

Recurso nº 75/2006

Data : 4 de Maio 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 nº75/2006

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

Recorrido: (A)

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) A pagar ao A. todas as quantias em dívida resultantes da violação do seu direito ao descanso semanal, que ascendem ao total de MOP\$96,112.00.00 (noventa e seis mil, cento e doze patacas), quantia essa acrescida de juros à taxa legal desde a citação até integral e efectivo pagamento;
- b) A pagar ao A. todas as quantias em dívida resultantes da resultantes da violação do seu direito ao descanso anual, que ascendem ao total de Mop\$24,606.00 (vinte e quatro mil, seiscentas e seis patacas), quantia essa acrescida de juros à taxa legal desde a citação até integral e efectivo pagamento;

- c) A pagar ao A. todas as quantias em dívidas resultantes da violação do direito aos feriados obrigatórios, que ascendem ao total de MOP\$24,606.00 (vinte e quatro mil, seiscentas e seis patacas), quantia essa acrescida de juros à taxa legal desde a citação até integral e efectivo pagamento;
- d) A pagar ao A. a quantia de MOP\$100,000.00 (cem mil patacas), a título de danos não patrimoniais, quantia essa acrescida de juros à taxa legal desde a citação até integral e efectivo pagamento;
- e) A restituir ao A. todos os descontos que o mesmo efectuou para o Fundo dos Trabalhadores da STDm, gerido pela R., acrescidos dos juros devidos;
- f) Pagamento de custas e procuradoria legal condigna.

Citada a ré e, correndo todos os termos processuais no processo nº CV2-04-0018-LAC 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 ao Autor (A) o montante de MOP\$77,026.00, a título de indemnização somatória de descanso semanal, de férias anuais remuneradas e de descanso nos feriados obrigatórios (MOP\$57,124.00 + MOP\$13,268.00 + MOP\$6,634.00), 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 do Autor.¹

Inconformado com a decisão recorreu a ré alegando para concluir extensamente nos seguintes termos:

- I. Houve erro manifesto na apreciação da prova produzida em Audiência de Discussão e Julgamento, relativamente à resposta dada aos quesitos 3º, 4º, 5º, e 6º;
- II. Resulta claro dos depoimentos de todas as testemunhas inquiridas – quer da Recorrente, quer sobretudo das testemunhas apresentadas pela Recorrida – que a Recorrente gozou de dias de descanso, mas que o gozo desse dias não seria remunerado.
- III. Para que fossem dados como provados os quesitos 3º, 4º, 5º e 6º, deveriam ter sido juntos aos autos pelo Recorrido comprovativos de férias ou de dias de descanso indeferidos pela aqui Recorrente e deveria ter sido produzida prova no sentido de que nos dias de descanso em que o A. trabalhou não foram pagos nos termos legais.

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 支付澳門幣柒萬柒仟零貳拾陸圓整 (MOP\$77,026.00)，作為周假、有薪年假及強制性公假休息之賠償總和(MOP\$57,124.00 + MOP\$13,268.00 + MOP\$6,634.00)，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。”

- IV. Nenhuma testemunha foi instada sobre a matéria da compensação paga pela R. ao A. pelo trabalho prestado em dias de descanso.
- V. Era o Recorrida, nos termos do art. 355º do CC - e não à Recorrente - que tinha o ónus da 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 gozados e que não foi devidamente remunerado nesses dias.
- VI. 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.
- VII. Porque são diversas as consequência jurídicas estatuídas para o não gozo de dias de descanso e para a não remuneração de dias de descanso, não pode o juiz validamente concluir que, pelo facto de A. não ter gozado de dias de descanso remunerado, não terá em absoluto gozado de dias de descanso.
- VIII. Não tendo ficado provado quais os dias de descanso em que o Recorrido, 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.
- IX. Deve ser reapreciada a prova gravada na sua totalidade e bem assim, das testemunhas da Ré, aqui Recorrente, (B) e (C), dando-se, em consequência como provado que aos dias de descanso que

foram, efectivamente, gozados não correspondeu qualquer remuneração, absolvendo-se a aqui Recorrente, do pedido de compensação por trabalho prestado em dias de descanso, porque.

- X. Caso o entendimento do Tribunal *a quo*, tenha sido o de que o ónus da prova estava invertido, e que era a R. quem tinha a incumbência de provar que o A. terá gozado dias de descanso, deverá considerar-se nula a sentença por falta de fundamentação, porquanto a mesma não se refere a qualquer eventual inversão do ónus.
- XI. Deve ser revogada a sentença, também na parte que dá como provado que o A. não recebeu qualquer acréscimo salarial pelo trabalho prestado em dias de descanso, porquanto não foi produzida prova alguma nesse sentido.
- XII. Assim, nos termos do disposto na aló b) do n. o 1 do art. 5710 do Código de Processo Civil é nula a sentença.

Assim não se entendendo, e ainda concluindo:

- XIII. O A. pediu a condenação da R. no pagamento de uma indemnização por danos emergentes da não compensação adicional por dias de descanso que não gozou, ou seja, alegou o seu direito a ser compensada por dias de descanso semanal, anual e feriados obrigatórios não gozados.
- XIV. Os factos constitutivos do direito do A. são: o não gozo de dias de descanso; a prestação de trabalho não voluntária (*cfr. vd infra o que se dirá a este respeito*) e a não compensação devida pelo trabalho prestado nesses dias.

- XV. O não gozo de dias de descanso não constitui, por si só, um acto ilícito do empregador.
- XVI. Apenas haverá comportamento ilícito por parte do empregador -e consequentemente direito a indemnização - quando, o trabalhador seja obrigado a trabalhar em dia de descanso semanal, anual e ou em dia de feriado obrigatório e o empregador não o remunerar nos termos da lei (arts. 20º, 17º, 4, b) e 24º do RJRT).
- XVII. Refrise-se que, a ilicitude do acto, é ainda um facto constitutivo do direito alegado pelo A., pelo que era" a ela que competia provar que não foi devidamente remunerada pelo trabalho prestado em dia de descanso.
- XVIII. Porque assim é, carece de fundamento legal a condenação da R. por falta de prova de um dos elementos essenciais à prova do direito do A., i.e., a ilicitude do comportamento da R., ora recorrente.
- XIX. A sentença de que se recorre deverá ser anulada por erro de julgamento, devendo V. Exas. declarar a absolvição da R. do pedido, em conformidade.

Assim não se entendendo, e ainda concluindo:

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

XXII. 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,

XXIII. 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.

XXIV. 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.

XXV. Não assentando as pretensões do Recorrido na violação dos termos contratuais acordados, mas 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:

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

XXVII. 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.

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

XXIX. 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.

XXX. A fundamentação jurídica que Tribunal *a quo* utilizou para considerar como parcialmente procedente o pedido do Recorrido, 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.

XXXI. Deveria o peticionado pelo recorrido ter sido considerado improcedente, porque não provado e, a final e em consequência, ter a Recorrente sido absolvida de todo o pedido.

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

Ainda que assim não se entenda:

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

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

XXXV. Estes “*condidonaüsmos 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).

XXXVI. 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.

- XXXVII. 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.
- XXXVIII. 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).
- XXXIX. 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;
- XL. “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”;
- XLI. As normas decorrentes do clausulado acordado entre o A., ora recorrido, e a R., ora Recorrente, e bem assim resultante dos usos e costumes do sector do jogo, beneficiam claramente o trabalhador.
- XLII. O regime convencional acordado entre a Recorrente e o Recorrido, afigurando-se mais favorável a este último do que o que resultaria da aplicação das regras do direito do trabalho, justifica 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.

- XLIII. Na verdade, mesmo que se possa argumentar que o salário do Recorrido não era um salário justo, porque não tinha correspondência com a prestação laboral do Recorrido, 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.
- XLIV. 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 o Recorrido auferisse apenas um salário justo - da total responsabilidade da Recorrente e pago na íntegra por esta - certamente que esse salário seria inferior ao rendimento total que o Recorrido, a final, auferia durante os vários anos em que foi empregado da Recorrente.
- XLV. 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.
- XLVI. 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 o A. auferia - incorreu o Tribunal *a quo* em erro de direito, co que constitui causa de anulabilidade da sentença ora em crise.

Assim não se entendendo e ainda concluindo:

XLVII. 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;

XLVIII. 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.

XLIX. a conjugação dos arts. 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.

L. 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).

LI. 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.

LII. 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.”

- LIII. Quanto ao descanso anual, da conjugação do n° 1 do artigo 21° com o art. 24°, 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;
- LIV. Dispõe, ainda, o n° 5 do art. 17° 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);
- LV. 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;
- LVI. Todas as disposições que consagram tais direitos, falam apenas em “deve” e “tem direito”;
- LVII. 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.

- LVIII. 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.
- LIX. 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. nº3 do art. 80º do ETAPM);
- LX. Onde, e por ter sido voluntária a prestação de trabalho em dias de descanso semanal, anual e em feriados obrigatórios, 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:

- LXI. Ao trabalhar voluntariamente - e, realce-se, não ficou em nenhuma sede provado que esse trabalho não foi prestado de forma voluntária, muito pelo contrário, como ficou provado pela resposta aos quesito 39º - em dias de descanso (sejam eles anual, semanal ou resultantes de feriados), o Recorrido optou por ganhar mais, tendo direito à correspondente retribuição em singelo.
- LXII. *In casu*, não tendo o Recorrido sido impedido 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 3.º, 4.º, 5.º e 6.º venham a ser dados como provados ao longo de toda a sua relação laboral com a STDM, forçoso é concluir pela inexistência do dever de indemnização da STDM ao Recorrido.

Ainda sem conceder, e ainda concluindo:

LXIII. Nos termos do Decreto-Lei 32/90/M, o A., ora Recorrido, 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;

LXIV. Tendo os dias de trabalho prestado em dia de descanso remunerados, sido remunerados em singelo, é forçoso que a

mesma remuneração tenha de ser subtraída nas compensações devida.

LXV. 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!

LXVI. Apenas no caso de o n° 6 do art. 170 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.

LXVII. 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.,

LXVIII. 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.

LXIX. 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 do Recorrido.

LXX. 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.

LXXI. De acordo com a matéria de facto dada como provada, o rendimento do Recorrido, enquanto empregado da Recorrente, era composto por uma importância fixa -HKD\$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.

LXXII. 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 SIDM.

LXXIII. 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 padficamente unânime", ou seja, no sentido

de que as gorjetas não são qualificáveis enquanto quantitativo enquadrável no conceito de salário dos empregados de casino.²

LXXIV. 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.

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

LXXVI. 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.

LXXVII. 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”.³

LXXVIII. Nem sequer o facto de a Recorrente reunir, contabilizar e distribuir as gorjetas dadas pelos seus Clientes, invalida a tese defendida.

² 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.

³ In Parecer constante de fls. 243 a 276.

LXXIX. Não será pelo facto de incidir sobre as gorjetas imposto profissional que sejam qualificadas como salário.

LXXX. Desde logo, porque estabelece o art. 2º da Lei nº 2/78/M, de 25 de Fevereiro, a !propósito da incidência do Imposto Profissional: “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”.

LXXXI. É a própria norma que distingue, expressamente, gorjetas de salário.

LXXXII. 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.

LXXXIII. Fazemos nossas as conclusões do Ilustre Professor: “Mas a sua tributação [das gorjetas] é irrelevante para a qualificação pretendida (atribuição patrimonial da entidade patronal)”.

LXXXIV. Errou o Mmo. Juiz a quo, ao considerar que o facto de o salário base não ser um salário justo, nos termos do art. 250 do RJRT, tornava decisivo que se considerasse as gorjetas como parte integrante do salário.

LXXXV. 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”.

LXXXVI. 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.

LXXXVII. 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 Recorrente.

LXXXVIII. 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 conlcluindo:

LXXXIX. O Tribunal a quo deveria ter fixado equitativamente 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:

- XC. O Mmo. Juiz *a quo* poderia ter utilizado como referência, o valor *máximo* de salário mensal para efeitos de cálculo da indemnização rescisória a pagar por uma entidade patronal a um qualquer trabalhador.
- XCI. Tal montante foi fixado pelo n.º 6 do art. 47.º do RJRT em MOP\$ 12,000.00, valor que vigorou até 1997 e que, pela Portaria n.º 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. “,
- XCII. 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!
- XCIII. O Mmo. Juiz recorrendo os critérios de justiça, na esteira do que estatui o Código Civil e o RJRT deveria ter fixado um salário justo.
- XCIV. 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.
- XCV. O critério utilizado na decisão em crise aplicou, para efeitos de compensação a média de cada ano, e não - como se impunha, nos termos do n.º 4 do art. 26.º do RJRT - a média dos últimos três meses da duração da relação contratual -(..) trabalho efectivamente prestado (...)”.
- XCVI. 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.

XCVII. 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. 564º do CPC), poderá apurar-se o rendimento do ora Recorrido nos últimos três meses do ano de 2002, o que, desde já, expressamente se requer.

XCVIII. 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 salários dos últimos três meses de cada ano, durante os anos em que durou a relação laboral.

XCIX. Neste contexto, deveria o Mmo. Juiz ter relegado, ao abrigo do disposto no n.º 2 do art. 564º do CPC, a fixação do “*quantum*” indemnizatório para posterior liquidação em execução de sentença, o que desde já, expressamente, se requer.

C. Deve também nesta parte, ser a sentença revogada, decidindo V. Exas. em conformidade.

CI. De igual modo, não deveria, a decisão recorrida, ter desconsiderado o facto de mais de 5,000.00, então colaboradores da ora Recorrente, já terem aceite as gorjetas como não fazendo parte do seu salário, o que, a confirmar-se a decisão recorrida, poderá criar nesses mesmos 5,000.00 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.

CII. Os Tribunais são também garantes da ordem e da paz social, pelo que no exercício da sua actividade - máxime nas decisões que emitem - 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.

O autor não ofereceu a resposta.

Cumpre conhecer.

Foram colhidos os vistos legais.

À matéria de facto foi consignada por assente a seguinte factualidade:

Da Matéria de Facto Assente:

- A Ré tem por objecto social a exploração de jogos de fortuna ou azar, e a indústria hoteleira, de turismo, transportes aéreos, marítimos e terrestres, construção civil, operações em títulos públicos e acções nacionais e estrangeiros, comércio de importação e exportação (*alínea A) da Especificação*).
- A Ré foi titular, desde os anos 60, de um Contrato de Concessão de Exploração, em regime de exclusividade, do

jogos de fortuna ou azar ou outros jogos em casinos (*alínea B) da Especificação*).

- A entrada em vigor, a 1 Janeiro de 2002, da Lei nº 16/2001, que fixou o novo enquadramento legal da exploração de jogos de fortuna ou azar e outros jogos em casino na RAEM, liberalizou este sector e deu origem a um concurso público para três novas concessões de exploração, concurso público este que pela complexidade da matéria e número de interessados levou o Chefe do Executivo, através de Despacho (Despacho nº259/2001m de 18 de Dezembro) a prorrogar para 31 de Março de 2002 o termo do Contrato de Concessão, em regime de exclusividade, de que a STDM era titular (*alínea C) da Especificação*).
- Para levar a cabo o seu escopo, designadamente na área dos casinos, a Ré contratou com pessoas individuais devidamente habilitadas para o efeito, ou às quais a mesma deu formação, a fim de exercer a actividade respectiva (*alínea D) da Especificação*).
- Em 11 de Fevereiro de 1996, o Autor iniciou a sua relação contratual com a Ré, sob direcção efectiva, fiscalização e retribuição por parte desta (*alínea E) da Especificação*).
- A sua função foi a de prestar assistência aos clientes da Ré (*alínea F) da Especificação*).
- O Autor exerceu essa função até ao fim da relação contratual (*alínea G) da Especificação*).

- O horário de trabalho da Autora foi sempre fixado pela Ré, em função das duas necessidades, por turnos diários, em ciclos de três dias, num total de 8 horas, alternadas de 4 em 4 horas , existindo apenas o período de 16 horas de descanso no terceiro dia (*alínea H) da Especificação*).
- O rendimento médio mensal do Autor era composto por várias prestações, a título fixo e variável (*alínea I) da Especificação*).
- O montante pago pela Ré ao Autor a título fixo foi de MOP\$15.00 desde 11 de Fevereiro de 1996 até 25 de Julho de 2002 (*alínea J) da Especificação*).
- Desde a data em que a Ré iniciou a actividade de exploração de jogos de fortuna e azar e até à data em que cessou essa actividade, por termo da Concessão de Exploração que as gorjetas dadas a cada um dos seus trabalhadores pelos seus clientes eram por si diariamente reunidas, contabilizadas e, em cada dez dias, distribuídas por todos os trabalhadores dos casinos que explorou, de acordo com a categoria profissional a que pertenciam (*alínea L) da Especificação*).
- Os dias de descanso que, ao longo da vigência da relação laboral, a Autor gozou, não foram remunerados (*alínea M) da Especificação*)

Da Base Instrutória:

- Desde o início da relação laboral entre o Autor e a Ré, o Autor 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 aos quesitos 3º, 4º, 5º e 6*).

- O Autor auferiu o salário médio diária de MOP\$170.00 durante o ano de 1996 (*resposta ao quesito 8º*).
- O Autor auferiu o salário médio diária de MOP\$204.00 durante o ano de 1997 (*resposta ao quesito 9º*).
- O Autor auferiu o salário médio diária de MOP\$199.00 durante o ano de 1998 (*resposta ao quesito 10º*).
- O Autor auferiu o salário médio diária de MOP\$160.00 durante o ano de 1999 (*resposta ao quesito 11º*).
- O Autor auferiu o salário médio diária de MOP\$195.00 durante o ano de 2000 (*resposta ao quesito 12º*).
- O Autor auferiu o salário médio diária de MOP\$206.00 durante o ano de 2001 (*resposta ao quesito 13º*).
- Por causa da sua situação profissional, o Autor estava cansado e com pouco tempo para passar tempo de lazer com a sua família (*resposta aos quesitos 17º e 18º*).
- A Ré não pagou o Imposto Complementar sobre as gratificações (*resposta ao quesito 28º*).
- Quanto às gorjetas, os trabalhadores sabiam que o seu montante era variável e o rendimento dos trabalhadores está sujeito a essas flutuações (*resposta ao quesito 29º*).
- Na sequência do referido em C), a SJM iniciou um processo de apresentação de propostas para a contratação dos cerca de

cinco mil trabalhadores anteriormente ao serviço da Ré *(resposta ao quesito 33º)*.

- Nas propostas de contrato de trabalho efectuadas aos ditos trabalhadores, entre os quais se encontrava o Autor, a SJM propôs novas condições de trabalho *(resposta ao quesito 34º)*.
- Condições de trabalho essas que se traduziam, entre outras condições, num aumento do seu salário de uma média mensal de MOP\$450.00 atribuída pela Ré em 2001, para um salário mensal de MOP3,000.00 *(resposta ao quesito 35º)*.
- Tais condições de trabalho foram aceites pelo Autor *(resposta ao quesito 36º)*.
- Em 24 de Julho de 2002, a ora Autor assinou um contrato de trabalho com a SJM, cujo teor consta de fls. 134 a 143 e que aqui se dá por integralmente reproduzido *(resposta ao quesito 37º)*.
- O Autor gozou, no ano 2001, 6 dias de descanso *(resposta ao quesito 38º)*.
- Nos dias de descanso semanal, anual e feriados obrigatórios o Autor trabalhou porque quis auferir os respectivos rendimentos *(resposta ao quesito 39º)*.

Conhecendo.

1. Objecto do recurso

Tal como todos os processos idênticos que correram termos neste Tribunal, a ré Sociedade de Turismo e Diversões de Macau, SARL trouxe

para os seus fundamentos de recurso as mesmas questões, podendo embora variáveis dependente da situações concretas, a saber:

- 1) Erro notório na apreciação da prova;
- 2) A natureza da relação jurídica contratual entre o autor e a ré;
- 3) A fixação do salário do autor, nomeadamente a função da gorjeta;
- 4) A compensação dos dias de descanso não gozados.

Então vejamos.

2. Erro notório na apreciação da prova

Em primeiro lugar, a recorrente impugnou a decisão de matéria de facto na resposta aos quesitos n.ºs 3, 4, 5 e 6, 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 629.º.

Dispõe este artigo que:

“Artigo 629.º (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 nºs 3 a 6 textuaram-se o seguinte:

“2º - Desde 11/2/1996 até Outubro de 2000, o autor trabalhou em todos os dias?

3º - A ré nunca autorizou o Autor o gozar dias de descanso semanal?

4º - A Ré nunca autorizou o Autor a gozar dias de descanso anual?

5º - A Ré nunca autorizou o Autor a gozar dias de feriado obrigatório?

6º - O autor nunca recebeu qualquer compensação pelo trabalho desenvolvido nesses dias?”

Com a matéria contida nestes quesitos, podendo embora considerar por abranger dois sentidos de matéria de facto, o não gozo efectivo dos respectivos dias de descanso e a não autorização de gozo dos mesmos, o Tribunal veio dar, por uma lado não provado o quesito nº 2, por outro lado, como provado, na resposta aos quesitos 3º a 6º, apenas que “desde o início da relação laboral entre o autor e a ré, o autor não gozou de férias, nem de descanso semanal, nem feriados obrigatórios quando estava ao serviço da ré e não beneficiou de qualquer acréscimo salarial, por outro lado, deu como provado a matéria contida na resposta ao quesito nº 39 pela forma que:

“Que nos dias de descanso semanal, anual e feriados obrigatórios o Autor trabalhou porque quis auferir os respectivos rendimentos.”

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

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

E perante as respostas aos quesitos nºs 2 a 6 e 39, não se verificam qualquer “deficiência, obscuridade ou contradição” a que cabe à eventual censura do Tribunal de recurso.

3. 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).⁴

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*

⁴ Acórdão deste Tribunal de 2 de Março de 2006 do processo nº 155/2005.

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.⁵

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

- Em 11 de Fevereiro de 1996, o Autor iniciou a sua relação contratual com a Ré, sob direcção efectiva, fiscalização e retribuição por parte desta (*alínea E) da Especificação*).
- A sua função foi a de prestar assistência aos clientes da Ré (*alínea F) da Especificação*).
- O Autor exerceu essa função até ao fim da relação contratual (*alínea G) da Especificação*).
- O horário de trabalho da Autora foi sempre fixado pela Ré, em função das duas necessidades, por turnos diários, em ciclos de três dias, num total de 8 horas, alternadas de 4 em 4 horas , existindo apenas o período de 16 horas de descanso no terceiro dia (*alínea H) da Especificação*).

⁵ Vide o Direito Laboral, 2.º tomo, contrato de trabalho fls. 40 a 44, 2.º volume, escrito pelo Sr. Pedro Romano Martinez

- O rendimento médio mensal do Autor era composto por várias prestações, a título fixo e variável (*alínea I) da Especificação*).

Pelos factos de, entre o autor 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. Salário Justo

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 Culturais⁶, 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*

⁶ 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 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).⁷

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

⁷ 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”.⁸

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,

⁸ 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 – senão 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.⁹

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.”

⁹ 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."*

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. ...”

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

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

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

Isto se traduz que não é relevante a denominação do salário ou o título dos seus elementos componentes. O que é determinante para ser salário é a natureza dos montantes recebidas pelo trabalhador e as condições acordadas acerca da fixação e do cálculo da sua prestação.¹⁰

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.

¹⁰ Acórdão deste TSI de 12 de Dezembro de 2002 do processo nº 123/2002.

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

Eis a orientação legal pela qual devemos seguir.

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

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

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

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

Como acima ficou abordado, a denominação do salário e dos elementos componentes do salário não é determinante na sua qualificação,

devendo ter em consideração a sua natureza intrínseca e não só a extrínseca.

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 pelo Autor à Ré era composta por várias prestações, a título fixo e variável, e esta parte variável correspondia à quota parte do Autor nas gorjetas atribuídas pelos clientes de Ré, veio apurado o salário diário, para efeito de contagem nos termos do D.L nº 24/89/M, desde o início até ao fim da relação laboral (as respostas aos quesitos nºs 8 a 13).

São estes que constituem a base para a contagem a compensação dos dias de descanso dos quais a trabalhadora não tinha gozo.

5. Os dias de descanso

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

Está provado, como acima relatado, que:

- Desde o início da relação laboral entre o autor e a ré, o autor não gozou de férias, nem de descanso semanal, nem feriados obrigatórios quando estava ao serviço da Ré e não beneficiou de qualquer acréscimo salarial.
- Nos dias de descanso semanal, anual e feriados obrigatórios o Autor trabalhou porque quis auferir os respectivos rendimentos.

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 a contagem da compensação dos dias de descanso semanal é feita nos seguintes termos:

Descanso Semanal

Ano	Dias de descanso vencidos e não gozados (A)	Salário média diário (Pataca) (B)	Montante da indenização (Pataca) A X B X 2
2-12/1996	46	170	15640

1997	52	204	21216
1998	52	199	20696
1999	52	160	16640
2000	52	195	20280
2001	48*	206	19776
Total→			MOP\$114.248,00

* Por a sentença fixou este número de dias, mas como o autor não recorreu, mantém-se este número de dias.

Porém, por um lado, como o montante fixado pelo Tribunal *a quo* tanto não foi superior ao ora atribuído como não foi excesso ao pedido do 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\$57.124,00.

Descanso anual

Quanto à compensação por trabalho prestado em período de descanso anual, importa ponderar que tais dias de descanso, legalmente

previstos de 6 por ano eram compensados, 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 a trabalhadora trabalho nestes dias de descanso anual a fim de auferir o rendimento.

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

DESCANSO ANUAL

Ano	Dias de descanso vencidos e não gozados (A)	Salário média diário (Pataca) (B)	Montante da indemnização (Pataca) $A \times B \times 2$
1996	5	170	1700
1997	6	204	2448

1998	6	199	2388
1999	6	160	1920
2000	6	195	2340
2001	6	206	2472
Total →			MOP\$13.268,00

Assim o montante total de compensação para os dias de descanso anual conta-se em MOP\$13.268,00, que é igual ao montante atribuído pelo Tribunal *a quo*.

Nesta parte, impõe-se não proceder o recurso da Ré.

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, 5 dias no ano de 1996 (menos o dia 1 de Janeiro), 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).

O factor de multiplicação para a compensação dos dias de feriados obrigatórios é um ponto de divergência nas decisões dos citados recentes recursos.

Creemos 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 n.º 1 do D.L. n.º 24/89/M, e este “acrécimo salarial” tem sempre com base na retribuição a que tem direito a receber nos termos do artigo 19º n.º 3 do mesmo Diploma, pois diz o n.º 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 n.º 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, (onde apenas se contabiliza o período de trabalho prestado desde 11.02.1996):

FERIADOS OBRIGATÓRIOS

Ano	Dias de descanso vencidos e não gozados (A)	Salário média diário (Pataca) (B)	Montante da indenização (Pataca) $A \times B \times 3$
1996	5	170	2550
1997	6	204	3672
1998	6	199	3582
1999	6	160	2880
2000	6	195	3510
2001	6	206	3708
Total→			MOP\$19.902,00

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 uma lado, não tendo o autor 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 todos os montantes compensatórios fixados a título de trabalho prestado em dias de descanso semanal, anual e em dia de feriado obrigatório, respectivamente, de MOP\$57,124.00, MOP\$13.268,00 e MOP\$6,634.00.

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

Custas pela recorrente.

Macau, aos 4 de Maio de 2006

Choi Mou Pan (Relator)

José Maria Dias Azedo – *nos termos da 1ª parte da declaração de voto que anexei ao acórdão de 2/3/2006, Proc. N.º 234/2005.*

Lai Kin Hong