3 do novo Código de Processo do Trabalho, fixando-se esse valor em MOP\$578.00 de acordo com a fórmula: salário médio diário X n.º de dias X 2.
- T. Quando o trabalhador trabalhe em dia de feriado obrigatório não remunerado, além da remuneração mensal, adquire também o direito a ser compensado pelo dia de dispensa ao trabalho de que não beneficiou.
- U. Se assim não fosse, o disposto no art.º 20º, n.º 2 do DL n.º 101/84/M, de 25/08, seria letra morta, i.e., um preceito esvaziado de sentido útil e cuja violação pela entidade empregadora não importaria qualquer consequência.
- V. A decisão de não arbitrar qualquer indemnização pelo trabalho prestado até 1989 nos dias de feriados obrigatórios não remunerados, deverá ser revogada por violação do disposto nos artºs 20º, n.º 2, 23º, n.º 1, in fine, 28º, n.º 1 e 30º, n.º 3 do Decreto-Lei n.º 101/84/M, de 25 de Agosto, segundo os quais o A. devia ter sido dispensado da prestação do trabalho sem perda da remuneração mensal e, por conseguinte, do art.º 42º, n.º 3 do novo Código de Processo do Trabalho (CPT), fixando-se esse valor em

MOP\$867.00, de acordo com a fórmula: salário médio diário X n.º de dias X 1.

- W. A decisão relativa à formula (salário médio diário X n.º de dias X 2) de cálculo do montante da compensação pelo trabalho prestado durante os feriados obrigatórios remunerados no valor de MOP\$67,136.00, deverá ser revogada por violação do disposto no art.º 19º, n.º 2, 26º, n.º 1 e 28º, n.º 3 do RJRTM e, por conseguinte o art.º 42º, n.º 3 do novo Código de Processo do Trabalho (CPT), e a jurisprudência do TSI, nomeadamente o Acórdão em 8 de Junho de 2006, fixando-se esse valor em MOP\$101,904.00 de acordo com a fórmula: salário médio diário X n.º de dias X 3.
- X. A decisão do Tribunal a quo no sentido de não arbitrar qualquer compensação pelo trabalho prestado em dia de feriado obrigatório não remunerado, deverá ser revogada por violação do disposto no art.os 19º, n.º 2 e 26º, n.º 1 e art.º 28º, n.º 3 do RJRTM segundo os quais o A. devia ter sido dispensado da prestação do trabalho sem perda da remuneração mensal e, por conseguinte, por violação do art.º 69º, n.º 3 do Código de Processo do Trabalho, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 45497, fixando-se esse valor em MOP\$22,198.00 de acordo com a fórmula: salário médio diário X n.º de dias X 1.
- Y. A fls. 453v, o tribunal recorrido deduziu (i) 8 dias de descanso semanal no ano de 2000; (ii) 52 dias de descanso semanal no ano de 2001; (iii) 29 dias de descanso semanal no ano de 2002;
- Z. Tal decisão mostra-se errada, dado que não ficou provado que o A. tenha violado o dever de assiduidade até à data em que cessou a relação laboral (resposta ao quesito 4 da Base Instrutória).
- AA. Nada impede, portanto, a interpretação da alínea F) dos Factos no sentido de que a Ré também não compensou o A. das quantias a que tinha direito no total de MOP\$111,030.00 pela falta de gozo

dos descansos obrigatórios correspondentes ao trabalho efectuado nos anos de 2000, 2001 e 2002.

- BB. A resposta aos quesito 39 da base instrutória não se diz se a dispensa se deveu a faltas justificadas por doença, ou a punição disciplinar, ou ao gozo de férias, por isso nada impede a sua interpretação no sentido de que a Ré também não compensou o A. das quantias a que tinha direito no total de no valor de MOP\$1,200.00 pela falta de gozo dos competentes dias de feriado obrigatório.
- CC. A Ré constituiu-se em mora no terceiro dia útil subsequente ao termo do período (de descanso anual, semanal ou de feriado obrigatório) a que o salário respeitava, conforme resulta das disposições conjugadas dos art.ºs 30º, n.º 3 do Decreto-Lei n.º 101/84/M, de 25 de Agosto 28º, n.º 3 do RJRT e 805º, n.º 2, b) do Código Civil de 1966, actual art.º 794º, n.º 2, al. b) do Código Civil de Macau, pelo que deve à Recorrente a quantia de MOP538,649.27, a título de juros vencidos sobre as quantias devidas por conta do trabalho prestado nos períodos de descanso semanal e feriados obrigatórios.
- DD. A decisão do tribunal recorrido no sentido de que os respectivos juros apenas podem ser calculados a partir da data do trânsito em julgado da sentença, deverá ser revogada e substituída outra que fixe os juros desde as datas de vencimento dos créditos a que os juros respeitam.
- EE. A factualidade provada na alínea F) dos Factos Assentes e na resposta aos quesitos 18 a 22 da Base Instrutória determina, por si só, a fixação de uma indemnização por violação da integridade física e psíquica do A. prevista no artº 70º, n.º 1 do Código Civil de 1966 e no art.º 71, n.º 1 do CCM, dado que, seguindo a

jurisprudência uniforme do Tribunal de Segunda Instância: «o descanso semanal pressupõe a prestação de trabalho efectivo durante um determinado período, por forma a que seja imprescindível à recuperação das energias físicas e psíquicas do trabalhador» [cfr. acórdãos proferidos nos processos 509/2006, 478/2006, 407/2006, 383/2006, 385/2006, 362/2006, 327/2006, 294/2006, 264/2006, 298/2006, 166/2006, 271/2006, 208/2006, 243/2006, 207/2006, 178/2006, 169/2006, 104/2006, 16/2006, 18/2006, 27/2006, 26/2006, 69/2006, 331/2005, 322/2005, 320/2005, 296/2005, 340/2005, 297/2005, 255/2005]

FF. No caso “sub judice” interessa saber se o sacrifício ou a penosidade resultante do trabalho nocturno e diurno em turnos rotativos contínuos foi agravada pela Ré pela violação do disposto nos artigos 5º, n.º 1, alínea e) da “Lei de Base da Política de Emprego e dos Direitos Laborais” aprovada pela Lei n.º 4/98/M, de 29 de Julho, 6º, 10º, n.º 1, 2 e 4 b) do “Regulamento Geral de Higiene e Segurança do Trabalho nos Estabelecimentos Comerciais, de Escritórios e de Serviços” e do art.º 7, n.º 1, c) do RJRL ex vi do 17º, n.º 2, 19º, n.º 2, 22º, n.º 1 e 37º, n.º 2, todos do mesmo diploma, e do art.º 10º da Lei n.º 7/88/M, de 23 de Maio, actual artº 201º, parágrafo 7 do ETAPM aplicável por analogia ex vi do artigo 55º do RJRTM conjugado com o disposto no artigo 9º, n.º 1 e 2 do Código Civil.

GG. A organização do trabalho por turnos rotativos ininterruptos foi concebida e implementada sem atender aos direitos de personalidade, designadamente, do “direito à saúde e qualidade de vida” do qual é tributário o direito ao equilíbrio entre vida familiar e vida profissional a que todos os trabalhadores têm direito.

- HH. O sistema de organização dos turnos rotativos ininterruptos imposto ao ora Recorrente pela Ré sem fixação do descanso semanal obrigatório (art.º 17º, n.º 2 do RJRT) violou o disposto no art.º 6º do “Regulamento Geral de Higiene e Segurança do Trabalho nos Estabelecimentos Comerciais, de Escritórios e de Serviços” e do art.º 7º, n.º 1, c) do RJRL ex vi do 17º, n.º 2. 19º, n.º 2, 22º, n.º 1 e 37º, n.º 2, todos do mesmo diploma, os quais se destinam a proteger os direitos de personalidade do trabalhador, incluindo o direito à saúde.
- II. Da sujeição da Recorrente ao regime de turnos rotativos (período diurno/nocturno) contínuos imposto pela Ré em contravenção ao disposto nos art.os 6º do “Regulamento Geral de Higiene e Segurança do Trabalho nos Estabelecimentos Comerciais, de Escritórios e de Serviços” e do artº 7º, n.º 1, c) do RJRL ex vi do 17º, n.º 2. 19º, n.º 2, 22º, n.º 1 e 37º, n.º 2, todos do mesmo diploma, resultou para a Ré o dever de indemnizar ao ora Recorrente pela lesão da sua integridade física e psíquica, por impossibilidade de adequada regeneração física e psíquica, bem como da sua liberdade pessoal.
- JJ. Factos estes cuja realidade se alcança, desde logo, por presunção judicial (v. art.os 342º e 344º do Código Civil), verificada que está, em concreto, a inobservância por banda da Ré das interrupções obrigatórias de actividade do Recorrente (resposta do tribunal colectivo aos quesitos 18 a 20 da Base Instrutória durante o todo o período de duração da relação laboral (vide, neste sentido, jurisprudência citada e afirmada no Acórdão do TSI, proferido em 15 de Fevereiro de 2001, no Processo n.º 4/2001) conjugada com os factos relativos ao sistema de turnos rotativos contínuos (cfr. Alínea G) dos Factos Assentes) e à perda da auto-disponibilidade do trabalhador (resposta aos quesito 21/22 da Base instrutória).

- KK. A decisão do tribunal recorrido no sentido de não arbitrar qualquer indemnização a título de danos morais deverá, pois, ser revogada, por violação da personalidade física e moral tutelada nos artigos 67º, n.º 2, 71º, n.º 1 e 72º, n.º 1, todos do Código Civil (CCM) aplicáveis por força da violação dos artigos 5º, n.º 1, alienas e) da “Lei de Base da Política de Emprego e dos Direitos Laborais”, 6º e 10º, n.º 1 e 2 do “Regulamento Geral de Higiene e Segurança do Trabalho nos Estabelecimentos Comerciais, de Escritórios e de Serviços”, do art.º 7º, n.º 1, c), 17º, n.º 2 e 4, 24º, n.º 1 e 20º, n.º 2 do Decreto-Lei n.º 101/84/M, de 25 de Agosto e do 17º, n.º 2 e 4, 22º, n.º 1 e 19º, n.º 2 do RJRTM) e do artº 10º, ponto 7 da Lei n.º 7/88/M, de 23 de Maio, actual artº 201º, parágrafo 7 do ETAPM aplicável por analogia ex vi do artigo 55º do RJRTM conjugado com o disposto no artigo 9º, n.º 1 e 2 do Código Civil.
- LL. A decisão recorrida violou, nesta parte e, por conseguinte, o disposto nos art.ºs 489º, n.º 3, 477º, n.º 1, 342º e 344º, todos do CCM.

Nestes termos e no mais de direito que V. Ex.as mui doutra e certamente suprirão, deve ser dado provimento ao presente recurso com as legais consequências.

STDM 作回應:

- a. Era sobre o A., aqui Recorrente, que recaía o ónus de provar que não gozou dias de descanso e quantos dias exactamente não gozou e, bem assim, que a Ré, aqui Recorrida, a impediu de gozar os dias de descanso de que não beneficiou – neste sentido se tem pronunciado a jurisprudência, onde se decidiu claramente que “Incide sobre o trabalhador o ónus da prova de que a entidade

patronal obstou ao gozo das férias a que ele tinha direito.” (Ac. Rel. Porto de 04.07.88 in Col. Jur., 1988, 4º-230);

- b. Não resultou provado, nos presentes autos, o impedimento, pela Ré, do gozo de dias de descanso, por parte do Autor, pelo que não pode a Ré ser condenada ao pagamento de qualquer compensação, em harmonia com a jurisprudência dos tribunais superiores portugueses, muito menos nos termos pretendidos pelo Autor, devendo, quanto a esta parte, atentar-se à Jurisprudência dos Tribunais superiores da RAEM;
- c. No que respeita à contagem dos juros de mora, o A. vem, em sede de Recurso, exceder o pedido apresentado em sede de PI relativamente aos juros.
- d. O pedido apresentado quanto a esta matéria foi, inicialmente, de que os juros fossem contados a partir da data da citação da Ré para Contestar a presente acção.
- e. Não pode, por isso, agora, o Autor, vir tentar ampliar o pedido relativamente aos juros.
- f. Sempre se dirá ainda que, até à cessação da relação contratual, nunca o A. interpelou a R. para o pagamento de qualquer quantias a título de supostos “créditos laborais”, pelo que, não tendo o A. efectuado qualquer interpelação, a eventual obrigação da Ré relativa aos alegados juros dos créditos salariais apenas se tornará exigível em caso de mora.
- g. Para haver mora, deve a prestação ser líquida, certa e exigível, o que, em rigor, apenas se verifica com o trânsito em julgado da sentença. Neste sentido, veja-se o entendimento que tem vindo a ser adoptado pela jurisprudência do Tribunal da Segunda Instância da RAEM.;

- h. Andou bem o Tribunal a quo ao condenar a R., aqui Recorrida, no pagamento de juros a contar do trânsito em julgado da sentença, termos em que deverá ser considerado improcedente o Recurso nesta parte e, conseqüentemente, mantida a decisão;
- i. No que respeita à indemnização por danos não patrimoniais, não resultaram provados quaisquer factos relativos a danos morais e, muito menos, o nexo de causalidade entre a organização do trabalho por turnos e esses mesmos danos;
- j. Apenas com base nas repostas aos quesitos 21º e 22º pode agora o Autor fundamentar qualquer alegação quanto a esta matéria, pelo que toda a argumentação que fuja à matéria dada como provada nos autos deve, desde logo, considerar-se não escrita porque não alegada em sede de Petição Inicial e, conseqüentemente, porque não provada.
- k. Mesmo tendo ficado provada a matéria constante das respostas aos quesitos 21º e 22º, não ficou provada – como competia ao A. provar – que tal é “(...) objectivamente grave e merecedor da tutela do direito e que sejam consequência adequada dos deveres contratuais por parte da entidade patronal.” (Ac. STJ de 27.11.2002, doc. nº SJ200211270024234 in www.dgsi.pt).
- l. Acresce que a Recorrida ao ser condenada no pagamento de uma indemnização cujo montante pecuniário se destina também a compensar esse não gozo de dias de descanso, fica, desde logo, dispensada de compensar quaisquer eventuais danos do A.. A sanção decorrente da lei, que faz duplicar, ou triplicar, o montante pecuniário que corresponderia a esse dia, destina-se, nomeadamente, a cobrir danos morais, a ratio de uma indemnização correspondente ao dobro ou triplo do prejuízo patrimonial prende-se, mais do que com uma natureza

sancionatória da entidade patronal, com uma indemnização pelos eventuais danos não patrimoniais do trabalhador.

- m. O quantum pecuniário em que o Recorrente estima os alegados danos morais é manifestamente desadequado, pelo que, em caso de procedência do recurso nesta parte, o que não se concede – deverá o mesmo ser equitativamente reduzido.

Caso V.Exa.s considerem ser devida qualquer indemnização ao Recorrente – o que não se concede mas se admite por mera cautela de patrocínio – sempre se dirá o seguinte:

- n. Dão se por reproduzidas as conclusões relativas aos parágrafos 3.2.4 A) e 3.2.6 do Recurso interposto pela Ré em 20/0/2007, no que respeita à não classificação jurídica das gorjetas, mantendo-se, a final, que o salário auferido pelos trabalhadores era um salário diário, e que as gorjetas não devem integrar o conceito de salário.
- o. Do exposto se conclui que qualquer eventual indemnização que venha a ser atribuída do Recorrente deverá ser calculada tendo por base o seu salário diário fixo.
- p. Relativamente à dedução dos dias de descanso ao cômputo indemnizatório, deve esta ser efectuada, no que respeita aos dias de descanso semanal posteriores a Outubro de 2001, porque o Autor apenas alega o não gozo destes dias até àquela data, é, relativamente aos dias de descanso gozados em 2001 e 2002, porque, precisamente, não ficou feita a prova de qualquer motivo específico, devendo aproveitar-se, assim, o fim primário, que é o descanso do trabalhador;
- q. Devem ainda ser deduzidos os dias de feriado obrigatório, uma vez que não ficou feita a prova do não gozo daqueles dias por parte do Autor (cfr. resposta ao quesito 39º);

- r. Em face de todo o exposto, deverá o recurso apresentado pelo Recorrente ser considerado improcedente porque infundado e, consequentemente ser a decisão recorrida mantida, na parte em que absolveu a aqui Recorrida.

Cumpre conhecer.

Foram colhidos os vistos legais.

À matéria de facto foi consignada por assente a factualidade constante das fls.445v a 447, cujo teor se dá por integralmente reproduzido.¹

¹ Factos em chinês:

根據自認和書證獲證明的事實:

- 被告的經營範圍為：幸運博彩、酒店、旅遊、航空、海上和陸路運輸、建築、國內外證券和股票交易、出入口貿易。
- 截至 2002 年年中，被告被批給為以專營方式經營幸運博彩或其他賭場博彩的特許經營者。
- 經當時澳門地區政府批給，被告成為以專營方式經營幸運博彩或其他賭場博彩的經營者。
- 1988 年 7 月 1 日，原告和被告的合同關係開始，原告由被告實質地領導和監督，並由被告支付報酬。
- 在最初的十一個月，原告的工作是為被告的客人提供協助。
- 之後，原告開始任職“荷官”。
- 原告、被告的合同關係維持至 2002 年 7 月 25 日。
- 原告的工作時間一直由被告根據其需要確定，每日輪值，三日一周期，一日共八小時，每個四小時工作小時，前兩天之間僅有八小時休息，第三天有十六個小時休息。
- 原告的報酬由固定部份和浮動部份組成。
- 原告取得的浮動部份收入，是來自賭場客人付給的小費其中一份額。
- 自從被告開始經營幸運博彩，被告客人給予每一位工作人員的小費，由被告集中並點算，之後，小費工作人員的相關職位分發給所有工作人員。
- 自 1988 年 7 月至 1989 年 6 月，原告收取的由被告以固定收入名義支付的金額為每日港幣 1.70 圓；由 1989 年 7 月至 1995 年 4 月，為每日港幣 10 圓；自 1995 年 5 月起，增為每日港幣 15 圓。

經庭審後獲證明的事實：

- 1988 年原告取得的每日平均收入為澳門幣 63 圓。
- 1989 年，每日平均收入為澳門幣 226 圓。
- 1990 年，每日平均收入為澳門幣 321 圓。
- 1991 年，為澳門幣 324 圓。
- 1992 年，為澳門幣 387 圓。

Conhecendo.

1. Homologação da desistência do recurso interlocutório

Na instância do recurso veio a recorrente STDM desistir do recurso interlocutório interposto do despacho que julgou improcedente a excepção por falta de formalidade de tentativa de conciliação. Tendo em conta o objecto e o pedido do recurso, julga-se válida, pelo que a homologa, a desistência e extinta da instância deste recurso. Custas pela desistente.

2. Objecto dos recursos.

Resta no recurso interposto pela ré da decisão final, que, tal como todos os processos idênticos que correram termos neste Tribunal, trouxe para os seus fundamentos de recurso as mesmas questões, podendo embora variáveis dependente da situações concretas, a saber:

- 1) Erro manifesto na apreciação da prova
- 2) A natureza da relação jurídica contratual entre o trabalhador e a ré;

-
- 1993 年，為澳門幣 394 圓。
 - 1994 年，為澳門幣 459 圓。
 - 1995 年，為澳門幣 483 圓。
 - 1996 年，為澳門幣 556 圓。
 - 1997 年，為澳門幣 538 圓。
 - 1998 年，為澳門幣 512 圓。
 - 1999 年，為澳門幣 442 圓。
 - 2000 年，為澳門幣 395 圓。
 - 2001 年，為澳門幣 400 圓。
 - 2002 年，為澳門幣 450 圓。
 - 被告沒因合同關係終止以澳門旅遊娛樂有限公司員工基金的名義向原告支付任何款項。
 - 自原告和被告的工作關係開始至 2000 年 10 月，被告沒有給予原告每工作一周一日期的休息。
 - 被告亦沒有給予原告年假休息。
 - 原告於上述期間實質提供的工作，沒有收到相關的附加工作報酬。
 - 原告總是疲倦，缺乏耐心並缺少個人及社會交往能力，很少時間與家人相處休閒或外出。
 - 在數十年的工作活動中，被告從來沒有因聘請有意為其工作的人而感到困難。
 - 原告於 2001 年被豁免 158 天工作及於 2002 年被豁免 23 天工作。

3) A fixação do salário do trabalhador, nomeadamente a função da gorjeta;

4) A compensação dos dias de descanso não gozados.

Então vejamos.

2. Nota prévia

Subscrevendo as respectivas notas prévias nos recentes acórdãos deste Tribunal de Segunda Instância, de 19 de Fevereiro de 2009, dos processos n.ºs 314/2007, 346/2007, 347/2007, 360/2007, 370/2007, justifica-se o atraso do julgamento dos processos deste género, em consequência da decisão tirada pelo Venerando Tribunal de Última Instância nos processos n.º 28/2007, 29/2007 e 58/2007 respectivamente de 21 de Julho de 2007, 22 de Novembro de 2007 e 27 de Fevereiro de 2008, pois com a melhor reflexão sobre a questão em causa, nomeadamente, a questão de saber se a gorjeta se constitui parte do salário dos trabalhadores que trabalharam nos casinos de Macau, procuraremos, perante o estado actual da falta do mecanismo da uniformização da jurisprudências, um ponto de equilíbrio entre a defesa do sistema e realização da justiça material, para que não se deixa abalada a confiança dos cidadãos que tem deposita no sistema judicial.

Enfim, temos que avançar.

3. Erro notório na apreciação da prova

Em primeiro lugar, a ré impugnou a decisão de matéria de facto na resposta aos quesitos n.ºs 18º e 19º pelo vício de erro notório na apreciação da prova, pedindo a sua reparação.

Digamos que o Código de Processo Civil admite a alteração da decisão da matéria de facto nos termos do artigo 629º e artigo 599º do Código de Processo Civil.

Os quesitos nºs 18º e 19º textuaram-se o seguinte:

“18º Desde o início da relação entre Autor e Ré e até Outubro de 2000, nunca a Ré autorizou o Autor a gozar um único dia de descanso semanal?

19º A Ré também nunca autorizou o Autor a gozar o período de descanso anual?”

Perante os quesitos elaborados no despacho saneador, cremos que para o apuramento dessa matéria de facto não se exigem as provas de especial valor, v.g., a prova documental, que se apresenta como prova vinculada.

Não exigindo prova de especial valor ou não tendo prova vinculada, as provas produzidas nos autos ficam à livre apreciação do Colectivo, de modo que não se pode imputar o Colectivo pelo vício de erro na apreciação da prova por ter dado valor a alguma prova enquanto não a outra, sob pena de sindicar a livre convicção do Tribunal Colectivo, nos termos do artigo 558º do Código de Processo Civil.

E perante as respostas aos referidos quesitos, não se verificam qualquer “deficiência, obscuridade ou contradição” a que cabe à eventual censura do Tribunal de recurso.

Improcede o recurso nesta parte.

4. Relação laboral

O contrato de trabalho é um contrato sinalagmático, que constituem-se obrigações para ambas as partes unidas umas as outras por um vínculo de

reciprocidade ou interdependência. E nesta relação laboral, em princípio, a correspectividade estabelece-se entre a retribuição e a disponibilidade da força de trabalho (não o trabalho efectivamente prestado).²

Dispõe o artigo 1079º do Código Civil:

“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. ...”

Por sua vez, o artigo 2º al. c) do D.L. nº 24/89/M que regula a relação laboral define como relação de trabalho *“todo o conjunto de condutas, direitos e deveres, estabelecidos entre o empregador e o trabalhador ao seu serviço, relacionados com os serviços ou actividade laboral prestados ou que devem ser prestados e com o modo como essa prestação deve ser efectivada”*.

Os académicos apresentam sob um prisma teórico alguns métodos auxiliares para se distinguir os dois, procedendo a uma análise em torno do local para prestar o trabalho, do tipo de remuneração e do horário de trabalho.³

Dos factos provados nos autos, não haverá dúvida que entre a trabalhadora e a ré a relação duradosa e constante da relação remunerada e com horário determinado, não deixa de integra a relação laboral.

Nos Acórdãos deste TSI em que a STDM foi ré e recorrente, nas idênticas situações, foi julgado existente a relação laboral entre o trabalhador e a STDM, entre outros, de 26 de Janeiro de 2006 dos processos nºs 255/2005, de 2 de Março de 2006 do processo nº 234/2005, de 9 de Março dos processos nºs 69/2006, 322/2005, 331/2005 e 257/2005, de 16 de Março de 2006 dos processos nº s 328/2005, 18/2006, 19/2006,26/2006, 27/2006, de 23 de Março de 2006 dos

² Acórdão deste Tribunal de 2 de Março de 2006 do processo nº 155/2005.

³ Vide o Direito Laboral, 2.º tomo, contrato de trabalho fls. 40 a 44, 2.º volume, escrito pelo Sr. Pedro Romano Martinez

processos nº s 260/2005, 17/2006, 93/2006 e 241/2005, de 30 de Março de 2006 do processo nº 242/2005, de 27 de Abril de 2006 dos processos nºs 2/2006, 233/2005, 273/2005, 232/2005 e 245/2005, de 4 de Maio de 2006 dos processos nºs 318/2005, 30/2006, 75/2006, de 15 de Junho de 2006 dos processos nºs 327/2005, 329/2005, 334/2005, 40/2006 e 91/2006, de 22 de Junho de 2006 do processo nº 267/2005, de 13 de Julho de 2006 do processo nº 256/2005 e de 28 de Setembro de 2006 dos processos nºs 167/2006 e 244/2006.

Perante estes factos assentes, não faria qualquer sentido discutir se existe relação contratual de sociedade, de prestação de serviços, ou relação contratual mista, atípica ou inominada.

Verificada a relação laboral entre o autor e a ré, vejamos as questões seguintes.

5. Salário Justo

Estamos perante uma acção em que se pediu a indemnização pelos trabalhos prestados nos dias de descansos semanal, anual e dos feriados obrigatórios, cujo cálculo está previsto no artigo 26º do D.L. nº 24/89/M, pelo que é essencial determinar o salário-base diário para o efeito de cálculo.

Como está provado que a trabalhadora auferiria o salário em duas partes: uma era o salário diário fixo e outra variável, das gorjetas entregues pelos clientes da Ré a todos os trabalhadores desta, na determinação do salário-base diário, torna-se crucial saber se as gorjetas dadas pelos clientes da ré constitui ou não parte do salário para o efeito de cálculo daquele salário-base.

Vejamos.

A Declaração Universal dos Direitos do Homem estabelece no artigo 23º nº 3 que, “quem trabalha tem direito a uma remuneração equidade satisfatória, que lhe permita e à sua família uma existência conforme com a dignidade

humana, e completada, se possível, por todos os outros meios de protecção social”.

Por outro lado, o art.º 7.º do Pacto sobre os Direitos Económicos, Sociais e Culturais⁴, assinado em Nova Iorque em 7 de Outubro de 1976, assegura que os Estados respectivos “reconhecem o direito de todas as pessoas de gozar de condições de trabalho justas e favoráveis, que assegurem em especial:

- a) Uma remuneração que proporcione, no mínimo a todos os trabalhadores:
 - i) Um salário equitativo e uma remuneração igual para um trabalho de valor igual, sem nenhuma distinção, devendo, em particular, às mulheres ser garantidas condições de trabalho não inferiores às daquelas de que beneficiam os homens, com remuneração igual para trabalho igual;
 - ii) Uma existência decente para eles próprios e para as suas famílias, em conformidade com as disposições do presente Pacto [...].”

É também importante a Convenção nº 95 da Organização Internacional dos Trabalhadores, sobre protecção do salário, (não tinha sido inserida na lei local).

A convenção nº 95 da Organização Internacional de Trabalho, acima referido, define que a retribuição ou salário como *“a remuneração ou ganho, seja qual for a sua denominação ou método de cálculo, desde que possa avaliar-se em dinheiro, fixada por acordo ou pela legislação nacional, devida por um empregador a um trabalhador em virtude do contrato de trabalho, escrito ou verbal, pelo trabalho que esse ultimo tenha efectuado ou venha a efectuar ou por serviços que tenha prestado ou deva prestar”*.

⁴ Aprovada para ratificação pela Lei n.º 45/78, de 11 de Julho.

Mesmo no tempo em que a Região estava sob a administração portuguesa e os direitos dos trabalhadores ficavam protegidos pela Constituição da Republica Portuguesa, nesta Constituição também dispôs garantia à retribuição do trabalhador segundo a quantidade, natureza e qualidade, observando-se o princípio de que para trabalho igual salário igual, de forma a garantir uma existência condigna (artigo 59º nº 1 al. a) da Constituição referida).

Em Portugal, cujo ordenamento jurídico tem a mesma tradição e inspiração da Região, define-se o sentido jurídico do salário, na sua Lei do Contrato de Trabalho, como *“aquilo a que, nos termos do contrato, das normas que o regem ou dos usos, o trabalhador tem direito como contrapartida do seu trabalho”*, presumindo-se *“até prova em contrário ... constituir retribuição toda e qualquer prestação da entidade patronal ao trabalhador”* (artigo 82º da LCT acima referida).

Na doutrina, tem-se entendido que o salário aparece, à face da lei, ligado por um nexo de reciprocidade à prestação de trabalho – tal é a primeira visão que os dados legais nos oferecem acerca da concepção funcional da retribuição no contrato de trabalho e que está na base do brocardo germânico *kein Arbeit, kein Lohn* (sem trabalho não há salário).⁵

Para o Prof. Bernardo da Gama Lobo Xavier, *“em traços gerais, do ponto de vista jurídico, a retribuição costuma perfilar-se como a obrigação essencial a prestar no contrato de trabalho pelo empregador, obrigação de índole patrimonial e marcadamente pecuniária, devida em todos os casos (não tendo carácter meramente eventual), ligada por uma relação de reciprocidade à actividade prestada, tendo nela a sua causa”*.⁶

⁵ Vide António de Lemos Monteiro Fernandes, Direito do Trabalho, 9ª edição, Coimbra, p.373, 374.

⁶ In Curso de Directo do Trabalho, verso, 1993, p.368.

Como noção comum, o Prof. Bernardo da Gama Lobo Xavier considera que o salário contém os seguintes elementos principais:

Em Macau, a Lei Básica da Região Administrativa Especial de Macau protege, como princípios e disposições gerais, nos seus artigos 35º, 39º e 40º, o direito ao salário.

E, como o sistema jurídico próprio local, o Decreto-Lei nº 24/89/M estrutura o Regime Jurídico das Relações de Trabalho de Macau, vindo a dispor à protecção dos direitos e interesses dos trabalhadores, nomeadamente à protecção do salário do trabalhador.

No seu artigo 4º prevê o princípio de igualdade: “[t]odos os trabalhadores têm direito às mesmas oportunidades de emprego e ao mesmo tratamento no emprego e na prestação de trabalho, independentemente da raça, cor, sexo, religião, filiação associativa, opinião política, estrato social ou origem social, como consequência do direito ao trabalho a todos reconhecido”, enquanto no seu artigo 5º dispõe o princípio do mais favorável:

“1. O disposto no presente diploma não prejudica as condições de trabalho mais favoráveis que sejam já observadas e praticadas entre qualquer empregador e os trabalhadores ao seu serviço, seja qual for a fonte dessas condições mais favoráveis.

2. O presente diploma nunca poderá ser entendido ou interpretado no sentido de implicar a redução ou eliminação de condições de trabalho estabelecidas ou observadas entre os empregadores e os trabalhadores, com origem em normas convencionais, em

“1. Prestações regulares e periódicas – este carácter de regular tem a ver com a sua afectação a necessidades regulares e periódicas do trabalhador e ainda com a própria distribuição no tempo da prestação do trabalho (também regular e periódica);

2. Em dinheiro ou em espécie – a retribuição consta de um conjunto de valores patrimoniais;

3. A que o trabalhador tem direito – por título contratual e normativo e que, portanto, corresponde a um dever da entidade patronal;

4. Como contrapartida do seu trabalho – é o trabalho prestado a causa determinante da retribuição, sendo as duas prestações de carácter correspectivo e sinalagmático: retribui-se quem trabalha, trabalha-se porque se é retribuído – senão não.” (fls. 382 a 384)

regulamentos de empresa ou em usos e costumes, desde que essas condições de trabalho sejam mais favoráveis do que as consagradas no presente diploma.”

Afirmam-se também dois princípios respeitantes ao salário: o da equidade e o da suficiência, sob os quais são qualitativa e quantitativamente determinadas as retribuições dos trabalhadores.⁷

E podemos verificar a inspiração destes dois importantes princípios no referido Regime Jurídico das Relações de Trabalho, para além nos acima referidos princípios gerais, nomeadamente nos seus artigos 25º nº 1 e 27º nº 2.

Dispõe o artigo 25º nº 1: “[p]ela prestação dos seus serviços ou actividade laboral, os trabalhadores têm direito a um salário justo.”

E o artigo 27º nº 2: “[o] montante do salário deve ser fixado tendo em atenção as necessidades e interesses do trabalhador, a evolução do custo de vida, a capacidade económica e a situação económica-financeira da empresa ou do sector económico da empresa e as condições de concorrência económica.”

Sob tais princípios, a lei define expressamente o conceito de salário, dizendo no seu artigo 25º nº 2:

*“Entende-se por **salário** toda e qualquer prestação, susceptível de avaliação em dinheiro, seja qual for a sua designação ou forma de cálculo, devida em função da prestação de trabalho e fixada ou por acordo entre empregador e trabalhador, ou por regulamento ou norma convencional ou por norma legal.”*

Conforme as disposições legais e as doutrinas, podemos concluir que são seguintes as concepções essenciais do salário:

- a. O salário é toda e qualquer prestação avaliável em dinheiro, a qualquer designação e por qualquer forma de cálculo, recebida pelo trabalhador;

⁷ Vide António de Lemos Monteiro Fernandes, Direito do Trabalho, 9ª edição, Coimbra, p. 384 e ss.

- b. O salário é uma contra prestação face ao trabalho do trabalhador;
- c. O montante do salário é fixado por acordo entre a entidade patronal e o trabalhador ou por disposição legal.

Como dispõe o artigo 27º nº 1 do D.L. nº 24/89/M, “[o] montante de salário será fixado por acordo entre o empregador e o trabalhador, com observância dos limites estabelecidos nos usos e costumes, regulamento da empresa, convenção ou disposição legal aplicáveis.

2. ...”

Acordo este também pode ser escrito ou verbal desde que “se mostre que correspondem à vontade do declarante e a lei as não sujeite à forma escrita” (artigo 214º do Código Civil).

Podem ainda as vezes as partes, pelos usos e costumes, admitir tacitamente as condições acessórias até essenciais acerca do pagamento do salário, “quando se deduz de factos que, com toda a probabilidade, a revelam” (artigo 209º nº 1 do Código Civil).

Por outro lado, a lei não exige para a retribuição ou salário uma certa designação e uma certa forma de cálculo, permitindo qualquer das denominações e qualquer das formas de cálculo, desde que os montantes recebidos pelo Trabalhador sejam susceptíveis integrar o salário ou retribuição.

Isto se traduz que não é relevante a denominação do salário ou o título dos seus elementos componentes. O que é determinante para ser salário é a natureza dos montantes recebidas pelo trabalhador e as condições acordadas acerca da fixação e do cálculo da sua prestação.⁸

E a determinação de ser ou não salário deve ter em consideração as situações concretas em que se encontram o seu pagamento. Por exemplo, no

⁸ Acórdão deste TSI de 12 de Dezembro de 2002 do processo nº 123/2002.

caso das “gorjetas”, que está em causa no presente caso, o seu nome vulgar ou título não pode ser considerado como determinante para a sua qualificação.

A própria expressão da lei – *“toda e qualquer prestação ... devida em função da prestação de trabalho”* (artigo 25º nº 2) – focaliza o seu sentido na função da prestação de trabalho e não na sua denominação e na sua forma.

Eis a orientação legal pela qual devemos seguir.

Por natureza, o salário é uma prestação devida pela entidade patronal em função da efectivação dos serviços pelo trabalhador, nos interesses daquela.

Podemos afirmar que, sendo uma contrapartida dos serviços prestados ou serviços a prestar pelos trabalhadores, a retribuição deve ser paga pela entidade patronal em virtude destes serviços prestados e serviços a prestar, a interesses dela, à que os trabalhadores têm direito e da qual podem legitimamente reclamar, desde que não se punha em causa ao objecto e conteúdo do acordo entre as partes ou às disposições legais.

A recorrente põe em causa o preenchimento no conceito de salário da parte das “gorjetas” recebidas dos clientes. Isto se afigura uma discordância com a matéria de facto, bem assim uma negação do que tinha sido acordado no estabelecimento das relações laborais.

A recorrente insiste no sentido normal da chamada “gorjeta”, à que atribuiu a natureza da gratificação recebida de terceiros que não se mantinham qualquer relação negocial com a recorrente.

Como acima ficou abordado, a denominação do salário e dos elementos componentes do salário não é determinante na sua qualificação, devendo ter em consideração a sua natureza intrínseca e não só a extrínseca.

Outro aspecto a que não podemos deixar de referir é que as gorjetas eram distribuídas pela entidade patronal segundo um critério por esta fixado por todos os trabalhadores da Ré e não apenas pelos que tinham contacto directo

com os clientes nas salas de jogo, consoante a respectiva categoria, tempo de serviço e departamento em que trabalhavam.

E tal como se citam nos recentes acórdãos acima referidos de n.ºs 314/2007, 346/2007, 347/2007, 360/2007, 370/2007, “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,⁹ salvaguardando a diferença de sistemas, assim

⁹ - art. 457º da CLT /Consolidação das Leis do Trabalho:

- “A soma do salário com as gorjetas resulta na remuneração, segundo o *caput* 457 da CLT. Acórdão Inteiro Teor de 4ª Turma n.º RR-476330/1998, de 12 Dezembro 2001. TST. Tribunal Superior do Trabalho. N.º Recurso n.º RO-22025/1992-000-01.00, Magistrado Responsável Ministro Milton de Moura França. N.º Sentença ou Acórdão RR-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 Waldir 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

acontece igualmente nos EUA¹⁰ e em Hong Kong,¹¹ onde ainda recentemente o *Court of Final Appeal* decidiu ratificar o entendimento do *Court of Appeal* no sentido de que as gorjetas deviam integrar o salário com argumentos próximos dos acima expendidos.”

Assim sendo, em face ao exposto e com os factos dados como provados, acima transcritos, nomeadamente os da existência do contrato de trabalho, do acordo sobre a fixação do salário e a forma de distribuição das gorjetas, há que concluir aquilo que o trabalhador em causa recebia é salário nos termos do artigo 25º do D.L. nº 24/89/M.

Não podemos deixar de, com a devida vénia, reiterar a nossa posição que anteriormente tomada, que se considerava que a gorjeta integra o salário da

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

¹⁰ - “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> .

¹¹ Proc. 55/2008, de 19/1/09, *between* Lam Pik Shan and HK Wing On Travel Service Limited, in <http://www.hklii.org/hk> .

trabalhadora, e em consequência, deve com base nesta, proceder a fixação do salário exacto, também para a determinação das devidas compensações.

Na fixação do montante do salário, segue as regras previstas no artigo 26º do Regime Jurídico das Relações de Trabalho.

Diz o artigo 26º:

- ”1. Para os trabalhadores que auferem um salário mensal, o respectivo montante inclui o valor dos salários dos períodos de descanso semanal e anual e dos feriados obrigatórios, não podendo sofrer qualquer dedução pelo facto de não prestação de trabalho nesses períodos.*
- 2. O valor relativo aos períodos de descanso semanal considera-se igualmente incluído no salário dos trabalhadores calculado em função do resultado efectivamente produzido ou do período de trabalho efectivamente prestado, sendo-lhes, no entanto, devida uma compensação adicional imputável aos períodos de descanso anual e aos feriados obrigatórios.*
- 3. Para os trabalhadores que auferem simultaneamente um salário composto pelas modalidades referidas nos números anteriores, o valor relativo aos períodos de descanso semanal considera-se igualmente incluído na remuneração acordada, sem prejuízo do direito à compensação pelos períodos de descanso anual e pelos feriados obrigatórios, na parte que corresponda à remuneração variável.*
- 4. Para efeitos do disposto nos n.os 2 e 3, a compensação devida pelo período de descanso anual e pelos feriados obrigatórios será calculada a partir da média diária dos últimos três meses de trabalho efectivamente prestado, ou do período durante o qual a relação de trabalho tenha efectivamente permanecido, quando de duração inferior, incluindo-se na determinação da referida média, num e noutro caso, o trabalho extraordinário.”*

Estando provado que a rendimento mensal pelo trabalho prestado pela trabalhadora à Ré era composta por várias prestações, a título fixo e variável, e

esta parte variável correspondia à quota parte do Autor nas gorjetas atribuídas pelos clientes de Ré, veio apurado o salário diário, para efeito de contagem nos termos do D.L nº 24/89/M, desde o início até ao fim da relação laboral.

São este que constituem a base para a contagem da compensação dos dias de descanso dos quais o trabalhador não tinha gozo.

Tal como se demonstra da factualidade, os rendimentos do Autor deste processo constam da matéria acima dada como provada acerca do salário médio diário da trabalhadora e com base destes rendimentos, tomaremos a seguinte ponderação.

6. Os dias de descanso

Estes dias de descanso são compostos pelo descanso semanal, anual e dos feriados obrigatórios. E com base nos factos provados, acima relatados, temos a seguinte contagem da compensação pelos dias de descanso:

Do descanso semanal:

Como temos vindo decidido, 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), contrariamente ao alegado, 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*).

Nota-se, neste caso, que o primeiro dia de descanso semanal a que o autor 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.

A sentença fixou correctamente a não compensação ao trabalhador nesta parte no âmbito do D.L. n.º 101/84/M, parte esta que deve ser mantida.

O D.L. n.º 24/89/M, ao prevê que os trabalhadores têm direito a um dia de descanso em cada sete dias de trabalho, admite-se a situação em que o Trabalhador venha a trabalhar voluntariamente nos dias de descanso, nada com isto implica que ele renuncia o direito aos dias de descanso.

Nesta situação, para o trabalhador que recebe salário mensal, independentemente de ser ou não voluntário, tem sempre direito a receber uma remuneração adicional ou acréscimo salarial, no valor superior ao salário diário a contar com base no seu salário mensal, nos termos do disposto no artigo 17.º do D.L. n.º 24/89/M que se dispõe que:

“1. Todos os trabalhadores têm o direito a gozar, em cada período de sete dias, um período de descanso de vinte e quatro horas consecutivas, sem prejuízo da correspondente retribuição, calculada nos termos do disposto sob o artigo 26.º

2. O período de descanso semanal de cada trabalhador será fixado pelo empregador, com devida antecedência, de acordo com as exigências do funcionamento da empresa.

3. Os trabalhadores só poderão ser chamados a prestar trabalho nos respectivos períodos de descanso semanal:

a) Quando os empregadores estejam na eminência de prejuízos importantes ou se verifiquem casos de força maior;

b) Quando os empregadores tenham de fazer face a acréscimos de trabalho não previsíveis ou não atendíveis pela admissão de outros trabalhadores;

c) Quando a prestação de trabalho seja indispensável e insubstituível para garantir a continuidade do funcionamento da empresa.

4. Nos casos de prestação de trabalho em período de descanso semanal, o trabalhador tem direito a um outro dia de descanso compensatório a gozar dentro dos trinta dias seguintes ao da prestação de trabalho e que será imediatamente fixado.

5. A observância do direito consagrado no n.º1 não prejudica a faculdade de o trabalhador prestar serviço voluntário em dia de descanso semanal, não podendo, no entanto, a isso ser obrigado.

6. O trabalho prestado em dia de descanso semanal deve ser pago:

a) Aos trabalhadores que auferem salário mensal, pelo dobro da retribuição normal;

b) Aos trabalhadores que auferem salário determinado em função do resultado efectivamente produzido ou do período de trabalho efectivamente prestado, pelo montante acordado com os empregadores. com observância dos limites estabelecidos nos usos e costumes.”.

Como podemos ver, o n.º 6 al. a) disse muito claro: o trabalhador que ficar a trabalhar no dia de descanso semanal deve ser pago pelo dobro da retribuição normal, não incluindo o dia de salário recebido que integra no salário mensal.

Quer dizer, para além do salário mensal normalmente recebido, o trabalho prestado no dia de descanso de cada sete dias de trabalhos valorizou-se por o trabalhador não gozou efectivamente esse dia de descanso, servindo para compensar o dia de descanso que ficou a trabalhar. Por esta forma, ficou já compensado pecuniariamente o dia que devia ficar a descansar em cada sete dias de trabalho.

Se dever de considera que o trabalhador ainda tem outro dia por compensar pecuniariamente por ele não tinha gozo esse dia, caímos na dupla valorização do dia de descanso.

Ainda por cima, está provado que, por um lado, “nos dias em que a Autora não prestou serviço efectivo não recebeu, da parte da Ré, qualquer remuneração”, por outro, “nos dia de descanso em que a Autora trabalhou,

auferiu os respectivos rendimentos”. Daí, deve entender que este rendimento a auferir no trabalho prestado no dia de descanso semanal, integra o salário mensal.

Nesta conformidade, a sentença também decidiu correctamente na aplicação do regime estabelecido no D.L. n.º 24/89/M, tendo fixado em dobro a compensação pelo trabalho prestado nos dias de descanso não gozados neste período, parte desta decisão é de se manter.

Do descanso anual:

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;

- Na vigência do D.L. n.º 24/89/M, no caso em que for feita a prova de que “a Ré não autorizou a Autora descansar 6 dias por ano sem perda do respectivo rendimento”, o “factor de multiplicação” deveria ser o “triplo da retribuição” nos termos do artigo 24º do D.L. n.º 24/89/M.¹² Caso contrário, ou seja, quando foi feita a prova que o trabalhador não gozou mais dias de descanso porque quis auferir os respectivos rendimentos, acolhe-se as

¹² Vide neste sentido o acórdão deste TSI de 23 de Novembro de 2006, no processo n.º 513/2006.

considerações nos citados recentes acórdãos deste T.S.I., de modo que tal “factor de multiplicação” deveria ser reduzido para o “dobro da retribuição” por analogia à situação prevista para os dias de descanso semanal.

Pelo que, chega-se à seguinte fórmula referente ao trabalho prestado no âmbito do D.L. nº 101/84/M:

$$\boxed{A \times B \times 1}$$

A = dias de descanso anual não gozados;

B = valor da remuneração média diária.

E esta parte foi correctamente consignado o montante de compensação neste âmbito, que deve ser mantido.

Quanto à parte da aplicação do D.L. nº 24/89/M, como não foi feita prova daquele impedimento – haveria 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.¹³ Pelo que segue-se a fórmula de $\boxed{A \times B \times 2}$ (A = dias de descanso anual não gozados; B = valor da remuneração média diária).

A sentença recorrida fixou correctamente a fórmula e o montante de compensação dos dias de descanso anual, embora com outro fundamento, devendo nesta parte ser mantida.

Do descanso dos feriados obrigatórios

¹³ Vide neste sentido o acórdão deste TSI de 23 de Novembro de 2006, no processo nº 513/2006.

Quanto à compensação pelo trabalho prestado em dias de “feriado obrigatório”, entendeu-se que, pelo que prestou no período de vigência do revogado Decreto-Lei n.º 101/84/M de 25 de Agosto (artigoºs 20.º e 21.º), não havia qualquer indemnização pelo trabalho prestado em feriados obrigatórios.

O n.º 3 do seu artigo 20º 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 20º.

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) - acréscimo 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”¹⁴, e não ao dobro como se calculou na sentença recorrida.

Pois, cremos ser essencial que a lei fala do factor de multiplicação para a compensação dos dias de feriados obrigatórios, distintamente das disposições quanto ao descanso semanal, o trabalho prestado pelos trabalhadores nos dias de feriado obrigatório e sem ter receite qualquer compensação, referidos no n.º 3 do artigo anterior, dá direito a um acréscimo salarial nunca inferior ao dobro da retribuição normal – artigo 20º nº 1 do D.L. nº 24/89/M, e este “acrécimo salarial” tem sempre com base na retribuição a que tem direito a receber nos termos do artigo 19º nº 3 do mesmo Diploma, pois diz o nº 3 do artigo 19º que “[o]s trabalhadores referidos no número anterior têm direito à retribuição correspondente aos feriados de 1 de Janeiro, Ano Novo Chinês (3 dias), 1 de Maio e, 1 de Outubro”. E esta retribuição não integra na seu salário mensal já recebido, de modo que o trabalhador que trabalha nestes dias tem direito, não só a receber, para além do salário mensal, uma retribuição correspondente ao valor do seu salário diário médio mais um acréscimo salarial não inferior ao dobro do seu salário normal diário (médio).

Por outro lado, como a nossa decisão tomada no acórdão de 23 de Março de 2006 do processo nº 241/2005, “esta retribuição pelo triplo da retribuição normal justifica-se pelo especial valor social e comunitário que se pretende imprimir à celebração de certas datas festivas; pela comparação com o regime compensatório nas situações de impedimento do gozo dos descansos anuais (artigo 24º), podendo fazer-se o paralelismo entre o não gozo de um núcleo reputado fundamental de feriados de gozo obrigatório e o impedimento do

¹⁴ - Cfr. - Ac. 297/2005, de 23/2/2006, entre outros, já acima citados

gozo das férias anuais, sendo sempre mais censurável a violação deste direito do que o não gozo voluntário do descanso anual”.

Quanto aos ditos feriados obrigatórios “não remunerados” importa referir que não se contempla a sua compensação, na esteira do nosso entendimento anterior, por se entender que a prestação desse trabalho não se insere na previsão da al. b) do n.º1 do art. 21º do DL 101/84/M, de 25/8/84 nem na al. b) do n.º1 do art. 20º do DL 24/89/M, de 3/4/89.

Quanto aos dias de feriados obrigatórios “remunerados”, adoptando-se aqui tal entendimento, e atenta a matéria de facto dada como provada, chega-se em princípio ao mapa de $A \times B \times 3$ (A = dias de descanso dos dias de feriados obrigatórios não gozados; B = valor da remuneração média diária), porém é de se manter a parte da compensação destes dias de descanso, por força do princípio do dispositivo das parte, por o autor nem sequer tinha recorrido da decisão nesta parte.

Ponderado resta decidir.

Pelo exposto, acordam nesta Tribunal de Segunda Instância em negar provimento ao recurso da decisão final, nos exactos termos acima consignados.

Custas pela recorrente.

Macau, RAE, aos 27 de Maio de 2009

Choi Mou Pan

José M. Dias Azedo

Lai Kin Hong

