

Recurso n° 123/2002

Data: 12 de Dezembro de 2002

- Assuntos: - Processo contravencional
- Decisão irrecurável
 - Fixação oficiosa da indemnização pelos danos
 - Salário do trabalhador
 - Contrato de trabalho
 - Designação do salário
 - Acordo de fixação do salário

Sumário

1. Em princípio, é recorrível qualquer decisão judicial cuja irrecurribilidade não estiver prevista na lei. Quando a lei dispõe que no processo contravencional, como no processo penal sumário, só é recorrível a decisão final e o despacho que puser termo à causa, isto não pode deixar de ser uma exclusão específica legal do recurso.
2. No processo contravencional não é admissível a intervenção de assistente ou de parte civil, tendo em conta que o legislador pretende uma redução ao mínimo dos actos e termos do julgamento, que se limitarão ao indispensável ao conhecimento e boa decisão da causa.
3. É improcedente a imputação à sentença a violação do disposto no artigo 388º n° 1 do C.P.P., uma vez não se

verifica que o trabalhador envolvido não tenha deduzido qualquer pedido da constituição com assistente nem qualquer pedido de indemnização civil.

4. É sempre admissível que no processo contravencional o Tribunal arbitre oficiosamente uma quantia como reparação pelos danos causados.
5. No nosso direito laboral, entende-se por salário toda e qualquer prestação, susceptível de avaliação em dinheiro, seja qual for a sua designação ou forma de cálculo, devida em função da prestação de trabalho e fixada ou por acordo entre empregador e trabalhador, ou por regulamento ou norma convencional ou por norma legal, pelo 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.
6. O pagamento da retribuição, salário ou vencimento (nomes estes que são indistintamente usados) pressupõe a existência de um contrato de trabalho, pelo qual a entidade patronal está obrigado a pagar ao trabalhador a contrapartida a título de retribuição em virtude dos 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.

7. A lei não define 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.

O Relator,

Choi Mou Pan

Recurso n° 123/2002

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

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

No processo n° LTG-004-02-6 junto do Tribunal Judicial de Base, o Ministério Público, com base no Auto de Notícia elaborado pela Direcção dos Serviços de Trabalho e Emprego, acusou, nos termos do artigo 370° n° 3 do Código de Processo Penal, contra a Sociedade de Turismo e Diversões de Macau pela prática de:

- Uma contravenção p. e p. pelo artigo 47° n° 4, artigo 50°, n° 1, b) do D.L. n° 24/89/M,
- Uma contravenção p. e p. pelo artigo 47° n° 2, artigo 50°, n° 1, c) do D.L. n° 24/89/M, com o pedido de indemnizar o trabalhador ofendido (A) pela quantia que lhe devia.

Realizada a audiência de julgamento, o Tribunal decidiu julgar a acusação integralmente procedente por provada e, conseqüentemente, condenou a arguida Sociedade de Turismo e Diversões de Macau:

- na multa de MOP\$7.500,00, pela prática de cada uma das contravenções previstas, respectivamente, no art° 47°, n° 4,

alínea h), nº 5 e 6 e artº 47º, nº 2 do Decreto-Lei nº 24/89/M, de 3 de Abril, e ambas puníveis no artº 50º, nº 1 alínea b) do mesmo diploma legal;

- em cúmulo, na multa de MOP\$15.000,00, inconvertível em prisão;
- a pagar ao trabalhador (A) a quantia de MOP\$175.025,60, com juros de mora à taxa legal desde 4 de Junho de 2001, resultante da indemnização rescisória e compensação pecuniária correspondente aos 15 dias de aviso prévio devidos ao referido trabalhador.
- e as custas do processo com taxa de justiça.

Inconformada com a decisão, recorreu a STDM, para alegar, em síntese, o seguinte:

- “1. O actual regime do processo contravencional não permite a condenação em quaisquer outras quantias que não sejam o montante das multas, imposto de justiça e custas.
2. Com a revogação do Código de Processo de Trabalho, o actual regime do processo contravencional, previsto nos arts. 380º a 388º do Código de Processo Penal, deixou de admitir a dedução de pedido cível neste âmbito.
3. O art. 388º, nº1, expressamente afasta a intervenção de “assistente ou de parte civil” no processo contravencional.

4. Mesmo que se entendesse que no âmbito do processo contravencional seria admissível, ao abrigo do disposto no art. 70 do CPP¹, deduzir pedido cível sempre o caso dos autos não se subsumiria a este normativo;
5. Na verdade, neste artigo estão previstas situações em que o direito à indemnização emerge do próprio acto ilícito.
6. Ora, no caso dos autos, o dever de indemnizar emerge tão só da convergência do enquadramento legal do art. 47º do Decreto-Lei nº 24/89/M, de 3 de Abril, com a decisão da empresa em despedir o trabalhador, e não já do comportamento transgressional: ausência do pagamento das quantias que eram devidas.
7. Neste enquadramento, forçoso é concluir que a decisão crise fez incorrecta aplicação dos arts. 70º, 380, 384º, 388, nº1, todos do CPP.
8. Como corolário das conclusões anteriores a Decisão Recorrida violou o disposto nos arts. 381º¹ e 385º^a nº1² do CPP. pelo facto do Julgador ter condicionado, de forma claramente ilícita, o exercício do direito processual que assiste à Recorrente de proceder ao pagamento da multa pelo mínimo e, concomitantemente, de se eximir ao julgamento, nos termos previstos no referido nº1 do art. 385º do CPP. e, ainda, fez depender a faculdade do pagamento de \$2.500¹, do prévio pagamento de \$ 175.025,60.

9. Independentemente da natureza das gorjetas a decisão em crise deverá ser revogada e substituída por outra que permita à Recorrente proceder voluntariamente ao pagamento da multa pelo mínimo, como já manifestou o desejo.
10. A questão da indemnização devida ao trabalhador deve ser discutida em sede de acção judicial cível, por ser essa a sede própria.
11. Não foi provado na sentença que o as gorjetas eram propriedade da Recorrente e que eram devidos por esta ao trabalhador como contrapartida dos serviços prestados pelo trabalhador. Estas seriam as premissas essenciais para a conclusão a que o Julgador chegou. Falhando essas premissas falharia, como efectivamente falhou a conclusão.
12. Só pode ser englobado no salário aquilo que o trabalhador tem direito, por título contratual e normativo e que portanto corresponde a um dever da entidade patronal. Excluem-se assim as gratificações e liberalidades extraordinárias. O salário é um direito dirigido contra a entidade patronal, o que faz excluir do seu conceito de retribuição as importâncias correspondidas por terceiros.
13. O salário é a contrapartida do trabalho prestado pelo trabalhador à entidade patronal. É o trabalho a prestar a causa determinante da retribuição sendo as duas prestações de

carácter correspectivo e sinalagmático (artigo 1079º do CC, 26º do RJLM).

14. O carácter de correspectividade da retribuição faz excluir do seu campo certas atribuições patrimoniais que não têm causa no serviço prestado, e em que não está presente a causa-função de troca, entre a entidade patronal e o trabalhador, de serviços por dinheiro.
15. A gorjeta tem causa função na satisfação do cliente, por ter ganho.
16. Ficou provado que a quantia variável era proveniente do dinheiro recebido dos clientes dos casinos. Não era pois dinheiro da entidade patronal mas donativos (prestações com “animus donandi”) dos clientes dos casino, dependentes pois do espírito de generosidade desses mesmos clientes. É facto notório que quando se dá gorjetas nos casinos estas se destinam aos trabalhadores dos casinos e não ao proprietário ou explorador dos casinos.
17. Se num contrato de trabalho se contemplam duas formas de remuneração, e a possibilidade do trabalhador receber gratificações de terceiro, surgem duas relações jurídicas distintas, sendo uma entre o trabalhador e a entidade patronal e a outra entre aquele trabalhador e o terceiro. Esta ultima caracteriza-se por um negocio jurídico unilateral, em que o gratificante manifesta, unilateralmente e executa a vontade de

transmitir ao gratificado um certo valor, e nenhuma relação jurídica ocorre entre a entidade patronal e o terceiro, que presta a gratificação e que o autoriza a vincular a entidade patronal a determinada prestação a favor do trabalhador. Tanto bastaria para que não se pudesse vincular a entidade patronal ao pagamento das “gorjetas”, por carência de suporte jurídico.

18. Não fixando a lei de Macau um salário mínimo as partes gozam de ampla liberdade na fixação dos salários.
19. A fixação do salário no caso dos presentes autos tem em conta a especificidade e a prática do trabalho nos casinos onde os trabalhadores esperam auferir uma gratificação paga por terceiro: as referidas gorjetas.
20. Ficou provado que “as gorjetas recebidas são colocadas, por ordem da entidade patronal, numa caixa “destinada exclusivamente para esse efeito, e são contados diariamente também por funcionários incumbidos pela entidade empregadora, sob vigilância da Direcção de Inspeção e Coordenação de jogos, a fim de serem distribuídos de 10 em 10 dias aos diversos empregados, consoante a percentagem anteriormente fixada pela entidade empregadora”.
21. Quer isso dizer que há uma nítida intenção de separar as gorjetas das receitas da entidade patronal já que as mesmas não se destinam a entidade patronal mas sim aos trabalhadores e o apuramento também é comunicado cada 10 dias de turno dos

trabalhadores à respectiva Associação da União de Amizade dos Trabalhadores da STDM, para que esta Associação tenha controle de como a distribuição é feita.

22. O facto de as gorjetas não serem recebidas directamente pelos trabalhadores e de serem distribuídas de 10 em 10 dias prende-se com o a necessidade de se garantir o correcto funcionamento dos Casinos, com os elevados montantes envolvidos, sendo necessária a estruturação e a formalização da recolha e distribuição das gorjetas, sem que por isso se descaracterize a sua natureza de liberalidade de terceiros..
23. Relevante é a natureza da atribuição das gorjetas e não quem as recebe. A circunstância de trabalhadores que não estão em contacto directo com os clientes receberem "gorjetas" não invalida a natureza das atribuições em causa, que se identificam mais por "quem dá" do que "por quem recebe". O quem recebe resulta de um critério de distribuição, critério esse que é sempre contestável, como aliás todos os critérios.
24. De um ponto de vista orgânico não há dúvida de que os empregados do Casinos representam um "todo", resultando da conjugação da sua actividade o funcionamento das salas de jogo o que, ultimamente, gerará nos clientes seus utilizadores, a decisão de dar gorjetas.
25. O facto da Recorrente participar à DSF, para efeitos de liquidação e cobrança de imposto profissional, que no valor

sujeito referido imposto está igualmente incluída a quantia de gorjetas de modo nenhum altera a natureza dessas gratificações uma vez que também as gratificações, face ao Regulamento do Imposto Profissional de Macau estão sujeitos à tributação (artigo 3º nº 1 e 6º, nº 3, al. b) do RIP)

26. Com efeito, é precisamente pelo facto de o trabalhador contar com extras ao seu salário - que são as gorjetas - é que o mesmo aceita o salário reduzido e portanto concorda com o contrato naquelas condições. Assim o trabalhador aceita o contrato, não tanto pelas condições salariais mas por aquilo que poderá vir a receber de terceiros.

27. Por outro lado, como já se disse, a consagração de um salário reduzido não viola nenhuma regra legal imperativa pois não há um salário mínimo. Assim, no caso, a fixação de um salário reduzido serve antes ao interesse, legítimo de ambas as partes: A do empregador porque gasta menos com os custos de pessoal; A do trabalhador porque embora auferindo um baixo salário, terá em compensação as gorjetas dos clientes que lhe assegura um rendimento razoável.

28. Assim a entidade patronal não poderá tornar-se responsável por um benefício que não é contrapartida da prestação de trabalho nem é devida por ele, mas que advém exclusivamente, da generosidade de terceiros, como Clientes dos Casinos;

29. Pressuposto essencial da obrigação de incluir o montante das gorjetas no cômputo de eventual indemnização por despedimento sem justa causa, seria a de que os montantes recebidos pelo trabalhador fossem uma atribuição patrimonial efectuada pelo empregador, o que não é o caso.
30. As gorjetas não podem ser confundidas com outras formas de remunerações, que se enquadram dentro das remunerações acessórias, quantias fixas e continuas, tais como abonos, ajudas de custo, subsidio de refeição, subsídios de transporte, abonos para falhas, etc., pois esses são devidos pela entidade patronal e resultam do contrato;
31. A decisão em recurso resulta do facto de se ter confundido e equiparado as gratificações devidas pela entidade patronal com gorjetas prestadas por terceiros;
32. Demonstra-nos isso o excerto que, de forma incompleta, se reproduziu das lições do Professor Lobo Xavier, tendo por objecto o conceito de gratificação, nas suas diversas vertentes, mas quando realizada pela entidade patronal Isto é, no excerto não são objecto de análise as gratificações realizadas por terceiros, que é, precisamente, o caso em apreciação nos presente autos. Com efeito, o art. 88º da LCT refere-se apenas a gratificações da entidade patronal.
33. Aliás, no parágrafo imediatamente a seguir ao excerto do Professor Lobo Xavier reproduzido na sentença, se conclui, sem

reservas, que quando as gratificações são pagas por terceiros não serão considerados como retribuição.

34. No mesmo sentido vai toda a doutrina portuguesa que pode ser assim resumida: “... sempre que o trabalhador receber prestações de terceiros não se estará perante uma retribuição, e é o caso típico das gorjetas que muitas vezes, correspondem a um acréscimo significativo, mas não se enquadram na noção de retribuição, porque estão para além do sinalagma contratual.” (vide Prof. Pedro R. Martinez, ob. cit)

35. Também os acórdãos citados na sentença o foram impropriamente, pois têm, por objecto, igualmente, situações de gratificações atribuídas pela entidade patronal e não já de terceiros, e o Acórdão reproduzido na Sentença com o nº 94254 constituirá um caso inédito e uma clara excepção à linha jurisprudencial mais recente que entende que as gratificações dos trabalhadores dos casinos não fazem parte do conceito de retribuição por serem realizadas por terceiros.

36. Provam isso os acórdãos acima citados no texto e que se dão como reproduzidos.

37. Ora, a realidade dos autos - tirando a diferença decorrente da inexistência, em Macau, de um diploma legal que regule o processo de depósito e distribuição das gorjetas/gratificações, embora exista uma reiterada prática/costume que cumpre, substancialmente função idêntica - tem claras semelhanças com

a descrita neste Acórdão, pelo que deverá merecer o mesmo enquadramento jurídico.

38. Dever-se-á, pois, concluir que as gorjetas auferidas pelo trabalhador consistem em meras liberalidades prestadas por terceiros, pelo que não são enquadráveis no conceito do seu salário, tal como este vem definido nos arts. 25º e 26 da RJLR.
39. Em consequência, o cálculo da indemnização a que o trabalhador tem direito, nos termos do art. 47º da RJLR, deverá ter com referência a média do salários acordados entre a entidade patronal e o trabalhador, auferidos nos meses de Março, Abril e Maio de 2001, no valor, respectivamente, de 420, 450 e 390 patacas.
40. Assim, ao ter também considerado a média do valor das gorjetas, a decisão em crise fez errada aplicação dos arts. 25º, 26º e 27º da RJLR, nos termos sobreditos, com manifesta violação dos mesmos.”

Pedi que se desse provimento ao recurso, revogando a decisão recorrida e absolvendo a recorrente quer das multas quer da condenação no pagamento da indemnização ali fixada.

Do recurso, respondeu o Ministério Público que contra-alegou, em síntese, o seguinte:

1. A Lei Básica da Região Administrativa Especial de Macau, prevê o princípio de continuidade em geral, e o princípio de

continuidade do sistema jurídico em particular, ao abrigo do art. 8º.

2. À luz deste princípio, as normas e conceitos de um código revogado pela Lei de Reunificação, podem ser aplicados perante uma lacuna legislativa sem qualquer outro meio de suprimento.
3. E tem sido esta a prática dos tribunais de primeira instância do Ministério Público bem como do Tribunal de Segunda Instância.
4. Pelo que o art. 181º do Código de Processo de Trabalho que permite a dedução de pedido cível junto dos autos de transgressão laboral é aplicável.
5. Antes e durante a audiência do julgamento a Recorrente requereu o pagamento voluntário da multa bem como da dívida ao trabalhador mas num valor diverso do dos autos.
6. Esta divergência toca já a questão de fundo da contravenção, o que só poderia ser resolvido com a realização do julgamento, pelo que o indeferimento é perfeitamente correcto.
7. Por outro lado, o próprio condicionamento do pagamento voluntário da multa pelo pagamento da dívida ao trabalhador é legal, nos termos dos no.s 1 e 5 do art. 13º do D.L. no. 60/89/M, de 18 de Setembro - Regulamento da Inspeção do Trabalho.
8. As “gorjetas” em causa, pela sua desproporção ao salário, pela indisponibilidade do trabalhador que recebe do cliente, pela

forma e critério de distribuição, pelo direito de receber dos funcionários sem contacto com o público, pela diferença paga a trabalhadores de diversa hierarquia, e pelo enquadramento indiferenciado no rendimento pela própria entidade patronal para efeitos de pagamento de imposto profissional, não podem revestir de outro carácter senão parte integrante do salário.

Nesta Instância, a Digna Procurador-Adjunto apresentou o seu douto parecer, que se transcreve o seguinte:

“Sociedade de Turismo e Diversões de Macau, SARL, interpôs recurso da douta sentença proferida nos autos à margem referenciados, pugnando pela absolvição das multas aplicadas bem como do pagamento da indemnização fixada.

Salvo o devido respeito, entendemos que não lhe assiste razão.

I- A recorrente imputa ao Tribunal a quo a violação do disposto no artº 381º do CPPM, por este fazer “depender o pagamento da multa do pagamento prévio das quantias em dívida ao trabalhador”.

Na contestação apresentada, a recorrente requereu que “o auto de notícia seja remetido de novo à DSTE para proceder a rectificação da guia de depósito e sejam eliminados os valores que indevidamente foram incluídos no cômputo da indemnização ou que essa rectificação seja feita pelo Tribunal, prontificando-se ... a pagar voluntariamente a importância que reconhecer ser devida”.

No início da audiência realizada em 18-4-2002, o Ilustre advogado da recorrente voltou a formular tal pedido, tendo o Tribunal explicado à recorrente que ou pagava imediatamente a multa bem como a quantia total de indemnização constante do auto de notícia, ou seria realizado o julgamento, indeferindo implicitamente o seu requerimento.

E consta da acta de fls. 113v que o defensor da recorrente não se opôs à continuação de julgamento.

Ora, se não foi impugnada a referida decisão quer na altura de julgamento quer nos 10 dias seguidos àquela data, já passou o prazo previsto na lei para o efeito do recurso.

Assim, não pode agora a recorrente recorrer de tal decisão ou invocar a sua discordância da mesma para fundamentar o seu recurso interposto da sentença final.

Mesmo assim não se entender, é sempre de dizer que a posição tomada pelo Tribunal a quo não merece censura.

A recorrente foi acusada pela prática de duas infracções, pela violação do disposto no artº 47º nºs 2 e 4 do DL nº 24/89/M, de 3 de Abril, uma vez que está em causa um despedimento sem justa causa, sem aviso prévio nem pagamento da indemnização rescisória.

Nos termos das citadas normas, se a iniciativa da denúncia pertencer ao empregador, este deve cumprir uma prazo mínimo de aviso prévio, que é de 15 dias para os trabalhadores que mantenham com o empregador uma relação contínua de trabalho superior a 3 meses, e na

falta de aviso prévio, o trabalhador tem direito a uma indemnização prevista no artº 48º nº 2 do mesmo diploma.

Para além disso, o empregador deve ainda pagar uma indemnização rescisória cujo montante é calculado de acordo com o salário e a duração da relação de trabalho.

Daí resulta que a prática das contravenções originadora da condenação da multa tem a ver necessariamente com a falta de pagamento das indemnizações previstas na lei: são duas coisas necessariamente interligadas entre si.

Mesmo o pagamento parcial das indemnizações, ou seja, não no montante calculado nos termos da lei, constitui também infracções.

No nosso caso concreto, se o transgressor pretendia pagar a multa, tinha que pagar também as indemnizações devidas, tal como são mencionadas no auto de notícia e calculadas no mapa de apuramento em anexo; caso contrário, as contravenções continuavam a existir, não sendo os prejuízos do trabalhador devidamente ressarcidos, e seria criada uma situação de incerteza.

Se o requerimento da recorrente fosse deferido, seria admitir que o tribunal pode fixar oficiosamente uma indemnização sem ter realizado o julgamento para apurar a quantia exacta em dívida, o que não é possível.

Assim, entendemos que o Tribunal a quo andou muito bem em indeferir o requerimento da recorrente e decidiu continuar o julgamento “a fim de permitir ao Tribunal apreciar com segurança e certeza o montante que é devido pela transgressora ao trabalhador”.

É improcedente o argumento da recorrente.

II- Na óptica da recorrente, é inválida a condenação no pagamento da indemnização no processo contravencional, já que “o actual regime do processo contravencional não permite a condenação em quaisquer outras quantias que não sejam o montante das multas, imposto de justiça e custas”, entendendo que: i) o diploma que admitia acção cível em processo penal, Código de Processo de Trabalho, aprovado pelo Decreto-Lei nº 45497 de 30 de Dezembro de 1963 e estendido a Macau pela Portaria nº 87/70, que esteve em vigor até 19-12-1999, foi revogado por força do nº 4 do artº 4º da Lei da Reunificação; e ii) o actual regime do processo contravencional não admitiu a dedução de pedido cível neste âmbito, sendo certo que o próprio artº 388º nº 1 do Código de processo Penal expressamente afasta a intervenção de assistente ou de parte civil no processo contravencional.

Vejamos.

É verdade que, face ao disposto no nº 4 do artº 4º da Lei da Reunificação, o Código de Processo de Trabalho, sendo uma legislação portuguesa, deixou de vigorar a partir de 19-12-1999.

No entanto, e como foi dito pelo Magistrado do Ministério Público na sua resposta à motivação do recurso, não foi ainda publicada uma nova legislação que regula a matéria de processo de trabalho para substituir a anterior, pelo que estamos perante uma situação de lacuna legislativa.

Como se sabe, na integração das lacunas da lei e para resolver os casos que a lei não preveja, o legislador manda seguir “a norma aplicável aos casos análogos” e “na falta de caso análogo, a situação é resolvida segundo a norma que o próprio intérprete criaria, se houvesse de legislar dentro do espírito do sistema” (artº 9º, nºs 1 e 3 do Código de processo “Civil).

Ora, sendo uma matéria que reveste de muita especificidade, não encontramos casos análogos cuja norma possa ser aplicada para resolver problemas que enfrentamos na área de processo de trabalho.

Há que lançar mão da “criação de norma pelo próprio intérprete, dentro do espírito do sistema”.

Assim, os tribunais de Macau seguem as tramitações anteriores no âmbito de processo de trabalho, como nos casos de acidente de trabalho (na fase de conciliação efectuada pelo Ministério Público), de transgressão laboral (na fixação de indemnização devida a trabalhadores), já que o seguimento de tais tramitações tem obtido, e continua a ter, bom resultado na prática, até a publicação de nova legislação.

E tal prática (de seguir as regras e tramitações anteriores) não é afastada pelo actual regime de Macau nem o contraria, antes pelo contrário, tem o seu apoio no regime actual, nomeadamente quanto à fixação oficiosa de indemnização.

Por um lado, o nº1 do artº 388º do CPPM, que regula a matéria de processo contravencional, preceitua que neste procedimento não é permitida a constituição de assistente ou de parte civil.

Como não está em causa a figura de assistente, vamos ver se tal norma proíbe a fixação de indemnização no processo contravencional.

A resposta não pode deixar de ser negativa.

A parte civil é prevista, nos termos do Código de processo Penal, como um dos sujeitos do processo.

Do estatuto processual das partes civis previsto no CPPM (artº 60º e seguintes) resulta que as partes civis são pessoas que a lei permite que intervenham no processo para fazerem valer direitos legítimos, às quais assistem uma série de direitos, que deduzem o pedido de indemnização civil no processo penal e são representadas por advogado.

“Como intervêm no processo penal, nada repugna que, formalmente, sejam vistas como sujeitos processuais penais, sem esquecer que, materialmente (natureza dos interesses em presença), a sua postura seja a de sujeitos de uma acção cível colocada ao expediente penal, por efeito do tal mecanismo de adesão”. (cfr. Manuel Leal-Henriques e Manuel Simas-Santos, Código de processo Penal de Macau, anotado, pág. 162)

No caso concreto em apreciação, não foi deduzido o pedido de indemnização civil nem o trabalhador em causa requereu a constituição de parte civil, pelo que não foi violado o disposto no artº 388º nº 1 do CPPM.

No entanto, a fixação de uma indemnização civil, sem a dedução prévia do pedido, não deixa de ser possível, uma vez que o legislador

confere ao juiz o poder de arbitrar na sentença, ainda que absolutória, uma quantia como reparação pelos danos causados (artº 74º do CPPM).

E a fixação de indemnização tem na sua origem um acto ilícito, que é a violação dos dispostos no artº 47º n.ºs 2 e 4 do DL nº 24/89/M, de 3 de Abril, já que a recorrente despediu, sem justa causa, o trabalhador em causa sem proceder a aviso prévio nem pagar a indemnização rescisória.

Como acontece em todos os casos de transgressão laboral, é sempre fixada pelo tribunal uma quantia de indemnização, face ao preceituado no artº 74º do CPPM e na perspectiva de razoável protecção dos interesses dos trabalhadores.

III- Discute-se também se os valores auferidos pelo trabalhador a título de “gorjetas” devem ou não ser contados para efeito de calcular o montante das indemnizações.

Como já foi dito, a indemnização devida nos presentes autos deve ser calculada nos termos dos artºs 47º n.º 4 e 48º n.º 2 do Decreto-Lei nº 2/89/M, tendo em conta o seu salário (ou o valor da retribuição como consta do artº 48º) e a duração da relação de trabalho.

O conceito de salário é definido no artº 25º do DL nº 24/89/M como “toda e qualquer prestação, susceptível de avaliação em dinheiro, seja qual for a sua designação ou forma de cálculo, devida em função da prestação de trabalho e fixada ou por acordo entre empregador e trabalhador, ou por regulamento ou norma convencional ou por norma legal”.

Tal salário tem que ser justo, em função dos serviços ou actividade laboral prestados pelo trabalhador, ou seja, o salário tem que ser proporcionado aos serviços ou actividade laboral que o trabalhador prestou.

E constitui um dos deveres do empregador pagar ao trabalhador “um salário que, dentro das exigências do bem comum, seja justo e adequado ao seu trabalho” (al. b) do nº 1 do artº 7º).

O artº 27º estipula ainda as regras da fixação do salário:

- “1. 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. O montante do salário deve ser fixado tendo em atenção as necessidades e interesses do trabalhador, e 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.”

Ora, Segundo a recorrente, o salário acordado entre ela e o trabalhador é apenas de MOP\$15,00 por dia, ou seja, 450 patacas por mês, não sendo admissível contar as gorjetas, já que as mesmas não podem ser consideradas como parte integrante do salário do respectivo trabalhador.

Salvo o devido respeito e o melhor entendimento, tal salário não é aceitável, que do ponto de vista jurídico quer social.

Se assim fosse, como é que se podia falar do “direito a um salário justo” que o trabalhador tem e que é consagrado como princípio geral nos termos da lei (artº 25º nº 1 do DL nº 24/89/M); quais seriam “os limites estabelecidos nos usos e costumes”; onde estavam “as necessidades e interesses do trabalhador”; e afinal qual seria a força da imposição legal prevista na lei para efeitos de fixação do salário?

Não obstante a não fixação no regime actual de Macau dum salário mínimo, o legislador nem por isso deixa de estabelecer uma série de critérios e até princípios básicos que têm força vinculativa na matéria de fixação de salário.

Como o salário representa um rendimento de subsistência e de satisfação das necessidades pessoais e familiares para os trabalhadores que são a parte mais fraca nas relações de trabalho, tem que ser fixado em ordem a satisfazer as necessidades de subsistência dos trabalhadores.

A recorrente afirma que como o trabalhador auferia um rendimento considerável resultante das gorjetas dos terceiros, “não constituiria uma injustiça social a fixação de um salário que noutras circunstâncias e “prima facie” seria irrisória”.

E mais que “do lado do empregador é precisamente porque sabe que o trabalhador vai receber as gorjetas de terceiros é que fixa aquele salário, ciente de que não está a cometer uma injustiça, nem está a explorar a sua força de trabalho”.

Não podemos deixar de manifestar a nossa discordância.

Por um lado, se assim entendesse, seria a dizer que os critérios fixados na lei para fixar salário são pura e simplesmente palavras escritas no papel sem nenhuma utilidade, esvaziando total e completamente o sentido e o significado da fixação de tais regras.

Por outro lado, com a definição do conceito de salário, o legislador não pretende excluir da esfera patrimonial dos trabalhadores outros rendimentos que recebem, embora não façam parte do salário, e a percepção de tais rendimentos não devem ter alguma influência na fixação do salário, que há de ser feita segundo as regras gerais fixadas na lei, sobretudo o princípio de “justiça” e a ideia geral de satisfazer as necessidades e interesses dos trabalhadores.

E se as gorjetas são donativos dos clientes dos casinos, dados por terceiros como mera liberalidade, com que a entidade patronal não tem nada a ver nem é responsável pelo seu pagamento, como a recorrente entende, como é que se pode falar, perante aquela quantia de 15 patacas por dia, na consciência de que não há injustiça nem a exploração da força de trabalho do empregado, já que a relação de trabalho é estabelecida entre o trabalhador e a entidade patronal e não entre o trabalhador e os clientes dos casinos?

Neste raciocínio, não é aceitável o trabalhador auferir, como salário, apenas 15 patacas como contrapartida do seu trabalho durante todo o dia e, ainda por cima, tal quantia nunca foi alterada durante tantos anos.

Como consta dos autos, o trabalhador recebia em todos os meses duas partes de importância: uma designada como salário, fixa e 15 patacas por dia, e outra como “gorjetas”, cuja quantia é variável.

Como se sabe, o salário (ou designado por “retribuição”) pode ser certo, variável ou misto no sentido de ser constituído por uma parte certa e outra variável, modalidade esta que é corrente nas relações do trabalho.

Era nesta mesma modalidade que o trabalhador recebia todos os meses.

Na sua obra Curso de Direito do Trabalho, O Professor Bernardo da Gama Lobo Xavier faz uma análise sobre vários casos mais discutidos, incluindo gratificações.

E considera que “há certas atribuições da entidade patronal que - tendo embora causa no contrato de trabalho e nos serviços prestados - não são devidas e têm uma carácter de recompensa voluntária ou prémio pelos bons serviços. A entidade patronal não deseja vincular-se à sua percepção e - de facto - pelo seu carácter unilateral e não devido, elas não se podem considerar como tal.

Mas, ao contrário destas gratificações extraordinárias, há outras que se devem entender como integrando a retribuição: são aquelas que são devidas por força do contrato ou das normas que o regem, ainda que a sua percepção esteja condicionada a bons serviços e ainda aquelas que, pela sua importância e regularidade, devam considerar-se elemento integrante da retribuição. Na verdade, representam atribuições patrimoniais com que os trabalhadores podem legitimamente contar,

quer pela sua previsão no contrato e nas normas que o regem, quer pela regularidade e permanência com que são prestadas, conferindo-lhes justas expectativas ao seu percebimento”. (na obra referida, pág. 390, já citada na douta sentença recorrida)

Voltando ao nosso caso concreto, resulta dos autos que, durante mais de 30 anos, ou seja, na duração da sua relação laboral com a ora recorrente, o trabalhador (A) recebia, como contrapartida do seu serviço prestado, diariamente MOP\$15,00 como retribuição fixa e mais uma outra quantia vulgarmente designada por “gorjetas”, quantia esta que é muito superior (mais que 30 vezes) à retribuição fixa e constitui grande maioria do seu vencimento.

Ora, pela importância e regularidade de tal quantia, é mais que evidente o trabalhador ter esta expectativa, que é muito justa, de recebê-la, embora a título de gorjetas; e se não recebesse tais “gorjetas”, não celebraria contrato de trabalho com a ora recorrente.

As gorjetas, no sentido propriamente dito, são mera liberalidade e pagas pelos clientes. No entanto, as gorjetas que estão em causa nos presentes autos não são dadas em circunstâncias normais, ou seja, por mera liberalidade dos clientes, sendo facto notório e de conhecimento geral que tais valores são directamente tiradas do ganho que os clientes têm em cada aposta, independentemente da sua vontade, actuação esta que é admitida até “forçada” pela entidade patronal.

E não parece muito nítido que, quanto às gorjetas, não ocorra nenhuma relação jurídica entre a entidade patronal e os clientes dos

casinos, já que os trabalhadores, que retiram uma parte do ganho dos clientes com gorjetas, são vistos por estes como os elementos integrantes da sua entidade patronal, como aquelas que não têm contacto directo com eles, e os clientes não estão a jogar com os empregados mas sim com a sua empregadora, que é a ora recorrente, pelo que é difícil de dizer que só existe relação entre os clientes e os trabalhadores e não com a entidade patronal.

E nem se diga que não existe nenhum nexó causal entre as duas relações jurídicas faladas pela recorrente (uma, relação de trabalho entre o trabalhador e a recorrente que compreende a obrigação desta de pagar remuneração, e a outra, relação entre o trabalhador e terceiros clientes dos casinos), sendo notório que o actual “regime” de gorjetas vigente nos casinos (de que as gorjetas são directamente retiradas do ganho dos clientes, não sendo por isso meros donativos vindos exclusivamente da generalidade de terceiro) tem na sua origem a baixa atribuição fixa naquela relação.

Assim, sem pôr em causa as considerações feitas pelo Professor Bernardo da Gama Lobo Xavier, a seguir àquelas que já citámos, no sentido de entender que não podem ser consideradas como retribuição as gratificações pagas por terceiros que utilizam especialmente os serviços do trabalhador, é de dizer que tais gratificações são pagas por livre vontade das pessoas, de carácter extraordinária e irregular, enquanto nos casinos de Macau a realidade é a outra.

E há de ter em conta ainda outros elementos, tais como a indisponibilidade do trabalhador que recebe directamente as gorjetas, o modo de gestão e distribuição das mesmas, etc., como resultam dos factos provados e que foram muito bem analisados na douta sentença recorrida.

Citamos o Acórdão do tribunal da Relação de Lisboa proferido no processo nº 94254, de 3-11-1994, que decidiu que “as gratificações dos empregados dos casinos não se confundem com meras gorjetas, já que são as únicas que são directamente fiscalizadas pela Inspeção Geral de Jogos e estão sujeitas a uma rígida distribuição, para além da incidência e tributação para a Segurança Social e para IRS” e “tais gratificações sendo de montante superior à remuneração-base são tidas como parte integrante da retribuição, dada a sua regularidade e o seu carácter de permanência, independentemente de que as atribua”.

E ainda o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça proferido no processo nº 96S025, de 8-11-1995, que decidiu que “se as gratificações não eram retribuição do trabalho prestado pelo trabalhador, mas sim donativos de terceiros, clientes do casino, sendo esses donativos obrigatoriamente introduzidos em caixas para esse fim existentes no salão do casino, sendo depositados por uma Comissão de Distribuição de Gratificações em conta bancária especial, transferindo, depois, para a conta de cada um dos trabalhadores abrangidos, as gratificações a que cada um tiver direito, estando, portanto, dependente da prestação de trabalho por este, a entidade empregadora é responsável pelo montante

de tais gratificações durante o período em que aquele se manteve fora do serviço por efeito de despedimento ilícito...”.

Dá-se entender que, mesmo sendo meros donativos de clientes do casino que não constituem as receitas da entidade empregadora, esta nem por isso deixa de ser responsável pelo pagamento de tais quantias ao trabalhador. E quando não estão em causa os meros donativos, a entidade patronal há de assumir a mesma responsabilidade.

Neste contexto e tudo ponderado, entendemos que é de responsabilidade da recorrente pagar as indemnizações devidas, contando os valores das ditas ‘gorjetas’.”

Pugna, então, por negar provimento ao recurso.

Foram colhidos os vistos legais dos Mm^{os} Juizes-Adjuntos.

Realizada a audiência do julgamento, cumpre-se decidir.

À matéria de facto, foi dada por assente a seguinte factualidade:

A transgressora Sociedade de Turismo e Diversões de Macau constituiu relação de trabalho com o trabalhador (A) desde 13 de Março de 1971.

O referido trabalhador foi admitido como empregado de casino, tendo recebido mensalmente da entidade patronal, como contrapartida da sua actividade laboral, desde o início da constituição da relação laboral até à data em que foi despedido, duas quantias, uma fixa, no valor de

MOP\$15,00 por dia, e outra variável, em função do dinheiro recebido dos clientes de casinos vulgarmente designado por “gorjetas”.

A referida entidade patronal despediu o trabalhador no dia de Junho de 2001, sem lhe ter providenciado o pagamento da indemnização rescisória, nem o pagamento dos 15 dias de compensações salariais pela não observância dos 15 dias de aviso prévio.

Nos últimos três meses antes do despedimento, nomeadamente nos meses de Março, Abril e Maio de 2001, o trabalhador recebeu, respectivamente, MOP\$14.208,50, MOP\$14.805,00 e MOP\$13.140,00, pelo que em média recebeu mensalmente MOP\$14.051,16 durante os últimos três meses.

O contrato de trabalho foi celebrado verbalmente pela entidade patronal e pelo trabalhador, tendo acordado que o trabalhador, como contrapartida do seu serviço prestado, ia receber diariamente MOP\$15,00 como retribuição fixa, mais uma outra quantia vulgarmente designada por “gorjetas” quantia pecuniária essa que era variável consoante o montante recebido dos clientes de casinos.

A gestão e distribuição das referidas “gorjetas” cabem à própria STDM.

É ainda a própria STDM que decide do modo de que vão ser distribuídas as ditas “gorjetas”.

As ditas “gorjetas” não se destinam exclusivamente aos trabalhadores que lidam directamente com os clientes de casinos, mas

também a outros trabalhadores, nomeadamente gerentes administrativos e pessoal da área de informática.

Os trabalhadores de categoria superior têm direito a receber uma percentagem de “gorjetas” relativamente mais elevada, enquanto os próprios trabalhadores que trabalham nas salas de casinos, ou seja, aqueles que prestam directamente serviços aos clientes, recebem uma percentagem extremamente reduzida.

O trabalhador não podia receber dos clientes tais “gorjetas” por conta própria, mesmo que lhe fossem dadas directamente pelos clientes.

As “gorjetas” recebidas são colocadas, por ordem da entidade patronal, numa caixa destinada exclusivamente para esse efeito, e são contadas diariamente também por funcionários incumbidos pela entidade empregadora, sob vigilância da Direcção de Coordenação de Inspeção e Coordenação de Jogos, a fim de serem distribuídos de 10 em 10 dias aos diversos empregados consoante a percentagem anteriormente fixada pela entidade empregadora.

Nos primeiros meses do ano de 2002, o montante das “gorjetas” rondam por volta de HKD\$2.700.000,00 (dois milhões e setecentas dólares de Hong Kong) por dia.

A STDM tem participado à Direcção de Serviços de Finanças, para efeitos de liquidação e cobrança do imposto profissional, que no valor sujeito ao referido imposto está incluída igualmente a quantia das “gorjetas” - conforme fls. 114 a 123.

Na óptica do trabalhador, o valor das “gorjetas” recebidas faz parte significativa do seu vencimento mensal, pois caso não tivesse lugar a essas “gorjetas”, não celebraria contrato de trabalho com a entidade patronal.

Por parte da entidade patronal, tem pleno conhecimento que caso não ofereça esta condição de trabalho, é difícil ou mesmo impossível que haja celebração de qualquer contrato de trabalho deste tipo.

Até ao momento, a entidade patronal ainda não procedeu ao pagamento da quantia em dívida ao trabalhador (A).

Factos não provados: O trabalhador recebeu nos últimos três meses (Março, Abril e Maio de 2001), a título de salário, a importância de MOP\$420,00 MOP\$450,00 e MOP\$390,00, respectivamente.

Na indicação das provas que serviram para formar a convicção do Tribunal a sentença afirmou que, “A convicção do Tribunal formou-se a partir das declarações do trabalhador (A), que foi empregado de casino antes de ser despedido e que tinha conhecimento do funcionamento interno dos casinos, bem como da forma de distribuição das alegadas ‘gorjetas’. Por outro lado, foram ainda relevantes as declarações do inspector da Direcção dos Serviços de Emprego, que confirmou basicamente os factos constantes do auto de notícia. A convicção do Tribunal formou-se ainda com base, para além dos documentos juntos aos autos e examinados durante a audiência, no depoimento da

testemunha da defesa, Sr. Dr. José Carlos Bento da Silva, especialista na área laboral da Direcção dos Serviços de Trabalho e Emprego, que deu a sua douta opinião sobre o conceito de 'gorjetas'. Finalmente, foram igualmente relevantes o depoimento das restantes testemunhas da defesa, que são todos funcionários da STDM e que deram grande apoio na descoberta da verdade material, e não obstante terem todos eles negado, segundo o seu entendimento, que as alegadas 'gorjetas' fazem parte do conceito de 'retribuição' ou 'salário', mostraram eles que têm pleno conhecimento do funcionamento interno dos casinos, e que alguns deles admitiram ainda ter mesmo direito a receber tais 'gorjetas', muito embora não trabalhem nas salas de casinos."

Da matéria de direito, conhecendo:

A recorrente levantou várias questões, que são as seguintes:

1. Questão prévia - Da invalidade da decisão na parte em que condena a recorrente no pagamento de MOP\$175.025,60, porque o actual regime do processo contravencional não permite a condenação em qualquer outras quantias que não sejam as multas, imposto de justiça e custas;
2. Da ilegalidade da decisão que fez depender o pagamento da multa do pagamento prévio das quantias em dívida ao trabalhador; e,
3. Da incorrecta interpretação do conceito de salário como sendo constituído pelo valor das gorjetas nos casinos.

Como se tem entendido neste Tribunal, o Tribunal de recurso não fica sujeito à ordem das questões levantadas pelo recorrente, tendo em conta a razão sequencial e lógica das questões, nomeadamente quando ocorre a situação em que a solução de uma dependa da solução da outra. E perante as questões postas, salvo melhor opinião, considera-se mais correcta a apreciação da 2ª questão.

Pelo que avancemos por esta 2ª questão.

1. Dependência do pagamento das dívidas

Imputou a recorrente ao Tribunal a quo a violação do disposto nos artigos 381º e 385º n.º 1 do Código de Processo Penal, por “ter condicionado o exercício do direito processual que assiste à recorrente de proceder ao pagamento da multa pelo mínimo e, concomitantemente, de se eximir ao julgamento, nos termos do n.º 1 do artigo 385º do C.P.P.”.

Como se sabe, o Código do Processo de Trabalho aprovado pelo Decreto n.º 45497 de 30 de Dezembro de 1963, estendido a Macau pela Portaria n.º 87/70, que admitia acção no processo penal, já deixou de vigorar em Macau a partir de 20 de Dezembro de 1999 (artigo 4º n.º 4 da Lei n.º 1/1999). Perante esta situação, ao presente processo contravencional laboral é aplicável o Código de Processo Penal na parte que regula o processo contravencional.

Assim, ao processo contravencional aplicam-se as disposições relativas ao processo por crime em tudo o que os artigos seguintes não dispuserem diferentemente. (artigo 380º do CPP).

In casu a ora recorrente na sua contestação formulou o requerimento que “o auto de notícia seja remetido de novo à DSTE para proceder a rectificação da guia de depósito e sejam eliminados os valores que indevidamente foram incluídos no cômputo da indemnização ou que essa rectificação seja feita pelo Tribunal, prontificando-se ... a pagar voluntariamente a importância que reconhecer ser dívida” e no início da audiência, renovou este pedido.

Perante tal, conforme consta da acta da fl.113v, o Tribunal explicou à recorrente que ou pagava imediatamente a multa bem com a quantia total de indemnização constante do auto de notícia, ou seria realizado o julgamento, no qual se resolveria a questão. Perante esta explicação, a recorrente declarou não se opor ao prosseguimento da audiência.

Como se sabe, no processo contravencional, como no processo penal sumário, só é recorrível a decisão final e o despacho que puser termo à causa (artigo 388º nº 2 e 372º do Código do Processo Penal).

Como dispõe o artigo 389º do Código de Processo Penal, “[é] permitido recorrer dos acórdãos, sentenças e despachos cuja irrecorribilidade não estiver prevista na lei”, e a disposição do artigo 372º, ex vi artigo 388º nº 2, não deixa de ser uma exclusão específica legal à admissibilidade de recurso.

Tal implica que à recorrente é impedido de atacar a decisão em causa.

Pelo que não é de conhecer esta questão (prévia).

2. Condenação pela indemnização no processo contravencional

Quanto à esta questão não é difícil encontrar a resposta.

Sendo certo, que no processo contravencional não é admissível a intervenção de assistente ou de parte civil (artigo 388º nº 1 do C.P.P.), tendo em conta que o legislador pretende uma redução ao mínimo dos actos e termos do julgamento, que se limitarão ao indispensável ao conhecimento e boa decisão da causa (artigo 366º nº2 ex vi artigo 388º nº 2 do C.P.P.).

E o trabalhador envolvido neste caso não tinha deduzido qualquer pedido de constituição como assistente nem qualquer pedido de indemnização civil, logo, não se vê existir violação do disposto no artigo 388º nº 1 do C.P.P..

Por outro lado, é sempre admissível que o Tribunal arbitre oficiosamente uma quantia como reparação pelos danos causados nos termos do artigo 74º nº 1 do C.P.P..

Dispõe o artigo 74º:

“1. Não tendo sido deduzido pedido de indemnização civil no processo penal respectivo ou em acção cível separada, nos termos dos artigos 60.º e 61.º, o juiz arbitra na sentença, ainda que absolutória, uma quantia como reparação pelos danos causados, quando:

- a) Ela se imponha para uma protecção razoável dos interesses do lesado;

- b) O lesado a ela se não oponha; e
 - c) Do julgamento resulte prova suficiente dos pressupostos e do quantitativo da reparação a arbitrar, segundo os critérios da lei civil.
2. No caso previsto no número anterior o juiz assegura, no que concerne à produção de prova, o respeito pelo contraditório.
 3. À sentença que arbitrar a reparação é correspondentemente aplicável o disposto no artigo anterior.”

A aplicabilidade deste artigo não se encontra afastada pelas próprias disposições respeitantes ao processo contravencional, sendo, por tanto, aplicável ao presente caso, ex vi o artigo 380º do C.P.P. e conjugando com o disposto no artigo 388º n.º 2 e 3º do mesmo Código.

Na prática, sobre questão idêntica, este Tribunal já decidiu neste sentido no Acórdão de 24 de Outubro de 2002 no processo n.º 130/2002.

Concluiu este Acórdão, que textuou em chinês, o seguinte:

- “4. 《刑事訴訟法典》第 388 條第 1 款是明文規定了不容許輔助人或民事當事人參與輕微違反程序。據此，在輕微違反程序中，因他人的輕微違反行為而遭受民事損害的受害人不得根據同一法典第 57 條第 1 款 a 項的相應規定要求成為輔助人，亦不得在同一訴訟程序中提出有關民事損害賠償的請求。
5. 雖然《刑事訴訟法典》第 388 條第 1 款的立法精神，是要確保任何有關輕微違反的指控，基於違反的輕微性，得以在一個相對簡易和迅速的訴訟程序中完成其審理的程序，但這並不代表

法院不能在輕微違反程序的最後裁判中行使同一法典第 74 條所賦予的權力：即當有關前提俱備時，法院絕對可以依照這一條文的規定，主動依職權判處被告人須向工人支付違例行為所導致的民事損害賠償。

6. 因此，《刑事訴訟法典》第 74 條所規定的“法院依職權裁定給予彌補”的機制由於並不抵觸同一法典第 388 條第 1 款的規定，應被視為完全適用於輕微違反訴訟程序。”

Merece este entendimento a nossa adesão, para a decisão do presente caso nesta parte.

Improcede assim o recurso nesta parte.

Decididas as “questões-previas”, avancemos para a apreciação da questão de fundo do presente recurso, i. e.:

3. Da interpretação do conceito de “salário”

Imputa a recorrente ao Tribunal *a quo* a violação do disposto nos artigos 25º, 26º e 27º do Regime Jurídico das Relações de Trabalho (D.L. 24/89/M). Entende que o cálculo da indemnização a que o trabalhador tinha direito nos termos do artigo 47º da RJRT deveria ter apenas com referência a média do salários auferidos nos meses de Março, Abril e Maio de 2001, no valor respectivamente, de 420, 450 e 390 patacas.

Nos presentes autos, a recorrente foi condenada por duas contravenções laborais, uma pela falta de aviso prévio para a denúncia da relação laboral, prevista no artigo 47º nº 2 do Regime Jurídico das

Relações de Trabalho e outra pela falta de pagamento da indemnização rescisória nos termos do artigo 47º nº 4º al. h) conjugando com os nº 5 e 6 do artigo 47º.

Em consequência da decisão acima tomada, não está em causa a questão de saber se a conduta da recorrente constituiu ou não as contravenções acusadas, bem assim à compensação pecuniária correspondente aos 15 dias de aviso prévio.

O que está em causa é apenas o montante das indemnizações nos termos do artigo 47º nºs 4 al. h), 5 e 6. E para a contagem do montante desta indemnização a favor do trabalhador deve-se decidir o montante “equivalente a 20 dias de salário por cada ano de serviço”.

Ou seja, essencial é saber o montante de **salário** do mesmo trabalhador, a fixar nos termos do artigo 26º, nº 1 ou nº 2 do Regime Jurídico de Relações de Trabalho.

Vejamos, antes, o conceito do salário.

3.1 Conceito do salário do trabalhador

3.1.1. Quanto à protecção do direito e interesse ao salário do trabalhador, as leis fundamentais não poupam as disposições.

A Declaração Universal dos Direitos do Homem estabelece no artigo 23º nº 3 que, “quem trabalha tem direito a uma remuneração equidade satisfatória, que lhe permita e à sua família uma existência conforme com a dignidade humana, e completada, se possível, por todos os outros meios de protecção social”.

Por outro lado, o art.º 7.º do Pacto sobre os Direitos Económicos, Sociais e Culturais¹, assinado em Nova Iorque em 7 de Outubro de 1976, assegura que os Estados respectivos «reconhecem o direito de todas as pessoas de gozar de condições de trabalho justas e favoráveis, que assegurem em especial:

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

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

A convenção nº 95 da Organização Internacional de Trabalho, acima referido, define que a retribuição ou salário como *“a remuneração ou ganho, seja qual for a sua denominação ou método de cálculo, desde que possa avaliar-se em dinheiro, fixada por acordo ou pela legislação nacional, devida por um empregador a um trabalhador em virtude do contrato de trabalho, escrito ou*

¹ Aprovada para ratificação pela Lei n.º 45/78, de 11 de Julho.

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 do 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).²

Para o Prof. Bernardo da Gama Lobo Xavier, “em traços gerais, do ponto de vista jurídico, a retribuição costuma perfilar-se como a

² Vide António de Lemos Monteiro Fernandes, Direito do Trabalho, 9ª edição, Coimbra, p.373, 374.

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”.³

3.1.2. 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,

³ 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;

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 – se não não.” (fls. 382 a 384)

opinião política, estrato social ou origem social, como consequência do direito ao trabalho a todos reconhecido”, enquanto no seu artigo 5º dispõe o princípio do mais favorável:

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

2. O presente diploma nunca poderá ser entendido ou interpretado no sentido de implicar a redução ou eliminação de condições de trabalho estabelecidas ou observadas entre os empregadores e os trabalhadores, com origem em normas convencionais, em 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.⁴

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.”

⁴ Vide António de Lemos Monteiro Fernandes, Direito do Trabalho, 9ª edição, Coimbra, p. 384 e ss.

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

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

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

3.13. 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.

Vejamos.

3.1.3.1. O pagamento da retribuição, salário ou vencimento (nomes estes que são indistintamente usados) pressupõe a existência de

um contrato de trabalho, pois a retribuição é uma obrigação da entidade patronal para com o trabalhador, vinculada com base num contrato.

Como dispõe o artigo 1079º n.º 1 do Código Civil, *“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”*.

Trata-se duma relação obrigacional sinalagmática, regulada pela lei especial, nomeadamente sob os princípios acima referidos, pois a relação de trabalho é *“todo o conjunto de condutas, direitos de 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”* (artigo 2º al. c. do D.L. n.º 24/89/M).

Este contrato pode ter a forma escrita e pode também ter a forma verbal, permitindo comprovar-se por todos os meios de prova legalmente admitidos.

Nesta relação obrigacional estabelece-se a obrigação de pagar uma retribuição como contrapartida que é essencial ao conceito de contrato de trabalho. E sendo o contrato de carácter voluntário, o dever de pagamento do salário resulta essencialmente de um acordo sobre as condições e modo de cálculo do mesmo, e subsidiariamente das disposições legais.

Como dispõe o artigo 27º n.º 1 do D.L. n.º 24/89/M, *“[o] montante de salário será fixado por acordo entre o empregador e o trabalhador, com*

observância dos limites estabelecidos nos usos e costumes, regulamento da empresa, convenção ou disposição legal aplicáveis.

2. ...”

Acordo este que 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).

3.1.3.2. 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.

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.

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

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

3.1.4. E, finalmente, apurado o conceito de salário, cabe fixar o seu montante cumprindo 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.”*

3.2. In casu

Determinada as disposições legais aplicáveis, vejamos se todos os montantes que o trabalhador recebia (regular e periodicamente) integram ou não o salário do mesmo, e, para este efeito, o que nos parece é que só se deve levar a cabo a interpretação dos factos consignados nos autos, em conformidade com as disposições legais.

E perante toda a matéria de facto dada por assente, não seria difícil encontrar a solução da questão jurídica.

Se não vejamos

3.2.1. Faz-se lembrar o que ficou assente na matéria de facto:

“- A transgressora Sociedade de Turismo e Diversões de Macau constituiu relação de trabalho com o trabalhador (A) desde 13 de Março de 1971.

- ...

- O contrato de trabalho foi celebrado verbalmente pela entidade patronal e pelo trabalhador, tendo acordado que”

Com esta parte dos factos dados por assentes, patente é existir uma relação contratual de trabalho, **na forma expressa e verbal**, pelo qual ficava a recorrente obrigada à prestação em dinheiro, a título de retribuição, à que o trabalhador tem direito.

3.2.2. E quanto à fixação do salário, foi consignada a seguinte matéria de facto:

- “O referido trabalhador foi admitido como empregado de casino, tendo recebido mensalmente da entidade patronal,

como contrapartida da sua actividade laboral, desde o início da constituição da relação laboral até à data em que foi despedido, duas quantias, uma fixa, no valor de MOP\$15,00 por dia, e outra variável, em função do dinheiro recebido dos clientes de casinos vulgarmente designado por “gorjetas”.

- O contrato de trabalho foi celebrado verbalmente pela entidade patronal e pelo trabalhador, tendo acordado que o trabalhador, como contrapartida do seu serviço prestado, ia receber diariamente MOP\$15,00 como retribuição fixa, mais uma outra quantia vulgarmente designada por “gorjetas” quantia pecuniária essa que era variável consoante o montante recebido dos clientes de casinos.” (sub. nosso)

Esta parte dos factos permite concluir que existe um acordo verbal sobre o pagamento do salário do trabalhador em causa, com base nas relações de trabalho estabelecidas naquele contrato de trabalho acima referido.

Desde do início da contratação, em 1971, o Trabalhador recebia duas partes de remunerações: uma fixa de MOP\$15,00 diária, outra variável conforme o montante recebido dos clientes, vulgarmente chamado como “gorjetas”.

Durante 30 anos de serviço nos casinos explorados pela entidade patronal ora recorrente, o trabalhador nunca pôs em causa o acordo sobre as condições do pagamento do seu salário e o seu respectivo cálculo, nem a empresa assim tinha feito.

Tal acordo sobre o pagamento do salário foi regularmente cumprido, de modo que as partes nunca deixaram de considerar, quer a uma quer a outra parte das remunerações, como “contrapartida do seu serviço prestado” recebidas pelo trabalhador.

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. Assim, para a fixação das indemnizações pecuniárias resultantes do disposto no artigo 47º nº 2 al. h) do referido regime jurídico, e em conformidade com os factos dados por provados - “Nos últimos três meses antes do despedimento, nomeadamente nos meses de Março, Abril e Maio de 2001, o trabalhador recebeu, respectivamente, MOP\$14.208,50, MOP\$14.805,00

e MOP\$13.140,00, pelo que em média recebeu mensalmente MOP\$14.051,16 durante os últimos três meses” -, importa considerar tal “média”, pelo que, improcedem os fundamentos do recurso.

Ponderado resta decidir.

4. Decisão

Pelo exposto, acordam neste Tribunal de Segunda Instância em negar o provimento ao recurso interposto pela Sociedade de Turismo e Diversões de Macau, mantendo-se a decisão recorrida.

Custas pela recorrente, com a taxa de justiça de 10 UC's.

Macau, RAE, aos 12 de Dezembro de 2002

Choi Mou Pan (Relator) – José Maria Dias Azedo – Lai Kin Hong (com declaração de voto)

Recurso nº 123/2002

Declaração de voto

Votei a favor do Acórdão antecedente com excepção dos dois pontos seguintes:

I

No que toca à questão da alegada ilegalidade da decisão do juiz *a quo* que fez depender o pagamento voluntário em juízo da multa, indicada no auto de notícia, do pagamento prévio das quantias em dívida ao trabalhador também calculadas nesse auto, o Acórdão antecedente não a conheceu simplesmente com fundamento na irrecorribilidade dessa decisão judicial ao abrigo do artº 372º, *ex vi* do artº 388º/3 ambos do CPPM.

Salvo o devido respeito, não posso acompanhar esse entendimento, porque:

Embora *in casu* a mesma questão não constitua objecto possível de um recurso interlocutório por efeito do disposto no artº 372º, *ex vi* do artº 388º/3 do CPPM, representa uma das questões que integram o objecto do recurso interposto da sentença proferida a final, dado que uma eventual decisão em sentido contrário, ou seja, permitindo o pagamento voluntário, já teria feito extinguir o procedimento contravencional, o que por si só impossibilita logo a prolação da sentença final ora recorrida.

Ora, ao estabelecer uma “excepção” à regra geral da

recorribilidade prevista no artº 389º do CPPM, o nosso legislador pretende com o artº 372º evitar que a celeridade e simplicidade que caracterizam o processo sumário sejam postas em causa pelos chamados recursos interlocutórios. Por isso, a irrecorribilidade aí prevista não deve ser interpretada no sentido de afastar também e de modo peremptório a possibilidade de apreciação, pelo tribunal de recurso, no âmbito do recurso interposto da sentença final, de questões decididas pelo tribunal *a quo* no meio do processado anterior que condicionaram a fisionomia da sentença final.

Neste contexto, pode-se imaginar a seguinte situação: em face de uma sentença condenatória proferida no âmbito de um processo sumário no qual o juiz de julgamento negou em processado anterior a intervenção do defensor constituído, ou ordenou a continuação do julgamento de um crime semi-público mesmo após a desistência da queixa sem oposição pelo arguido, poder-se-á dar por logo assente que com base na irrecorribilidade prevista no artº 372º, o arguido condenado não pode levantar tais questões no recurso interposto da sentença final, ou que o tribunal de recurso não pode conhecer de tais decisões?

Obviamente, a resposta não pode deixar de ser negativa.

Assim, *in casu*, vale também o mesmo argumento dada a natureza análoga da questão em causa.

Por isso, entendo que o tribunal *ad quem* pode e deve apreciar a questão da alegada ilegalidade da decisão tomada pelo

tribunal *a quo* que indeferiu o pagamento voluntário da multa, já que essa questão foi efectiva e concretamente suscitada na motivação do recurso.

Há que portanto apreciar a bondade da decisão em causa.

Ora, o Regulamento da Inspeção do Trabalho, aprovado pelo D.L. nº 60/89/M de 18 de Setembro, estabelece no seu artº 18º que: “quando o infractor pagar as multas e não depositar as quantias em dívidas aos trabalhadores, considera-se aquele pagamento como não efectuado, remetendo-se o auto a juízo dentro do prazo fixado no nº 7 do artº 13º”.

Trata-se de uma norma especial dada a especialidade das contravenções laborais, regra especial essa que derroga a regra geral prevista nos artºs 381º e s.s. do CPPM.

Por força do espírito daquela norma especial, a especialidade própria das contravenções laborais justifica também a aplicabilidade, por analogia, dessa regra especial, mesmo após a remessa do auto de notícia ao juízo.

A aplicação por analogia da regra especial do artº 18º do diploma citado não implica por outro lado qualquer diminuição do direito de defesa do arguido, dado que o instituto de pagamento voluntário é concebido para incentivar o pagamento voluntário por parte do arguido antes da intervenção do tribunal de modo a evitar os custos processuais a advir do julgamento das contravenções em causa e não para facultar ao arguido mais direitos de sua defesa.

Pelo exposto, entendo que não é de censurar a decisão do Mmº Juiz *a quo* no sentido de fazer depender o pagamento voluntário do pagamento simultâneo das dívidas ao trabalhador.

II

Quanto à questão da natureza das “gorjetas”, subscrevo a solução defendida no Acórdão antecedente apenas com fundamento nas razões expostas nos seus pontos 3.1.4, 3.2., 3.2.1. Ou seja, para mim, a natureza de salário das denominadas “gorjetas” foi objecto do acordo celebrado entre a recorrente e o trabalhador aquando do estabelecimento da relação laboral ainda que por via verbal, o que resulta directa e precisamente da matéria de facto dada por assente em 1ª instância, matéria de facto essa que por seu turno não foi posta em causa pela recorrente com fundamento em quaisquer dos vícios previstos no artº 400º do CPPM, pelo que não é reapreciável pelo tribunal *ad quem*.

MACAU, 12DEC2002

Lai Kin Hong