

Recurso nº 334/2005

Data : 15 de Junho de 2006

Assuntos: - Erro notório na apreciação da prova
- Relação laboral
- Salário justo
- Gorjeta

Sumário

1. 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.
2. 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).
3. A retribuição perfila-se como a obrigação essencial a prestar no contrato de trabalho pelo empregador, obrigação de índole patrimonial e marcadamente pecuniária, ligada por uma relação de reciprocidade à actividade prestada.

4. Sob os princípios respeitantes ao salário: o da equidade e o da suficiência, os trabalhadores estão legalmente garantidos o seu direito ao salário justo, a ser qualitativa e quantitativamente determinado.
5. 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.
6. Estando provado que o trabalhador recebia como contrapartida da sua prestação no âmbito do contrato laboral duas quantias, uma fixa e outra variável em função do montante das “gorjetas” recebidas, é de se considerar que tais quantias variáveis integram o seu salário.

O Relator,

Choi Mou Pan

Recurso nº 334/2005

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

A

Recorridos: Os mesmos

Acordam no Tribunal de Segunda Instância da R.A.E.M.:

A, 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) Pagamento da retribuição devida à Autora, acrescida dos juros legais a contar da citação da Ré;
- b) Pagamento do trabalho prestado pela Autora durante os períodos de descanso anual, descanso semanal e feriados obrigatórios (otiocentas e quarenta e nove mil, novecentas e oitenta e quatro patacas) , acrescido dos juros legais a contar da citação;

- c) Pagamento de indemnização emergente da violação de direitos não patrimoniais da Autora, a liquidar em execução de sentença e em quantitativo conforme a equidade;
- d) Pagamento de custas e procuradoria legal condigna.

Citada a ré e, correndo todos os termos processuais no processo nº CV3-03-0002-LAO junto do Tribunal Judicial de Base, o Tribunal Colectivo respondeu aos quesitos e o Mmº Juiz-Presidente proferiu a sentence decidindo:

1. 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 à Autora A o montante de MOP\$202,731.00, a título de indemnização somatória de descanso semanal, de férias anuais remuneradas e de descanso nos feriados obrigatórios (MOP\$148,643.00 + MOP\$35,883.00 + MOP\$18,205.00), acrescido de juros legais vincendos à taxa legal, desde o trânsito em julgado da sentença, até efectivo e integral pagamento.

2. Julgar-se improcedentes os demais pedidos da Autora.¹

¹ A sentença ofereceu a versão chinesa desta parte decisória:

“判被告“澳門旅遊娛樂發展有限公司”向原告A支付澳門幣貳拾萬零貳仟柒佰叁拾壹圓整（MOP\$202,731.00），作為周假、有薪年假及強制性公假休息之賠償總和(MOP\$148,643.00 + MOP\$35,883.00 + MOP\$18,205.00)，附加按法定利率計算之將來到期之利息，自本判決轉為確定之日起計，直至全數支付。

裁定原告之其他訴求理由不成立。”

Inconformadas com a decisão, recorreram a ré e a autora, alegando para concluir, respectivamente, nos seguintes termos:

A Ré:

- I. Houve erro manifesto na apreciação da prova produzida em Audiência de Discussão e Julgamento;
- II. Ao contrário do que o Tribunal *a quo* entendeu, a Recorrida gozou de dias de descanso semanal, descanso anual e feriados obrigatórios, não obstante, não remunerados.
- III. Até porque, resulta claro de todos os depoimentos das testemunhas inquiridas - quer da Recorrente, quer sobretudo das testemunhas apresentadas pela Recorrida - que a Recorrente nunca impediu o gozo de dias de descanso (a que título fosse) e que a Recorrida terá gozado dias de descanso.
- IV. No entanto ao gozo desses dias de descanso não corresponderia qualquer remuneração, pelas razões já expostas no presente recurso e que as partes, refrise-se, as partes acordaram ao abrigo do princípio da liberdade contratual.
- V. Para que fossem dados como provados os quesitos 2º a 5º, deveriam ter sido juntos aos autos pela Recorrida todos os comprovativos dos pedidos indeferidos de dias de descanso que a Recorrente lhe entregou não se podendo argumentar que tal ónus cabia à Recorrente.
- VI. Era à Recorrida, nos termos do art. 355º do CC - e não à Recorrente - que caberia apresentar prova - testemunhal,

documental ou outra - de que não gozou dias de descanso e, a provar-se ,tal facto, quais os dias de descanso que não terá gozado.

- VII. Apenas com a junção aos autos dos seus pedidos de descanso não autorizados, poderia o Mmo. Juiz julgar em conformidade os quesitos 2º a 5º,.
- VIII. As consequências jurídicas da não remuneração de dias de descanso (cfr. art. 21º, 26º, n.º 1 do RJRT) ou da não compensação pelo trabalho prestado (que não seja voluntário) em dia de descanso semanal (cfr. ns. 4.e 6, b) do art.º 17º do RJRT), anual (cfr. art. 24º do RJRT) ou feriado obrigatório (cfr. art. 20º do RJRT) são diferentes.
- IX. Não tendo ficado provado quais os dias de descanso em que a Recorrida, efectivamente, trabalhou (se foi descanso anual, semanal ou feriados obrigatórios) e bem assim, se não gozou, quantos dias não gozou, afigura-se impossível proceder a uma condenação da Recorrente.
- X. Deve ser reapreciada a prova gravada na sua totalidade ou, pelo menos, das três primeiras testemunhas da Recorrida e, bem assim, das testemunhas da Ré, aqui Recorrente, **B** e **C**, dando-se, em consequência como provado apenas que aos dias de descanso que foram, efectivamente, gozados não correspondeu qualquer remuneração, absolvendo-se a R., aqui Recorrente, do pedido.

Assim não se entendendo, e ainda concluindo:

- XI. O Tribunal *a quo* errou ao qualificar o contrato celebrado entre a Recorrente e a Recorrida como um puro contrato de trabalho.

- XII. O contrato objecto dos presentes autos é um contrato misto, porquanto, paralelamente à existência de um contrato de trabalho – de onde decorriam, para ambas as partes, os direitos e obrigações tipificados na lei, existem dois outros : o contrato de sociedade – a que, em rigor, a entidade patronal é estranha – e o contrato de prestação de serviços.
- XIII. O trabalhador aceitou celebrar o contrato de trabalho e receber o correspondente Rendimento Salarial e, paralelamente, decidiu entrar como sócio de uma sociedade, correndo um determinado risco empresarial para, conseqüentemente, receber um rendimento empresarial, sendo o Rendimento Global, no seu conjunto, arriscado, mas que, no uso da sua autonomia privada, decidiu assumir. R., ora Recorrente,,
- XIV. Sendo que a esmagadora maioria do Rendimento Global do trabalhador é composta pelo Rendimento Empresarial concedido por terceiros, rendimento esse nunca seguro e sempre incerto quanto ao seu montante, revelando uma enorme aposta do trabalhador num **risco** que decidiu correr, torna-se aberrante concluir estarmos perante um contrato de trabalho puro ou, sequer, misto, aplicando-se a cada uma das partes desse contrato o seu respectivo regime jurídico.
- XV. O contrato celebrado pouco tem de verdadeiro contrato de trabalho, para além da duração da prestação diária de trabalho, do local de trabalho e dos poderes de direcção da entidade patronal – em tudo semelhante aos poderes do promotor do centro comercial no caso análogo *supra* analisado.

XVI. Não assentando as pretensões da Recorrida não assentam na violação dos termos contratuais acordados, mas antes, e exclusivamente, em disposições legais inaplicáveis *in casu*, porquanto incompatíveis com o clausulado por si expressa e integralmente aceite, não podem as mesmas proceder.

Não se entendendo desta forma, deverá concluir-se:

XVII. O Tribunal *a quo* sempre deveria ter considerado o contrato em análise com um contrato atípico ou inominado, aplicando o respectivo regime jurídico.

XVIII. Na génese do contrato *sub judice* estar um contrato de trabalho, mas as suas cláusulas acessórias desvirtuam-no a tal ponto que o seu pendor mais empresarial acaba por assumir o papel preponderante.

XIX. Assim, é forçoso admitir-se que existe preponderância do tipo contratual atípico de pendor empresarial (com os aliados serviços prestados pela R) sobre o carácter laboral - tudo porque o fim económico deste contrato assenta substancialmente num risco assumido pelo trabalhador.

XX. Sendo o contrato predominante um contrato atípico ou inominado, o seu regime jurídico será determinado pelo clausulado acordado entre as partes e, perante uma lacuna, aplicar-se-ão à respectiva situação as regras previstas para a sua integração dispostas no art. 9º do CC.

XXI. A fundamentação jurídica que Tribunal *a quo* utilizou para considerar como parcialmente procedente o pedido da Recorrida, assenta em regras legais aplicáveis ao contrato de trabalho que

brigam frontalmente com regras aplicáveis ao fim principal deste contrato, *i.e.*, com o fim empresarial.

XXII. Deveria o peticionado pela Recorrida ter sido considerado improcedente, porque não provado e, a final e em consequência, ter a Recorrente sido absolvida de todo o pedido.

XXIII. Não podendo por isso assacar-se qualquer responsabilidade à Recorrente pelo eventual não gozo de dias de descanso durante a relação contratual com a Recorrida.

Ainda que assim não se entenda:

XXIV. O regime que resulta da aplicação à relação laboral que se estabeleceu entre a Recorrente e a Recorrida é mais favorável ao trabalhador do que o que resultaria da aplicação das regras do RJRT;

XXV. O RJRT estabelece os condicionalismos mínimos à contratação livre entre trabalhadores e empregadores.

XXVI. Estes “*condicionalismos mínimos*” podem decorrer, **ou** de normas legais - estatuídas no RJRT ou noutros diplomas avulsos - **ou** de normas convencionais livremente aceites pelos respectivos representantes associativos, ou dos regulamentos de empresas, **ou** dos usos e costumes geralmente praticados (art. 1º do RJRT).

XXVII. O nº 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.

XXVIII. Donde se pode concluir que o legislador optou por um regime de hierarquia material das fontes, consagrando uma imperatividade apenas *relativa* das normas jus-laborais.

XXIX. As normas convencionais, os regulamentos das empresas e os usos e costumes geralmente praticados (art. 1º, nº 1 do RJRT), serão aplicáveis em detrimento de normas *relativamente* imperativas quando destes resultem condições mais favoráveis ao trabalhador (art. 5º do RJRT).

XXX. A doutrina e a jurisprudência têm sido claras sobre a forma como deve ser aferida a aplicação do princípio do tratamento mais favorável ao trabalhador;

XXXI. “O princípio do tratamento mais favorável (...) há-de encontrar-se na sua totalidade em sede de interpretação global das suas, normas e não meramente parcial ou específica dos preceitos em conflito que, individualmente, sejam porventura mais favoráveis”;²

XXXII. As normas decorrentes do clausulado acordado entre a A., ora Recorrida, e a R., ora Recorrente, e bem assim resultante dos usos e costumes do sector do jogo, beneficiam claramente o trabalhador.

XXXIII. O regime convencional acordado entre a Recorrente e a Recorrida afigurando-se mais favorável a este último do que o que resultaria da aplicação das regras do direito do trabalho, justifica

² Ac. STJ, de 23/07/1980, Processo nº83:BMJ,299º - 178.

por si só a derrogação das regras imperativas que impõem compensações por dias de descanso gozados, compensações por dias de descanso não gozados e bem assim o dispositivo que impõe a obrigação de pagamento de um salário justo ao trabalhador.

XXXIV. Na verdade, mesmo que se possa argumentar que o salário da Recorrida não era um salário justo, porque não tinha correspondência com a prestação laboral da Recorrida, a verdade é que, por ser trabalhador da Recorrente, beneficiava de um generoso esquema de distribuição de gorjetas que lhe permitiu, ao longo de vários anos, auferir mensalmente rendimentos que numa situação normal nunca auferiria.

XXXV. O que justifica, *de per se*, a possibilidade de derrogação do dispositivo que impõe ao empregador o dever de pagar um salário justo, pois caso a Recorrida auferisse apenas um salário justo - da total responsabilidade da Recorrente e pago na íntegra por esta - certamente que esse salário seria inferior ao rendimento total que a Recorrida, a final, auferia durante os vários anos em que foi empregado da Recorrente.

XXXVI. No caso em apreço - e, atendendo à natureza do pedido - interessava, por um lado, analisar o acordado no que diz respeito aos descansos semanal, anual e em dias de feriados obrigatórios e, por outro lado, o que acordado foi em matéria salarial e, finalmente, aferir da conformidade do acordado com as normas constantes do RJRT.

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

Assim não se entendendo e ainda concluindo:

XXXVIII. No caso em apreço, o Tribunal *a quo* não podia ter votado ao esquecimento que o trabalhador auferia rendimento em função do período de trabalho efectivamente prestado;

XXXIX. 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.

XL. Da conjugação de todas as disposições resultantes da lei - artigos 17º a 24º e 37º do RJRT não resulta claro, ao contrário do que o Mmo. Juiz *a quo* veio a considerar, que o direito ao gozo de dias de descanso semanal, anual e em feriados obrigatórios seja irrenunciável.

XLI. 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).

XLII. Não deveria a decisão ora posta em crise, ter desprezado o facto de, nem a Lei Básica, nem o Código Civil, consagrarem a

irrenunciabilidade de qualquer direito, para além do direito à vida.

XLIII. Relativamente aos feriados obrigatórios, prevê o n.º 2 do artigo 19º do RJRT que, nesses dias, “Os trabalhadores (...) devem ser dispensados da prestação de trabalho.”.

XLIV. Quanto ao descanso anual, da conjugação do n.º 1 do artigo 21º com o art. 24º, ambos do RJRT, resulta que “Os trabalhadores têm direito a seis dias úteis de descanso anual, sem perda de salário, em cada ano civil.”, sendo que “O empregador que impedir o trabalhador de gozar o período de descanso anual pagará ao trabalhador (...)” uma indemnização;

XLV. Dispõe, ainda, o n.º 5 do art. 17º do RJRT, a respeito do descanso semanal, que “A observância do direito [ao gozo, em cada período de sete dias, de um período de descanso de vinte e quatro horas consecutivas] não prejudica a faculdade de o trabalhador prestar serviço voluntário em dia de descanso semanal, não podendo, no entanto, a isso ser obrigado.” (sublinhado e negro da Recorrente);

XLVI. Consagrando a última das disposições transcritas que o trabalhador, aqui Recorrente, tinha a faculdade de prestar trabalho num dia de descanso semanal, contanto que essa opção fosse voluntária e sem que a tal possa ser obrigado pela entidade patronal, por maioria de razão, deve o disposto nesta norma ser aplicado analogicamente aos demaís direitos a descanso anual e feriados obrigatórios;

XLVII. Todas as disposições que consagram tais direitos, falam apenas em “*deve*” e “*tem direito*”;

XLVIII. Em todo o diploma que regula as Relações de Trabalho em Macau, o legislador não sugere sequer a irrenunciabilidade ao gozo de tais direitos, pelo que os mesmos têm forçosamente de se considerar renunciáveis.

XLIX. 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.

L. Se o legislador tivesse querido consagrar tais direitos como irrenunciáveis, tinha-o feito, expressamente, no texto que regula as Relações Jurídicas de Trabalho em Macau ou em qualquer outro diploma legal aplicável no domínio das relações jurídicas laborais privadas, tal como o fez o legislador do Estatuto dos Trabalhadores da Administração Pública de Macau (adiante “ETAPM”), a propósito do direito a férias, expressamente, qualificado como irrenunciável (cfr. n.º 3 do art. 80º do ETAPM);

LI. Onde, e por ter sido voluntária a prestação de trabalho em dias de descanso semanal, anual e em feriados obrigatórios (até Outubro de 2000), 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:

LII. Ao trabalhar voluntariamente - e, realce-se, não ficou em nenhuma sede provado que esse trabalho não foi prestado de forma voluntária, - em dias de descanso (sejam eles anual, semanal ou

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

- LIII. *In casu*, não tendo a Recorrida sido impedida de gozar quaisquer dias de descanso anual, de descanso semanal ou quaisquer feriados obrigatórios, o que resulta da prova produzida, mesmo admitindo que os quesitos 2º a 5º venham a ser dados como provados ao longo de toda a sua relação contratual com a STDM, forçoso é concluir pela inexistência do dever de indemnização da STDM à Recorrida.

Assim sem conceder, e ainda concluindo:

- LIV. Depois da revisão do DL 24/89/M, de 3 de Abril, operada pelo Decreto-Lei 32/90/M, a A., ora Recorrida, tinha direito a gozar um total de 64 dias de descanso remunerado (a título de descanso semanal, anual e feriados obrigatórios) e a 4 de feriados obrigatórios não remunerados, sendo que:

- o trabalho prestado nos 52 dias de descanso semanal era remunerado à razão do salário de um dia de trabalho efectivo, sem qualquer acréscimo, tal como acordado com a entidade patronal;
- o trabalho prestado nos dias de descanso anual era remunerado à razão do triplo do salário de um dia de trabalho efectivo,
- o trabalho prestado nos feriados obrigatórios remunerados era remunerado à razão do dobro do salário de um dia de trabalho efectivo;

- o trabalho prestado nos feriados obrigatórios não remunerados era remunerado à mesma razão diária do salário de um dia de trabalho efectivo;
- LV. Por outro lado, tendo já sido o dias de trabalho prestado em dia de descanso remunerados, em singelo, é forçoso que a mesma remuneração tenha de ser subtraída nas compensações devida
- LVI. Para que a decisão recorrida pudesse ter acolhimento não poderia o legislador ter distinguido entre as alíneas a) e b) do n° 6 do art. 17° RJRT!
- LVII. Apenas no caso de o n° 6 do art. 17° ter a seguinte redacção: “*O trabalho prestado em dia de descanso semanal deve ser pago pelo dobro da retribuição normal*”, sem distinção entre as alíneas a) e b), poderia a Recorrente ter sido condenada ao pagamento do dobro do salário para compensar o não gozo de dias de descanso semanal.
- LVIII. A decisão recorrida enferma de ilegalidade por errada aplicação da **al. b) do n° 6 do art. 17° e do artigo 26° do RJRT** o que, em consequência, importará, no mínimo, - admitindo tal entendimento por mera cautela de patrocínio - a revogação da parte da sentença que condenou a Recorrente ao pagamento relativo às compensações pelo não gozo dos dias de descanso semanal, que desde já se requer., R., ora Recorrente
- LIX. Não podia ainda ter perdido de vista a decisão de que se recorre que os dias de descanso anual e, bem assim, feriados obrigatórios não gozados, foram já pagos em singelo, valor esse que deverá ser deduzida a eventuais compensações devidas, pelo que violou a mesma o art. 20° e 24° do RJRT.

- LX. De acordo com a matéria de facto dada como provada, o rendimento da Recorrida enquanto empregado da Recorrente, era composto por uma importância fixa (de HK\$10 até Abril de 1995 e, a partir daqui, HK\$15), e por uma quota parte variável, correspondente ao montante de gorjetas entregues pelos clientes da Recorrente aos trabalhadores e que, por todos os trabalhadores eram distribuídas.
- LXI. Errou o Mmo. Juiz *a quo* ao ter pugnado pela injustiça do salário acordado entre as partes tendo considerado e que, por esse facto, as gorjetas deveriam ser consideradas parte integrante do salário da Recorrida.
- LXII. O que se traduz numa errada aplicação dos artigos 5º e 6º do RJRT e, bem assim, da alínea b) do nº 1 do mesmo diploma.
- LXIII. De acordo com o entendimento exposto nos dois pareceres subscritos pelos Ilustres Professores de Direito, João Leal Amado e António Monteiro Fernandes, a conclusão é idêntica, embora diferente do Tribunal *a quo*: **as gorjetas não são parte integrante do conceito de salário dos trabalhadores da STDM.**
- LXIV. Nas palavras do Professor Leal Amado, “*Não havendo unanimidade dos tribunais quanto à qualificação jurídica das ditas gorjetas [as percebidas pelos trabalhadores de casino] a corrente jurisprudencial largamente dominante é aquela que, a meu ver com boas razões, sustenta que tais gratificações não fazem parte da retribuição do trabalhador*”, referindo, como exemplo desta jurisprudência dominante, o Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, sobre esta matéria, de 8 de Julho de 1999. O Ilustre Professor refere, ainda, que “*a*

*doutrina se tem pronunciado sobre o assunto em sentido pacificamente unânime”, ou seja, no sentido de que as gorjetas não são qualificáveis enquanto quantitativo enquadrável no conceito de salário dos empregados de casino.*³

LXV. Comum na doutrina - com reflexo nos pareceres dos referidos Professores - tem sido o ponto essencial para análise da problemática da qualificação das prestações pecuniárias enquanto prestações retributivas, a questão de quem realiza a prestação.

LXVI. Neste sentido, conclui-se que a prestação será sempre retribuição quando se trate de **uma obrigação a cargo do empregador , aqui Recorrente.**

LXVII. Ora, daqui decorre a análise do *animus* da prestação que, tanto Monteiro Fernandes, como Leal Amado, acabam por discernir nos seguintes termos: nas gratificações há um *animus donandi*, ao passo que a retribuição consubstancia uma obrigatoriedade

LXVIII. Como doutamente discorreu o Professor Leal Amado: “A retribuição, repete-se, consiste numa prestação obrigatória a cargo do empregador: se a prestação em causa não é juridicamente obrigatória ou não é efectuada pelo empregador - e as gorjetas não são nem uma coisa nem outra - então não estaremos perante uma prestação de natureza retributiva”.⁴

³ O Professor aponta como defensores desta posição: Menezes Cordeiro, Bernardo Lobo Xavier, Mário Pinto, Furtado Martins, Nunes Carvalho, Pedro Romano Martinez e Júlio Vieira Gomes.

⁴ In Parecer constante de fls. 243 a 276.

- LXIX. Nem sequer o facto de a Recorrente reunir, contabilizar e distribuir as gorjetas dadas pelos seus Clientes, invalida a tese defendida.
- LXX. Não será pelo facto de incidir sobre as gorjetas imposto profissional que sejam qualificadas como salário.
- LXXI. Desde logo, porque estabelece o art. 2º da lei nº 2/78/M, de 25 de Fevereiro, 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*”.
- LXXII. É a própria norma que distingue, expressamente, gorjetas de salário.
- LXXIII. Qualifica Monteiro Fernandes expressamente as gorjetas dos trabalhadores da STDM como “*rendimentos do trabalho*”, esclarecendo que os mesmos são devidos por causa e por ocasião da prestação de trabalho, mas não em função ou como corresponsabilidade dessa mesma prestação de trabalho.
- LXXIV. Fazemos nossas as conclusões do Ilustre Professor: “*Mas a sua tributação [das gorjetas] é irrelevante para a qualificação pretendida (atribuição patrimonial da entidade patronal)*”.
- LXXV. Errou o Mmo. Juiz *a quo*, ao considerar que o facto de o salário base não ser um *salário justo*, nos termos do art. 25º do RJRT, tornava decisivo que se considerasse as gorjetas como parte integrante do salário.

LXXVI. A este propósito, retoma-se o Professor Leal Amado que com acutilância: *“Quanto à norma legal relativa ao direito a um salário justo, (...) também não poderá ser voluntaristicamente concebida como uma norma que habilite o tribunal a substituir-se à vontade dos contraentes na determinação do quantum salarial”*.

LXXVII. A norma relativa ao montante do salário justo serve, tão só, como garantia de que os trabalhadores terão, pelo menos, um rendimento do trabalho suficiente para prover as suas necessidades (art. 27º do RJRT) o que, *in casu*, manifestamente acontece, não havendo, por isso mesmo, qualquer violação do disposto no art. 25º do RJRT.

LXXVIII. É forçoso concluir que o rendimento dos trabalhadores dos casinos da STDM, proveniente das gorjetas concedidas, directamente, pelos clientes, não pode ser qualificado como prestação retributiva e, desta forma, ser levado em linha de conta no cálculo de uma eventual indemnização que os trabalhadores pudessem reivindicar da aqui R., R., aqui Recorrente.

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

Sem conceder, e concluindo:

LXXX. O Tribunal a quo deveria ter fixado eqüitativamente o valor de um salário justo em vez de optar por considerar as gorjetas incluídas no conceito de salário, salário que corresponde, grosso modo, ao salário de um técnico superior da função pública que tem, no mínimo, de estar habilitado com uma licenciatura!

Assim não se entendendo, e ainda concluindo:

LXXXI. O Mmo. Juiz *a quo* poderia ter utilizado como referência, o valor *máximo* de salário mensal para feitos de calculo da indemnização rescisória a pagar por uma entidade patronal a um qualquer trabalhador.

LXXXII. Tal montante foi fixado pelo nº 6 do art. 47º do RJRT em MOP\$ 12,000.00, valor que vigorou até 1997 e que, pela Portaria nº 254/97/M, de 15 de Dezembro, foi actualizado para a quantia de MOP\$ 14,000.00 - revisão essa que foi efectuada, tal como impõe a citada norma do RJRT, “(...) de acordo com a evolução das condições económicas entretanto verificada.”,

LXXXIII. Em última análise, um trabalhador que tenha sido despedido apenas terá direito a 168,000.00(!!!) qualquer que seja o seu salário ou período durante o qual tenha prestado!

LXXXIV. Tal montante indemnizatório deverá ser considerado como o montante máximo a que um trabalhador de Macau tem direito por rescisão unilateral do contrato de trabalho, sem justa causa, por parte do empregador.

LXXXV. Computando as gorjetas no cálculo do salário, a Recorrida, de acordo com a sentença recorrida, terá direito a um montante de MOP 202,731.00, valor muito superior ao valor máximo do montante indemnizatório - fixado pelo legislador - em caso de rescisão sem justa causa, situação em que um trabalhador poderá ver-se, de um dia para o outro, sem sustento, e sem que exista justa causa para tal, o que não foi, nem de perto nem de longe, o caso da Recorrida.

LXXXVI. O Mmo. Juiz recorrendo os critérios de justiça, na esteira o Código Civil e o RJRT deveria ter fixado um salário justo.

LXXXVII. Por todo o exposto, fez a decisão recorrida uma errada interpretação e aplicação dos artigos 1.º, 5.º, 6.º, 25.º e 26.º do RJRT, motivo pelo qual é a mesma anulável, por violação da lei.

LXXXVIII. Por outro lado, o critério utilizado pela decisão ora em crise aplicou, para efeitos de compensação a média de cada ano, e não – como se impunha, nos termos do n.º4 do art. 26.º do RJRT – a média dos últimos três meses da duração da relação contratual – (...) *trabalho efectivamente prestado* (...)."

LXXXIX. Aplicando-se o referido preceito, à matéria de facto provada não é possível aferir-se qual a média diária dos últimos três meses da relação laboral.

XC. Pelo que, a fixação do montante indemnizatório – sem prejuízo do exposto supra e aqui sem conceder – apenas em sede de execução de sentença (n.º 2 do art. 564.º do CPC), poderá apurar-se o rendimento do ora Recorrida nos últimos três meses do ano de 2002, o que, desde já, expressamente se requer.

XCI. Ainda que assim não se entenda, e se considere que o montante indemnizatório deverá ser fixado tendo em conta os últimos três meses de cada ano, sempre se dirá que da matéria de facto dada como provada, não existem elementos que permitam fixar a média diária dos últimos três meses de cada ano, durante os anos em que durou a relação laboral.

XCII. Neste contexto, deveria o Mmo. Juiz ter relegado, ao abrigo do disposto no n.º 2 do art. 564.º do CPC, a fixação do "*quantum*"

indemnizatório para posterior liquidação em execução de sentença, o que desde já, expressamente, se requer.

XCIII. Deve também nesta parte, ser a sentença revogada, decidindo V. Exas. Em conformidade.

XCIV. De igual modo, não deveria, a decisão Recorrida, ter desconsiderado o facto de mais de 5,000 então trabalhadores da Recorrente já terem aceite as gorjetas como não fazendo parte do seu salário, o que, a confirmar-se a decisão Recorrida, poderá criar nesses 5,000 então colaboradores uma enorme instabilidade e quiçá, instabilidade social que, a final, apenas poderá afectar a economia da Região Administrativa Especial de Macau e a “Paz Social” já almejada.

XCV. Os Tribunais são também garantes da ordem e da paz social, pelo que no exercício da sua actividade – máxime nas decisões que emitam – devem manter a preocupação de salvaguardar tanto a ordem como a paz social...

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.”

A autora:

- I. A R. negou à A. a possibilidade de se restabelecer fisicamente como impõem as boas regras ditadas pela higiene internacional, *maxime* a OIT de que a RAEM é subscritora. (cfr. art.40º da Lei Básica)

II. A R. impunha à A. o ritmo e horário de trabalho seguinte (repartindo-se num ciclo de três dias, voltando-se a repetir de novo após o terceiro dia):

a. Primeiro dia de trabalho:

- Entrada às 15:00 horas, saída às 19:00 horas

- Entrada às 23:00 horas, saída às 03:00 horas

b. Segundo dia de trabalho:

- Entrada às 11 :00 horas, saída às 15:00 horas

- Entrada às 19:00 horas, saída às 23:00 horas

c. Terceiro dia de trabalho

- Entrada às 07:00 horas, saída às 11 :00 horas

- Entrada às 03:00 horas, saída às 07:00 horas

III. E, quanto à prova testemunhal ouviu-se o seguinte (o que desde já se indica para efeitos de reapreciação da prova gravada):

a) No que respeita aos danos não patrimoniais da A. respondeu que “...não passava férias, fins de semana ou feriados com a família; não lhe foi autorizado férias para fazer visitas; tinha dificuldades em dormir e andava triste, ela não tinha uma horário normal de trabalho”, e esclarecendo a MI Colega respondeu que “... tinha que meter um requerimento para pedir férias; a maior parte das vezes não era autorizada; não sei quando lhe era autorizado, ou não” (testemunha D)

b) No que respeita aos danos não patrimoniais da A respondeu que “...ela nunca descansava nos fins de semana ou férias;

sim, poucas vezes com a família e os amigos, uma pessoa tinha problemas” (testemunha Kam Mun lao)

- IV. Este ritmo e horário de trabalho foi exigido à A. desde o ano de 1991 até ao ano de 2002...
- V. Semelhante situação teria que necessariamente afectar a capacidade de descanso de qualquer pessoa, em qualquer latitude do planeta Terra.
- VI. A A., como simples mortal que é, está sujeita ao Princípio da Causalidade, assim, foi afectado com tal ritmo e horário de trabalho.
- VII. Bastará ao Tribunal lançar mão ao seu poder legal de exercitar a sua capacidade presuntiva para concluir, mui doutamente, sobre os nefastos efeitos de tal horário e ritmo de trabalho na saúde da Autora e no prejuízo causado no seu relacionamento familiar e social.
- VIII. A violação de tais direitos merecem inequivocamente tutela jurisdicional nos termos da lei civil vigente. (aliás o próprio art.24º da Declaração Universal dos Direitos do Homem reconhece a toda a pessoa o “direito ao repouso e aos lazeres” e “férias periódicas pagas”)
- IX. Aliás, Jurisprudência Superior comparada ensina que “O não cumprimento por parte da entidade patronal dos deveres que a lei lhe impõe é fonte de responsabilidade civil, com obrigação de indemnizar danos não patrimoniais por efeito do art.496º do Código Civil.” (cfr. Ac, do STJ de 16/12/1987,Recurso nº820, 3º Secção)

- X. Impoe-se extrair um significado jurídico, e respectivas consequências, perante o facto de a A. ao ter sido sujeita a uma intolerável pressão no sentido de assinar um contrato de trabalho nas circunstâncias já publicamente e notoriamente conhecidas como sejam as seguintes:
- a) Apresentar à A. no seu local de trabalho um contrato já elaborado - com vários anexos - onde figurava como outorgante uma outra entidade patronal, a S.J.M.;
 - b) Exigir-se à A. a assinatura do mesmo contrato sob ameaça de represálias;
 - c) Não permitir à A. levar um exemplar para casa a fim de melhor reflectir e não lhe dando mais que umas dezenas de minutos para apôr a assinatura;
 - d) E, perante este quadro factual resumido, veio a Ré defender depois que não tinha procedido ao despedimento da Autora!
- XI. A *supra* descrita conduta é uma tentativa de Fraude à Lei, salvo devido respeito por opinião diversa, e um autêntico *venire in causa propriam* que o Direito não pode acobertar mas antes, ao contrário, censurar asperamente quem sendo uma concessionária violou, e pretende continuar a violar, direitos sociais mais elementares deixando, assim, mal visto o próprio Estado que durante décadas a deixou participar na sua Administração Indirecta.
- XII. Pois que, sendo ensinamento milenar que não se pode ser servo de dois senhores a Ré, *in concreto*, ao ter conseguido que a A.

tivesse assinado um contrato com outra entidade patronal
conseguiu alcançar o mesmo resultado por outros meios...

- XIII. Já que salta à evidência que a A. nunca poderia continuar a ser trabalhadora da STDM e, simultaneamente, trabalhadora da SJM,
- XIV. Ou seja, a actuação da R. não passa de um engodo destinado a fraudar a própria lei, já que por detrás de todo um processo cheio de formalismo escondeu-se, sub-repticiamente, um fim destinado a escapar-se das malhas do Direito.
- XV. Por outro lado, a Ré, sendo um dos maiores empórios comerciais de Macau, sabia *ab initio* que mercê da violação de direito imperativo (dever de conceder férias anuais, descanso nos feriados obrigatórios e descanso semanal) lhe acarretava o dever de indemnizar tendo conhecimento exacto da quantia devida em razão de ser assistida por credenciados juristas e contabilistas de Macau desde o início da sua concessão.
- XVI. A citação deverá ser considerada como interpelação à Ré nos exactos termos do art. 793º do Código Civil devendo, por isso, fazer nascer juros moratório a partir dessa data.
- XVII. Em rigor, o momento da constituição da mora deve ser independente da interpelação em razão do facto que lhe deu causa provir de facto ilícito praticado pela Ré. (cfr. al. b), nº2 do art.794º do C.C.)
- XVIII. Por outro lado, no presente processo intervem o princípio do *favor laboratoris* em benefício da A., o qual se encontra expresso nas seguintes leis:

- a) “O juiz deve condenar em quantidade superior ao pedido ou em objecto diverso dele quando isso resulte de aplicação, à matéria especificada ou quesitada ou aos factos de que possa servir-se nos termos do art.514º do CPC, de preceitos inderrogáveis de leis ou convenções colectivas.” (art.69º do CPT de 1963, sublinhado nosso)
- b) Consagração do Princípio do mais favorável em benefício do trabalhador. (art.5º do Dec.-Lei nº24/89/M de 3 de Abril)
- c) “O tribunal deve condenar em quantidade superior ao pedido ou em objecto diferente do dele, sempre que isso resulte da aplicação à matéria de facto de preceitos inderrogáveis das leis ou regulamentos.” (art.43º,nº3 do CPTM em vigor)

XIX. Pelo que, os juros moratórios deveriam ser contados a partir do momento do facto ilícito pelas razões supra expostas...

Nestes termos, e nos melhores de Direito, vossas Excelências., condenando a Ré ao pagamento dos danos não patrimoniais causados à A. (em quantia considerada equitativa), ao pagamento da legal indemnização rescisória e ao pagamento dos juros moratórios (emergentes da violação do dever de conceder descanso anual, feriados obrigatórios e descanso semanal à A.)

A autora não ofereceu a resposta ao recurso interposto pela Ré, enquanto ao recurso do autor a ré respondeu nos termos seguintes:

1. As matérias processuais laborais respeitantes ao período decorrido entre 20 de Dezembro de 1999 e 1 de Outubro de 2003 constituem lacunas legais; porquanto o n.º 4 do art. 4.º da Lei 1/1999 (Lei da

Reunificação), revogou o Código de Processo de Trabalho Português de 1970 e nos termos do disposto no n.º 2 do art. 3º da Lei n.º 9/2003, que aprovou o novo Código de Processo de Trabalho de Macau, este “(...) só se aplica aos processos instaurados após a data da sua entrada em vigor. “.

2. As referidas lacunas de direito adjectivo, deverão, pois, ser integradas nos termos do disposto no n.º 3 do art. 9º do Código Civil.
3. Na falta de legislação em vigor (relativamente ao referido período) referente a *casos análogos*, em face da consabida especificidade do direito processual laboral, o entendimento mais pacífico tem sido o de recorrer ao CPTP - diploma revogado - para efeitos de integração das lacunas de direito processual laboral, correspondendo aquele ao regime que o intérprete criaria se tivesse de legislar.
4. Tais disposições, poderão ser aplicadas, desde que não ponham em causa a soberania da República Popular da China e não violem o disposto na Lei Básica da RAEM, caso em que não existe razão alguma que impeça que tais disposições sejam consideradas pelo intérprete/aplicador do direito. Pelo contrário, uma vez que o retorno de Macau à Mãe Pátria, não veio alterar o espírito do sistema jurídico, anteriormente vigente em Macau, o qual se manteve, recorrer ao CPTP para integrar lacunas rebeldes à analogia, sempre será criar ou “recriar” normas *dentro do próprio espírito do sistema*.
5. Sobre esta questão, pronunciou-se o Tribunal de Segunda Instância, em sede de recurso, no âmbito do Processo n.º 136/2003. Neste

aresto considerou o Tribunal de Segunda Instância que a lei da Reunificação (lei nº 1/ 1999, de 20 de Dezembro) deve ser interpretada em consonância com o disposto no artigo 8º da lei Básica da RAEM, que fixa o **princípio geral da continuidade do ordenamento jurídico**.(cfr. Art.º 3, n.º 1 e nº 5) e que nada impede que o aplicador do direito aplique normas revogadas - enquanto tais matérias não estiverem legisladas pelos órgãos próprios da RAEM - que não ofenda os princípios da República Popular da China e nem as disposições da lei Básica.

6. No tocante à possibilidade do recurso ao Código de Processo Civil como diploma ao qual, durante o referido período, o aplicador de direito poderia recorrer como diploma análogo para efeitos de determinação de direito adjectivo aplicável refere o douto Acórdão que “(...) O CPC, como diploma processual comum, não tem nem pode ter como escopo original prever todos os casos processuais específicos que devem ser regulados, atentos aos valores e interesses jurídicos em jogo, em diplomas adjectivos especiais, de diversos ramos de direito, maxime no processo de Trabalho, no Processo Penal e no Processo Administrativo Contencioso”.
7. De acordo, ainda, com o douto Acórdão que vem sendo citado: “(...) Nesses termos, afigura-se-nos, não obstante o CPT não constar do Anexo, II da Lei de Reunificação, ser de aplicar por analogia, nos termos autorizados pelo artigo 9º, nºs 1 e 2, do Código Civil de Macau (CC)(...) a norma da segunda parte do nº 3 do artigo 3º da Lei da Reunificação, no sentido de que enquanto não for elaborada (ou, por identidade de razão, enquanto não entrar em vigor) nova legislação sobre o Processo do Trabalho, pode a Região Administrativa Especial de Macau tratar as

questões então reguladas pelo CPT, de acordo com os princípios contidos na sua Lei Básica, tendo por referência as práticas anteriores(...)",
(sublinhado nosso).

8. Deve pois concluir-se que ao presente recurso são de aplicar as regras processuais laborais constantes do Código de Processo de Trabalho Português (CPTP).
9. Nos termos do disposto no n.º 2 do art. 76º o prazo para interposição do recurso é de 20 dias e, nos termos do art. 77º do mesmo diploma, o requerimento de recurso deverá ser acompanhado das alegações.
10. Em face do exposto, e tendo em conta que a Recorrente apresentou o seu requerimento de recurso no dia 11 de Julho de 2005 e as alegações no dia 2 de Agosto do mesmo ano, afigura-se-nos bastante claro que as alegações de recurso terão sido juntas aos autos fora de prazo.
11. Termos em que, se requer a Vs. Exas. se dignem não receber as duntas alegações apresentadas pela Recorrente, e em consequência negar provimento ao recurso.

Caso V. Exa.s assim não entendam - o que não se concede e apenas se admite por mera cautela e dever de bom patrocínio - sempre se dirá:

12. Considerando que a R. nunca impediu a A. do gozo de dias de descanso, apenas não os retribuindo, conclui-se que, se a A., aqui Recorrente, os não gozou, foi porque não quis perder o salário e as gorjetas que, nesse dia de trabalho, auferiria.
13. Era sobre a A., aqui Recorrente, que recaía o ónus de provar que a R., 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).

14. 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 da A. Na verdade, 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.
15. Não ficou provado - como competia à A. provar - que os danos alegados foram *“(...) objectivamente graves e merecedores da tutela do direito e que sejam consequência adequada dos deveres contratuais por parte da entidade patronal.”* (Ac. ST J de 27.11.2002, doc. nº SJ200211270024234 in www.dgsi.pt).
16. Não sendo os danos que ficaram provados graves e, simultaneamente, merecedores de uma específica e autónoma tutela do direito, a acrescer à indemnização imposta por lei, esse dano não pode, em hipótese alguma, ser considerado uma consequência adequada dos deveres contratuais por parte da entidade patronal, na medida em que nunca a entidade patronal obstou ao gozo desses

dias, apenas, repita-se, não os remunerava, facto que também ficou provado.

17. Admitindo apenas por exclusiva cautela de patrocínio que assiste à A., aqui Recorrente, o direito a ser compensada por danos morais, o *quantum* pecuniário em que os estima é manifestamente desadequado, pelo que deverá o mesmo ser equitativa mente reduzido, sempre tendo em atenção que as condições contratuais ao abrigo das quais a A., ora Recorrente, formula o seu pedido eram do seu conhecimento e foram por si expressamente aceites aquando da sua contratação pela R., aqui Recorrida.
18. Assim não se entendendo - o que não se concede e apenas se admite por mera cautela e dever de bom patrocínio - sempre se dirá que qualquer eventual indemnização a que o Tribunal considere que a Recorrente tem direito deverá ser calculada com base no salário diário que a mesma auferia, nele não se incluindo o montante das gorjetas, como melhor se explicará
19. Não foram provados quaisquer factos relativos ao pedido de indemnização rescisória. Pelo que, nesta parte do pedido, andou bem o colectivo *a quo* ao absolver a R., aqui Recorrida, donde, deverá o recurso ser considerado improcedente, porque não provado e, consequentemente, ser mantida a decisão do Tribunal *a quo* no que respeita a esta parte.
20. Não são devidos juros de mora desde a citação, pelo que andou bem o Tribunal *a quo* ao condenar a R., aqui Recorrida, no pagamento e juros apenas a contar do trânsito em julgado. .

21. Nos termos do disposto no art. 794º do Código Civil (CC) o devedor fica constituído em mora depois de ter sido judicial ou extrajudicialmente interpelado para cumprir e a citação não é uma interpelação para cumprir.
22. Acresce que, para haver mora, deve a prestação em cause ser líquida, certa e exigível, e em rigor, tal apenas se verifica com o proferimento da sentença.
23. Neste sentido, veja-se o Acórdão do Supremo Tribunal Português, de 4/7/2005, em que se decidiu o seguinte: “Para haver mora, não basta a interpelação do devedor. II - Para que haja mora, além da culpa do devedor e, consequentemente da ilicitude do retardamento da prestação, é ainda necessário que esta seja certa, líquida e exigível. III - Não há culpa do devedor quando ele não cumpre apenas por não saber, nem ter o dever de saber qual o montante exacto da dívida. IV - Diz-se ilíquida a obrigação cuja existência é certa, mas cujo montante não está ainda fixado. V- No domínio da responsabilidade contratual, o simples facto do credor pedir quantia certa, avaliando os **danos** por sua conta e risco, não significa que a dívida se torne líquida com a petição inicial, pois só se tornará líquida com a decisão. VI - Líquido ou específico será apenas o pedido formulado, mas não a obrigação, pelo que os **juros** de mora apenas são devidos a partir da decisão Judicial que fixe o montante da indemnização. (in www.dgsi.pt, Doc. N.º JSTJ000).
24. Em face do exposto, deverá ser considerado improcedente o Recurso interposto pela Recorrente e consequentemente mantida a decisão.

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

25. De acordo com a matéria de facto dada como provada, o rendimento da A., ora Recorrente, era composto por uma importância fixa e por uma quota parte variável.
26. A parte fixa era paga pela R., ora Recorrida, e a parte variável era correspondente à quota parte da A., ora Recorrente, do total das gorjetas entregues pelos clientes da R., ora Recorrida, aos trabalhadores e que, por todos os trabalhadores eram distribuídas.
27. As gorjetas não devem ser consideradas parte integrante do salário da A., ora Recorrente.
28. Sobre esta matéria teve a R., ora Recorrida, oportunidade de juntar aos autos dois pareceres subscritos pelos Ilustres Professores de Direito, João Leal Amado e António Monteiro Fernandes, os quais, acabam por concluir que as gorjetas não são parte integrante do conceito de salário dos trabalhadores da STDM e assim da ora A., ora Recorrente.
29. A complexidade da matéria não invalida que, nas palavras do Professor Leal Amado, *“Não havendo unanimidade dos tribunais quanto à qualificação jurídica das ditas gorjetas [as percebidas pelos trabalhadores de casino] a corrente jurisprudencial largamente dominante é aquela que, a meu ver com boas razões, sustenta que tais gratificações não fazem parte da retribuição do trabalhador”*, referindo, como exemplo desta jurisprudência dominante, o Acórdão do

Tribunal da Relação de Lisboa, sobre esta matéria, de 8 de Julho de 1999.

30. O Ilustre Professor refere, ainda, que *“a doutrina se tem pronunciado sobre o assunto em sentido pacificamente unânime”*, ou seja, no sentido de que as gorjetas não são qualificáveis enquanto quantitativo enquadrável no conceito de salário dos empregados de casino.⁵
31. Comum na doutrina - com reflexo nos pareceres dos referidos Professores - tem sido o ponto essencial para análise da problemática da qualificação das prestações pecuniárias enquanto prestações retributivas, a questão de quem realiza a prestação.
32. Neste sentido, conclui-se que a prestação será sempre retribuição quando se trate de uma obrigação a cargo do empregador.
33. Acresce a este critério de qualificação um outro, que sustenta que essa mesma prestação do empregador é feita em benefício do trabalhador, a que este tem direito como contrapartida do seu trabalho.
34. Ora, daqui decorre a análise do *animus* da prestação que, tanto Monteiro Fernandes, como leal Amado, acabam por discernir nos seguintes termos: nas gratificações há um *animus donandi*, ao passo que a retribuição consubstancia uma obrigatoriedade.
35. A este propósito, e para sumarizar o que tem vindo a ser dito, parece-nos oportuno citar um trecho do douto parecer do Professor Leal Amado: *“A retribuição, repete-se, consiste numa prestação*

⁵ O Professor aponta como defensores desta posição: Menezes Cordeiro, Bemardo Lobo Xavier, Mário Pinto, Furtado Martins, Nunes Carvalho, Pedro Romano Martinez e Júlio Vieira Gomes.

*obrigatória a cargo do empregador: se a prestação em causa não é juridicamente obrigatória ou não é efectuada pelo empregador - e as gorjetas não são nem uma coisa nem outra - então não estaremos perante uma prestação de natureza retributiva”.*⁶

36. O argumento que sustenta que o quantitativo diário fixo auferido pela A., ora Recorrente, não consubstancia um salário justo, nos termos do art. 25º do RJRT e que esse facto, por si só, implica que consideremos as gorjetas como parte integrante do salário, para que este tenha de ser considerado justo, não deve proceder.
37. Com o devido respeito, tratam-se de realidades distintas.
38. A este propósito, Leal Amado é bastante assertivo: *“Quanto à norma legal relativa ao direito a um salário justo,(...) também não poderá ser voluntaristicamente concebida como uma norma que habilite o tribunal a substituir-se à vontade dos contraentes na determinação do quantum salarial”.*
39. A norma relativa ao montante do salário justo serve, tão só, como garantia de que os trabalhadores terão, pelo menos, um rendimento do trabalho suficiente para prover as suas necessidades (art. 27º do RJRT) o que, *in casu*, manifestamente acontece, não havendo, por isso mesmo, qualquer violação do disposto no art. 25º do RJRT.
40. Em face do exposto, é forçoso concluir que o rendimento dos trabalhadores dos casinos da STDM, proveniente das gorjetas concedidas, directamente, pelos clientes, não pode ser qualificado como prestação retributiva e, desta forma, ser levado em linha de

⁶ In Parecer constante de flsa.....

conta no cálculo de uma eventual indemnização que os trabalhadores pudessem reivindicar da aqui R., aqui Recorrente.

41. Do exposto se conclui que qualquer eventual indemnização que venha a ser atribuída à Recorrente deverá ser calculada tendo por base o seu salário diário fixo.

Assim não se entendendo - o que não se concede e apenas se admite por mera cautela e dever de bom patrocínio - sempre se dirá o seguinte:

42. Sem prejuízo dos recursos já interpostos da decisão que indeferiu o requerimento da prova pericial que deveria versar sobre o montante do salário justo para um trabalhador com as mesmas habilitações literárias que a Recorrida, e considerando ser despiciendo reproduzir a análise *supra* exposta do conceito de salário ou do carácter não salarial das gorjetas oferecidas pelos Clientes da Recorrente - tese comungada por diversos sectores da doutrina - e se estas estão ou não incluídas nesse conceito, sempre deverão V. Exas. sindicar o valor do salário era um salário justo ou, se ao invés, tomando em linha de consideração os diversos factores, se torna de tal forma injusto que, no limite, estar-se-á numa situação de enriquecimento sem causa.
43. Assim, e caso V. Exas. considerem injusto o salário diário pago pela ora Recorrida à recorrente, deverão V. Exa.s fixar um montante considerado justo para efeitos de salário, atendendo à realidade macaense, ao mercado de trabalho, as condições laborais e às habilitações literárias da A., aqui Recorrente.
44. Deverá recorrer-se a critérios de justiça, na esteira do que estatui o Código Civil e o RJRT:

- O artigo 2º do Código Civil determina que os usos e costumes que não forem contrários aos princípios da boa fé;
 - O RJRT tem como fonte principal os usos e os costumes.
45. Com efeito, deverão, de igual modo, V. Exa.s ter como referência, o valor *máximo* de salário mensal a utilizar para efeitos de cálculo da indemnização rescisória a pagar por uma entidade patronal a um qualquer trabalhador.
46. Um parêntesis para realçar que esta indemnização rescisória é devida nos termos do art. 47º do RJRT para os casos em que não há justa causa, i.e., para os casos em que o empregador pura e simplesmente dispensa os serviços do trabalhador que se pode ver, de um dia para o outro, na situação de desemprego!
47. Tal montante foi fixado pelo nº 6 do art. 47º do RJRT em MOP\$ 12,000.00, valor que vigorou até 1997 e que, pela Portaria nº 254/97/M, de 15 de Dezembro, foi actualizado para a quantia de MOP\$ 14,000.00 - revisão essa que foi efectuada, tal como impõe a citada norma do RJRT, “(...) *de acordo com a evolução das condições económicas entretanto verificada.*”,
48. A *ratio* da fixação desse montante máximo prende-se com a intenção do legislador em não onerar demasiado entidades patronais cujos trabalhadores auferem **rendimentos consideravelmente elevados** - pelo que tal montante tem forçosamente de ser entendido como uma referência daquilo que representa um salário excelente e que tal referência não podia, de forma alguma, ter sido menosprezada para efeitos de fixação do salário.

49. Aliás, o nº 5 do art. 47º do RJRT suporta, de forma inequívoca, a tese que vimos defendendo, visto que limita a 12 vezes o valor do salário mensal do trabalhador, isto é, em última análise, um trabalhador que tenha sido despedido apenas terá direito a MOP 168,000.00(!!!) qualquer que seja o seu salário ou período durante o qual tenha prestado!
50. Tal montante indemnizatório deverá ser considerado como o montante máximo a que um trabalhador de Macau tem direito por rescisão unilateral do contrato de trabalho, sem justa causa, por parte da entidade empregadora, ora Recorrida.

Em face de todo o exposto, deverá o recurso apresentado pela 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 seguinte factualidade:

Da Matéria de Facto Assente:

- Desde o início da década de 1960 que a Ré foi concessionária de uma licença de exploração, em regime de exclusividade, do jogos de fortuna ou azar ou jogos em casinos (*alínea A da Especificação*).

- Essa licença de exploração terminou em 31 de Março de 2002, por força do Despacho do Chefe do Executivo nº259/2001, de 18 de Dezembro de 2001. *(alínea B da Especificação)*.
- Por Despacho do Chefe do Executivo nº76/2002, foi adjudicada uma licença de exploração à Sociedade de Jogos de Macau, S.A. (SJM). *(alínea C da Especificação)*.
- A Autora começou a trabalhar para a Ré em 21 de Outubro de 1992, na área de actividade desta ligada à exploração de jogos de fortuna ou azar *(alínea D da Especificação)*.
- Na data referida na alínea anterior, a Ré pagava à Autora, a título de remuneração fixa diária a quantia de HKD\$10,00, e a partir de Maio de 1995 e até à cessação da relação laboral entre as partes , tal remuneração foi de HKD\$15,00.*(alínea E da Especificação)*.
- Além disso, a Autora, ao longo do período em que esteve ao serviço da Ré recebeu uma quota-parte, variável, do total das gorjetas entregues pelos clientes da Ré a todos os trabalhadores, cujo montante era diariamente reunido e contabilizado e, em cada dez dias, distribuído pelo Ré a todos os seus trabalhadores e de acordo com a respectiva categoria profissional. *(alínea F da Especificação)*.

* * *

Da Base Instrutória

- Englobando a remuneração fixa e a quota-parte referidas nas alíneas e) e f) da matéria de facto assente, a Autora recebeu de Ré (*resposta ao quesito 1º*) :
 - Durante o ano de 1992, a quantia de MOP\$11,774.00;
 - Durante o ano de 1993, a quantia de MOP\$56,533.00;
 - Durante o ano de 1994, a quantia de MOP\$94,722.00;
 - Durante o ano de 1995, a quantia de MOP\$118,432.00;
 - Durante o ano de 1996, a quantia de MOP\$129,852.00;
 - Durante o ano de 1997, a quantia de MOP\$124,057.00;
 - Durante o ano de 1998, a quantia de MOP\$137,417.00;
 - Durante o ano de 1999, a quantia de MOP\$124,824.00;
 - Durante o ano de 2000, a quantia de MOP\$130,824.00
 - Durante o ano de 2001, a quantia de MOP\$131,848.00 (cfr. fls. 175) (*resposta ao quesito 1º*).
- Desde o início da relação laboral entre a Autora e a Ré e até Outubro de 2000, a Autora não gozou de férias, nem de descanso semanal, nem feriados obrigatórios quando estava ao serviço da Ré e não beneficiou de qualquer acréscimo salarial (*resposta ao quesito 2º, 3º, 4º e 5º*).
- A Autora, por motivo do trabalho, estava com pouco tempo para dar acompanhamento aos seus familiares. (*resposta ao quesito 6º, 7º e 8º*)

- Nos dias de descanso semanal, anual e feriados obrigatórios a Autora trabalhou porque quis auferir os respectivos rendimentos (*resposta ao quesito 14º e 15º*).

Conhecendo.

1. Objecto do recurso

Há dois recursos, respectivamente interpostos pela autora e pela ré.

O recurso da autora restringe-se à parte da sentença onde a Ré foi absolvida, ou seja, em relação à matéria seguinte:

- não pagamento de danos não patrimoniais;
- não pagamento de indemnização rescisória;
- não pagamento de juros moratórios a contar da data de citação.

Por sua vez, a ré Sociedade de Turismo e Diversões de Macau, SARL, tal como todos os processos idênticos que correram termos neste Tribunal, trouxe para os seus fundamentos de recurso as mesmas questões, podendo embora variáveis dependentes das situações concretas, a saber:

- 1) Erro notório na apreciação da prova;
- 2) A natureza da relação jurídica contratual entre a trabalhadora e a ré;
- 3) A fixação do salário da autora, nomeadamente a função da gorjeta;

4) A compensação dos dias de descanso não gozados.

Então vejamos.

Antes de avançar, cabe decidir ainda duas questões prévias, uma sobre a (in)tempestividade da apresentação das alegações de recurso da autora e outra sobre o efeito do recurso da ré.

Vejamos.

2. (In)Tempestividade da apresentação das alegações de recurso

A ré recorrente ao responder ao recurso da autora, levantou uma questão de intempestividade do recurso, por não ter acompanhado as suas alegações recursórias logo no requerimento de recurso.

Quanto à esta questão, tendo embora a autora sido notificada da contra-alegações da ré, não se pronunciou.

Tem razão a ré.

Quanto a esta questão, já se tinha sido consignado, entre outros, no acórdão deste Tribunal de 23 de Março de 2006 no processo nº 260/2005 que aos casos deste tipo não se pode deixar de aplicar as regras do Código de Processo de Trabalho Português de 1963 que foi tornado extensivo a Macau pela Portaria nº 87/70, e, em conformidade com o preceituado no seu artº 76º, nº 2, é de 20 dias o prazo para o recurso, sendo que nos termos do artº 77º, as alegações de recurso deviam ser apresentadas “conjuntamente com o requerimento de recurso”.

Não se deixar de seguir este sentido da decisão, também para o presente caso.

E como resulta dos autos, foi a autora notificada da sentença objecto do seu recurso por via postal datada em 1 de Julho de 2005, e, em 11 de Julho de 2005, pelo requerimento de fl. 410 manifestou a sua mera vontade de interpor recurso da sentença.

Por despacho proferido em 18 de Julho de 2005, foi o recurso admitido, e notificada deste despacho por carta registada remetida em 20 de Julho de 2005, e em 02 de Agosto de 2005, apresentar as suas alegações de recurso.

Deste facto, pode-se ponderar em dois sentidos, um, por não ter o primeiro requerimento de 1 de Julho acompanhado as alegações, pode, quanto a nós, a recorrente apresentar as suas alegações no prazo de 20 dias a partir do início do prazo de recurso; outro, mesmo que se desse irrelevância do primeiro requerimento de 1 de Julho, deve a recorrente apresentar o seu novo requerimento acompanhado com as alegações.

Quer um quer outro, é manifesto que as alegações foram apresentadas em data em que já estava expirado o prazo de 20 dias, o que produz os efeitos de extemporaneidade do recurso.

Assim do mesmo não é de conhecer.

3. Efeito do recurso

O presente recurso foi admitido com efeito suspensivo pelo Mm^o Juiz *a quo*. E por despacho do relator foram as partes notificadas da

possibilidade de ser tal efeito alterado para o meramente devolutivo (fls. 571v e 573).

Pronunciando-se sobre a dita possibilidade, pede a recorrente que, caso se entenda que existiu erro na fixação do efeito do recurso, que seja a mesma notificada para prestar caução a fim de ao recurso poder ser atribuído efeito suspensivo, ou que se passe translado a remeter à 1º Instância para que aí se procedam às necessárias diligências com vista àquele efeito.

Ora, o que nos parece é que se afigura ser inútil a decisão da questão em causa, uma vez que com a decisão a proferir quanto ao objecto do recuso, deixa de subsistir o decidido na 1º Instância.

Estamos já em condição de avançar.

4. Recurso da ré

4.1. Erro notório na apreciação da prova

4.1.1. Lapso manifesto no escrito da sentença

Da sentença na parte respeitante à matéria de facto resultou um mero lapso material no escrito, constante da fl. 377 verso, onde se diz: “Desde o início da relação laboral entre a Autora e a Ré e até Outubro de 2002, a Autora não gozou de férias, nem de descanso semanal, nem feriados obrigatórios quando estava ao serviço da Ré e não beneficiou de qualquer acréscimo salarial (resposta ao quesito 2º, 3º, 4º e 5º)”, deve ler-se, em conformidade com a decisão do Tribunal Colectivo do Tribunal *a quo* de fl. 324 verso:

“Desde o início da relação laboral entre a Autora e a Ré e até Outubro de 2000, a Autora não gozou de férias, nem de descanso semanal, nem feriados obrigatórios quando estava ao serviço da Ré e não beneficiou de qualquer acréscimo salarial (resposta ao quesito 2º, 3º, 4º e 5º)”.

Avancemos.

Em primeiro lugar, a recorrente impugnou a decisão de matéria de facto na resposta aos quesitos nºs 2 a 5, 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.

Dispõe este artigo que:

“Artigo 629º (Modificabilidade da decisão de facto)

1. A decisão do tribunal de primeira instância sobre a matéria de facto pode ser alterada pelo Tribunal de Segunda Instância:

a) Se do processo constarem todos os elementos de prova que serviram de base à decisão sobre os pontos da matéria de facto em causa ou se, tendo ocorrido gravação dos depoimentos prestados, tiver sido impugnada, nos termos do artigo 599.º, a decisão com base neles proferida;

b) Se os elementos fornecidos pelo processo impuserem decisão diversa, insusceptível de ser destruída por quaisquer outras provas;

c) Se o recorrente apresentar documento novo superveniente e que, por si só, seja suficiente para destruir a prova em que a decisão assentou.

2. No caso a que se refere a segunda parte da alínea a) do número anterior, o Tribunal de Segunda Instância reaprecia as provas em que assentou a parte impugnada da decisão, tendo em atenção o conteúdo das alegações de recorrente e recorrido, sem prejuízo de oficiosamente atender a quaisquer outros elementos probatórios que tenham servido de fundamento à decisão de facto impugnada.

3. O Tribunal de Segunda Instância pode determinar a renovação dos meios de prova produzidos em primeira instância que se mostrem absolutamente indispensáveis ao apuramento da verdade, quanto à matéria de facto objecto da decisão impugnada, aplicando-se às diligências ordenadas, com as necessárias adaptações, o preceituado quanto à instrução, discussão e julgamento na primeira instância e podendo o relator determinar a comparência pessoal dos depoentes.

4. Se não constarem do processo todos os elementos probatórios que, nos termos da alínea a) do n.º 1, permitam a reapreciação da matéria de facto, pode o Tribunal de Segunda Instância anular, mesmo oficiosamente, a decisão proferida na primeira instância, quando repete deficiente, obscura ou contraditória a decisão sobre pontos determinados da matéria de facto ou quando considere indispensável a ampliação desta; a repetição do julgamento não abrange a parte da decisão que não esteja viciada, podendo, no entanto, o tribunal ampliar o julgamento de modo a apreciar outros pontos da matéria de facto, com o fim exclusivo de evitar contradições na decisão.

5. Se a decisão proferida sobre algum facto essencial para o julgamento da causa não estiver devidamente fundamentada, pode o Tribunal de Segunda Instância, a requerimento da parte, determinar que o tribunal de primeira instância a fundamente, tendo em conta os depoimentos gravados ou escritos ou repetindo a produção da prova, quando necessário; sendo impossível obter a fundamentação com os mesmos juizes ou repetir a produção da prova, o juiz da causa limita-se a justificar a razão da impossibilidade."

E por sua vez dispõe o artigo 599º (Ónus do recorrente que impugne a decisão de facto) que:

“1. Quando impugne a decisão de facto, cabe ao recorrente especificar, sob pena de rejeição do recurso:

a) Quais os concretos pontos da matéria de facto que considera incorrectamente julgados;

b) Quais os concretos meios probatórios, constantes do processo ou de registo nele realizado, que impunham, sobre esses pontos da matéria de facto, decisão diversa da recorrida.

2. No caso previsto na alínea b) do número anterior, quando os meios probatórios invocados como fundamento do erro na apreciação da prova tenham sido gravados, incumbe ainda ao recorrente, sob pena de rejeição do recurso, indicar as passagens da gravação em que se funda.

3. Na hipótese prevista no número anterior, e sem prejuízo dos poderes de investigação oficiosa do tribunal, incumbe à parte contrária indicar, na contra-alegação que apresente, as passagens da gravação que infirmem as conclusões do recorrente.

4. O disposto nos n.os 1 e 2 é aplicável ao caso de o recorrido pretender alargar o âmbito do recurso, nos termos do n.º 2 do artigo 590.º”

Os quesitos nº 2 a 5 textuaram-se o seguinte:

“2º - Enquanto estive ao serviço da ré, o autor nunca gozou férias?

3º - Nem chegou a gozar qualquer dia de descanso semanal?

4º - E passou todos os feriados obrigatórios a trabalhar?

5º Sem que tenha recebido qualquer acréscimo salarial pelo trabalho prestado nos dias de férias descanso semanal e feriados obrigatórios?

Com a matéria contida nestes quesitos o Tribunal veio dar como provado os quesitos 2 a 5 que “[d]esde o início da relação laboral entre a Autora e a Ré e até Outubro de 2000, a Autora não gozou de férias, nem de descanso semanal, nem feriados obrigatórios quando estava ao serviço da Ré e não beneficiou de qualquer acréscimo salarial” (fl. 324 verso).

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 a resposta ao quesito nº 2 a 5, não se verificam qualquer “deficiência, obscuridade ou contradição” a que cabe à eventual censura do Tribunal de recurso.

4.2. 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).⁷

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.⁸

Dos factos provados nos autos, não haverá dúvida que entre a trabalhadora e a ré, nomeadamente conforme o que resulta dos seguintes factos, a relação laboral:

⁷ Acórdão deste Tribunal de 2 de Março de 2006 do processo nº 155/2005.

⁸ Vide o Direito Laboral, 2.º tomo, contrato de trabalho fls. 40 a 44, 2.º volume, escrito pelo Sr. Pedro Romano Martinez

- A autora começou a trabalhar para a Ré em 21 de Outubro de 1992 (*alínea D da Especificação*).
- Na data referida na alínea anterior, a ré pagava à autora, a título de remuneração fixa diária a quantia MOP\$10.00 e a partir de Maio de 1995 e até à cessação da relação laboral entre as partes, tal remuneração foi de HKD\$15.00 (*alínea E da Especificação*).
- a Autora, ao longo do período em que esteve ao serviço da Ré recebeu uma quota-parte, variável, do total das gorjetas entregues pelos clientes da Ré a todos os trabalhadores, cujo montante era diariamente reunido e contabilizado e, em cada dez dias, distribuído pelo Ré a todos os seus trabalhadores e de acordo com a respectiva categoria profissional. (*alínea F da Especificação*).

Pelos factos de, entre a trabalhadora e a ré, existência duradosa e constante da relação remunerada e com horário determinado, não deixa de integra a relação laboral.

Nos recentes 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 processos nº s 260/2005, 17/2006, 93/2006 e 241/2005.

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.

Assim, é de improceder o recurso nesta parte.

4.3. Salário Justo

A Declaração Universal dos Direitos do Homem estabelece no artigo 23º n.º 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 Culturais⁹, 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

⁹ Aprovada para ratificação pela Lei n.º 45/78, de 11 de Julho.

trabalho não inferiores àsquelas 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*”.

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).¹⁰

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”.¹¹

¹⁰ Vide António de Lemos Monteiro Fernandes, *Direito do Trabalho*, 9ª edição, Coimbra, p.373, 374.

¹¹ 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:

“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;

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

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)

estabelecidas ou observadas entre os empregadores e os trabalhadores, com origem em normas convencionais, em 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.¹²

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*

¹² Vide António de Lemos Monteiro Fernandes, Direito do Trabalho, 9ª edição, Coimbra, p. 384 e ss.

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;
- 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. ...”

Este Acordo 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.¹³

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 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.

¹³ Acórdão deste TSI de 12 de Dezembro de 2002 do processo nº 123/2002.

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.

Com os factos dados como provados, acima transcritos, nomeadamente os da existência do contrato de trabalho e do acordo sobre a fixação do salário, há que concluir aquilo que o trabalhador em causa recebia é salário nos termos do artigo 25º do D.L. nº 24/89/M.

Pelo que, a dita gorjeta integra no salário da 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 da Autora 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 a trabalhadora não tinha gozo.

4.4. Os dias de descanso

Estes dias de descanso são compostos pelo descanso semanal, anual e feriados obrigatórios.

Está provado, como acima relatado, que:

- Englobando a remuneração fixa e a quota-parte referidas nas alíneas e) e f) da matéria de facto assente, a Autora recebeu de Ré (*resposta ao quesito 1º*) :

- Durante o ano de 1992, a quantia de MOP\$11,774.00;
 - Durante o ano de 1993, a quantia de MOP\$56,533.00;
 - Durante o ano de 1994, a quantia de MOP\$94,722.00;
 - Durante o ano de 1995, a quantia de MOP\$118,432.00;
 - Durante o ano de 1996, a quantia de MOP\$129,852.00;
 - Durante o ano de 1997, a quantia de MOP\$124,057.00;
 - Durante o ano de 1998, a quantia de MOP\$137,417.00;
 - Durante o ano de 1999, a quantia de MOP\$124,824.00;
 - Durante o ano de 2000, a quantia de MOP\$130,824.00
 - Durante o ano de 2001, a quantia de MOP\$131,848.00 (cfr. fls. 175) (*resposta ao quesito 1º*).
- Desde o início da relação laboral entre a Autora e a Ré e até Outubro de 2000, a Autora não gozou de férias, nem de descanso semanal, nem feriados obrigatórios quando estava ao serviço da Ré e não beneficiou de qualquer acréscimo salarial (*resposta ao quesito 2º, 3º, 4º e 5º*).

Perante esta factualidade, podemos ver, o Colectivo também referiu o salário da trabalhadora à tabela constante da fl. 175 dos autos, tabela esta que se demonstrava o rendimento total da trabalhadora durante o período em que dava serviço à ré (1992 a 2002), e com base da qual a sentença *a quo* proferiu a sua decisão ora recorrida.

Como a recorrente não impugnou a condenação respeitante à parte de 2001 e 2002, não será de alterar a condenação respeitante à parte não correspondente à matéria de facto, ao abrigo do princípio do dispositivo.

Vejamos agora os respectivos dias de descanso.

Descanso semanal

O D.L. nº 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.

Dispõe o artigo 17º do D.L. nº 24/89/M 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.”

Nesta conformidade, a sentença considerando que, não distinguindo os âmbitos dos diplomas aplicáveis, a trabalhadora já tinha recebido o salário mensal, o acréscimo salarial de um dia de descanso só devia multiplicar um do seu salário diário médio.

Mas, não é correcto.

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

Pelo que, chega-se aos seguintes mapas referentes ao trabalho prestado no âmbito do D.L. nº 24/89/M:

Descanso Semanal

Ano	Dias de descanso vencidos e não gozados (A)	Salário média diário (Pataca) (B)	Montante da indenização (Pataca) $A \times B \times 2$
21/10-12 1992	10	32	640
1993	52	155	16120
1994	52	260	27040
1995	52	324	33696
1996	52	356	37024
1997	52	340	35360

1998	52	376	39104
1999	52	340	35360
2000	52	358	37232
2001	38*	361	27436
2002	21*	197	8274
Total→			MOP\$297.286,00

* Apesar de não ter qualquer elemento fáctico assente comprovar este dias, a sentença condenou menos dias de descanso seminal, mas não se pode alterar ao abrigo do princípio proibição de *reformation in pejus*.

Porém, como o montante fixado pelo Tribunal *a quo* tanto não foi superior ao ora atribuído como não foi excesso ao pedido da autor nesta parte, não será necessário fazer essa dedução, por não violar o princípio de proibição da condenação no excesso ao pedido.

Por outro lado, como não recorreu o autor, não deve alterar o montante condenado pelo Tribunal *a quo*, ao abrigo do princípio do dispositivo, ou seja, mantém-se inalterado o montante condenado em MOP\$148.643,00.

Nesta parte nega-se provimento ao recurso.

Descanso anual

Quanto à compensação por trabalho prestado em período de descanso anual no âmbito do D.L. nº 24/89/M, com o “triplo da retribuição normal”, (cfr. artº 24º).

Mas a sentença recorrida fixou o montante de compensação dos dias de descanso anual com o factor de multiplicação em dobro para todos os anos, por ter entendido que a trabalhadora já tinha recebido, para os mesmos dias o salário normal (ou seja aqueles já integram no salário mensal).

Quanto ao período da vigência do D.L. nº 24/89/M, embora o resultado se apresente igual, a razão devia ser outra. Aqui, acolhe-se as 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, pois ficou provado que foi a trabalhadora quis tais dias de descanso anual.

Pelo que, chega-se aos seguintes mapas referentes ao trabalho prestado no âmbito do D.L. nº 24/89/M.

DESCANSO ANUAL

Nos termos do Decreto-Lei nº 24/89/M			
Ano	Dias de descanso vencidos mas não gozados (A)	Salário médio diário (pataca) (B)	Montante da indemnização (Pataca) (A x B x 2)
21/10-12 1992	1	32	64
1993	6	155	1860
1994	6	260	3120
1995	6	324	3888
1996	6	356	4272
1997	6	340	4080
1998	6	376	4512
1999	6	340	4080
2000	6	358	4296
2001	6	361	4332
2002	3.5	197	1379
Total →			MOP\$35.883,00

Assim o montante total de compensação para os dias de descanso anual conta-se em MOP\$35.883,00.

Nesta parte, impõe-se também improceder o recurso da Ré ora recorrente, devendo assim manter-se a sentença recorrida nesta parte que lhe fixou um montante de compensação em MOP\$35.883,00.

Feriado obrigatório

Finalmente, quanto à compensação pelo trabalho prestado em dias de “feriado obrigatório”, entendeu-se que, pelo que prestou no período de vigência do D.L. nº 24/89/M, devia ser compensado com o “triplo da retribuição normal”, considerando-se, dois dias no ano de 1989, (os feriados dos dias 1 de Maio e 1 de Outubro), e seis dias nos restantes anos, (1 de Janeiro, três dias por ocasião do “Ano Novo Chinês”, e os referidos 1 de Maio e 1 de Outubro).

Cremos ser essencial que a lei fala, distintamente das disposições quanto ao descanso semanal, o trabalho prestado pelos trabalhadores nos dias de feriado obrigatório, 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 gozo das férias anuais, sendo sempre mais censurável a violação deste direito do que o não gozo voluntário do descanso anual”.

Adoptando-se aqui tal entendimento, e atenta a matéria de facto dada como provada, chega-se ao mapa seguinte:

FERIADOS OBRIGATÓRIOS

Ano	Dias de descanso vencidos e não gozados (A)	Salário médio diário (Pataca) (B)	Montante da indemnização (Pataca) (A x B x 3)
21/10-12 1992	0	32	0
1993	6	155	2790

1994	6	260	4680
1995	6	324	5832
1996	6	356	6408
1997	6	340	6120
1998	6	376	6768
1999	6	340	6120
2000	6	358	6444
2001	6	361	6498
Total→			MOP\$51.660,00

Decidida estas partes, com a excepção da dedução do montante atribuído à compensação dos dias de descanso anual, é de se manter os restantes montantes, pois que, por um lado, não tendo a trabalhadora recorrido da decisão proferida, tem este Tribunal que respeitar o princípio do dispositivo, e por outro lado, não se pode alterar a decisão em prejuízo da recorrente dos presentes autos – princípio da proibição de *reformatio in pejus*.

Nesta conformidade, e na improcedência do recurso, confirmam-se os montante compensatórios fixados a título de trabalho prestado em dia de descanso semanal (MOP\$148.643,00), de descanso anual de (MOP\$35.883,00) e de feriado obrigatório (em MOP\$18,205.00).

Pelo exposto, acordam nesta Tribunal de Segunda Instância em não conhecer do recurso interposto pela autora A e negar provimento ao recurso da ré, nos exactos termos acima consignados.

Custas do recurso da autora pela autora recorrente e do recurso da ré pela STDm pela ré.

Macau, aos 15 de Junho de 2006

Choi Mou Pan

José M. Dias Azedo, (nos termos da 1.^a parte da declaração de voto que juntei ao acórdão de 02.03.2006, Proc. n.º 234/2005)

Lai Kin Hong