

卷宗編號： 730/2009

日期： 2011 年 07 月 07 日

關鍵詞： 證據的審查、小費、周假、年假及強制性有薪假

摘要：

- 按照澳門現行的法律制度，法院對證據的審查和事實的認定享有自由心證，即根據常理及經驗法則去作出判斷，只有出現明顯的錯誤下，上級法院才在上訴中作出糾正。“明顯”是指常人亦能輕易發現有關錯誤。

- 當客人所給予的“小費”並非工人可直接及自由支配的。相反，需交回給雇主，再由其自行決定如何分配給工人，而工人對有關“小費”沒有任何話語權，只能服從雇主的決定時，必須計算在工人的薪金內。倘不將有關“小費”計算在內，將對工人構成不公平，同時也違反第 24/89/M 號法令第 25 條第 1 款規定工作者有權收取合理工資的立法精神。

- 不能將工人在周假、年假或強制性有薪假期間上班工作視為其放棄了享受該等假期的權利，自願無償地工作。

- 根據第 24/89/M 號法令第 26 條第 1 款的規定，對收取月薪的工作者，有關金額包括周假、年假及強制性有薪假日工資的數值，不能因在該等期間不提供服務而受任何扣除。

- 而同一法令第 17 條第 6 款和第 20 條第 1 款規定工人在周假及強制性有薪假日工作分別可獲得平常報酬的雙倍和三倍工資。

- 上述法定的補償計算方式並不排除僱主和工人訂定對工人更為

有利的補償。

- 第 101/84/M 號法令第 28 條第 1 款同樣規定對收取月薪的工作者，有關金額包括周假、年假及強制性有薪假日工資的數值，不能因在該等期間不提供服務而受任何扣除。

- 因此，工人在周假和強制性有薪假日不工作的情況下，也有權利得到有關工資。那麼在額外提供了工作的情況下，應該獲得額外的報酬，否則立法者制定的<不能因在該等期間不提供服務而受任何扣除>的規則會變得沒有任何意義。

- 由於第 101/84/M 號法令沒有像第 24/89/M 號法令那樣為周假定出雙倍的平常工資報酬，並且工人在強制性假日的工作也不符合該法令第 21 條第 2 款的規定，故應該以平常工資作為補償基數。

- 倘沒有阻止享用年假的事實，則不能給予三倍之工資補償，應按照第 101/84/M 號法令第 24 條第 2 款或第 24/89/M 號法令第 22 條第 2 款的規定，給予等同工資的補償。

裁判書制作人

何偉寧

民事及勞動上訴裁判書

卷宗編號: 730/2009

日期: 2011 年 07 月 07 日

上訴人: 澳門旅遊娛樂股份有限公司 (被告)

被上訴人: A (原告)

*

一.概述

被告澳門旅遊娛樂股份有限公司，詳細身份資料載於卷宗內，不服初級法院民事庭於 2009 年 06 月 12 日判處其向原告 A 支付澳門幣 \$210,604.86 元的判決，向本院提出上訴，理由詳載於卷宗第 186 至 249 頁，有關內容在此視為完全轉錄¹。

¹ 被告的上訴結論如下:

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

todos do RJRT de 1989, qualquer dos diplomas, aqui, aplicáveis, apenas haverá comportamento ilícito por parte da entidade empregadora ou do empregador, - e consequentemente um direito a indemnização ou a uma compensação - quando, o trabalhador ou o empregado seja obrigado a trabalhar em dia de descanso semanal, anual e ou em dia de feriado obrigatório e aquela entidade empregadora não o remunerar nos termos da lei.

- D. Pelo que, por omissão de pronúncia, a Sentença é desde logo nula, devendo ser revogada, sem prejuízo do que abaixo e adiante se irá ainda concluir e expor.
- E. Não podendo, de todo, proceder os montantes e valores expostos nas tabelas apresentadas a fls. 177 a 178v da dita Sentença ora aqui posta em crise porque, deveria ter-se descontado os montantes recebidos pela aqui Recorrido em singelo, nas pretensas quantias a eventualmente apurar, o que igualmente o Mmo Tribunal recorrido não fez, ao arrepio do mais alto entendimento do Mmo TUI.
- F. Nada se provou que fosse susceptível de indicar qualquer acção ou omissão (muito menos ilícita, ou sequer culposos, logo, não punível) por parte da Recorrente que haja obstado ao gozo de descansos pelo A., não podendo, por isso, afirmar-se o seu direito ao pagamento da indemnização que pede, a esse título - lembre-se que ficou provado que o A. precisava de autorização da R. para ser dispensado ao serviço.
- G. Porque assim é, carece de fundamento legal a condenação da R. e ora Recorrente por falta de prova de um dos elementos essenciais à prova do direito de indemnização do A., ora Recorrido, i.e., a ilicitude e a culpa do comportamento da R., ora Recorrente.
- H. Caso assim não se entenda sempre deve aplicar-se, para o cálculo de qualquer compensação pelo trabalho alegadamente prestado em dias de descanso, o regime previsto para o salário diário - em função do trabalho efectivamente prestado (artigos 28º e 29º do RJRT de 1984 e artigos 26º e 27º do RJRT de 1989).
- I. O Autor, ora Reconido, não estava dispensado do ónus da prova, quanto ao não gozo de dias de descanso e devia, em Audiência de Discussão e Julgamento, por meio de testemunhas ou através de meio de prova documental, ter de facto, provado que dias, alegadamente, não gozou.
- J. Assim sendo, o Tribunal a quo errou na aplicação do direito, pelo que o douto Tribunal de Segunda Instância deverá anular a decisão e absolver a Recorrente dos pedidos deduzidos pelo A., aqui Recorrido.
- K. Nos termos do número 1 do artigo 342º do Código Civil de 1966 e do artigo 335º do Código Civil de 1999, "*Aquele que invocar um direito cabe fazer prova dos factos constitutivos do*

direito alegado.";

- L. Por isso, e ainda em conexão com os quesitos da base instrutória, cabia ao A., ora Recorrido, provar que a Recorrente obstou, proibiu, impediu ou negou o gozo de dias de descanso (sejam semanais, anuais ou feriados).
- M. Ora nada se provou que fosse susceptível de indicar qualquer acção ou omissão (muito menos ilícita, culposa ou punível) por parte da Recorrente que haja obstado ao gozo de descansos pelo A., não podendo, por isso, afirmar-se o seu direito ao pagamento da indemnização que pede, a esse título.
- N. Sendo, assim, a douta Sentença nula, devendo ser revogada e substituída por outra decisão da parte do Mmo Tribunal *ad quem*.
- O. O número 1 do artigo 5º do RJRT de 1984 e o mesmo normativo do RJRT de 1989, dispõem que estes diplomas não serão aplicáveis perante condições de trabalho mais favoráveis que sejam observadas e praticadas entre empregador e trabalhador, esclarecendo os artigos 6º dos mesmos que, os regimes convencionais prevalecerão sempre sobre o regime legal, se daqui resultarem condições de trabalho mais favoráveis aos trabalhadores.
- P. O facto de o A., ora Recorrido, ter beneficiado de um generosa e vantajosa esquema de distribuição de gratificações ou de gorjetas dos Clientes dos casinos que a Ré explorou entre 1962 e 2002, e que lhe permitiu, ao longo de vários anos, auferir mensalmente rendimentos que numa situação normal nunca auferiria, justifica, *de per se*, a possibilidade de derrogação do dispositivo que impõe à entidade empregadora o dever de pagar um salário justo.
- Q. É que, Caso o ora Recorrido auferisse apenas um "salário justo" - da total responsabilidade da Recorrente, e pago na íntegra por esta - certamente que, esse salário *seria inferior* ao rendimento total que o ora Recorrido, a final, auferia durante os vários anos em que foi empregado ou funcionário da ora Recorrente.
- R. Não concluindo - e nem sequer se tendo debruçando sobre esta questão - pelo tratamento mais favorável ao trabalhador resultante do acordado entre as partes - consubstanciado, sobretudo, nos altos rendimentos que o A. auferia - incorreu o Tribunal *a quo* em erro de direito, o que constitui causa de anulabilidade da douta sentença ora em crise, devendo ser a mesma revogada ou alterada quanto a esta questão.
- S. A aceitação do ex-trabalhador, ora Autor e aqui Recorrido, de que aos dias de descanso semanal, anual e em feriados obrigatórios não corresponde qualquer remuneração teria, forçosamente, de ser considerada como válida.
- T. Os artigos 24º e seguintes da Lei Básica de Macau, consagram um conjunto de direitos

-
- fundamentais, assim Como os artigos 70º e seguintes do Código Civil de 1966 e dos artigos 67º e seguintes do Código Civil de 1999, consagram um conjunto de direitos de personalidade e, do seu elenco não constam os alegados direitos violados (dias de descanso anual e semanal e os feriados obrigatórios).
- U. Não tendo o legislador consagrado a irrenunciabilidade dos direitos em questão, devem os mesmos Ser considerados livremente renunciáveis e, bem, assim, considerada eficaz qualquer limitação voluntária dos mesmos, seja essa limitação voluntária efectuada *ab initio*, superveniente ou ocasionalmente.
- V. Destarte, deveria o Mmo Tribunal recorrido, ter considerado eficaz a renúncia ao gozo efectivo de tais direitos, absolvendo a aqui Recorrente do pedido.
- W. Ao trabalhar voluntariamente - e realce-se, não ftcou, em nenburoa sede, provado que esse trabalho não foi prestado de forma voluntária, rouito pelo contrário - em dias de descanso (sejaro eles anual, semanal ou resultantes de feriados), o ora Recorrido optou por ganhar roais, tendo direito à correspondente retribuição em singelo.
- X. E, não tendo o ora Recorrido, sido impedido ou proibido de gozar quaisquer dias de descanso anual, de descanso semanal ou quaisquer feriados obrigatórios, é forçoso é concluir pela inexistência do dever de indemnização da Ré/Recorrente ao A./Recorrido.
- Y. Por outro lado, jamais pode a ora Recorrente concordar coro a fundamentação do Mmo. Juiz *a quo*, quando considera que o A., ora Recorrido, era retribuída com base num salário mensal, sendo que toda a factualidade dada como assente indica o sentido inverso, ou seja, do salário diário ero função do trabalho efectivamente prestado.
- Z. Em primeiro lugar, porque a proposta contratual oferecida pela ora Recorrente aos trabalhadores dos casinos, como ao aqui Recorrido é a mesma há cerca de 40 anos: auferiam um salário diário de, no caso, de MOP\$13,20 ou seja, um salário de acordo coro o periodo de trabalho efectivo e a sua coroparência ao serviço.
- AA. Acresce que a *fórmula* do salário diário nunca foi contestada pelos trabalhadores na pendência da relação contratual e, ademais, nunca os trabalhadores impugnaram expressamente a alegação desse facto nas instâncias judiciais nos processos pendentes.
- BB. Trata-se de uma disposição contratual válida e eficaz de acordo com os anteriores RJRT de 1984 que vigorou até 2 de Abril de 1989 e com o RJRT de 1989 que vigorou até 31 de Dezembro de 2008, que previam, expressamente, a possibilidade das partes acordarem no regime salarial mensal ou diário, no âmbito da autonomia da vontade (e na vertente do princípio da liberdade contratual), prevista no artigo 1º do referido diploma de 1989.

-
- CC. Ora, na ausência de um critério legal ou requisitos definidos para aferir a existência de remuneração em função do trabalho efectivamente prestado, ao estabelecer que o A., ora Recorrido, era retribuído de acordo com um salário mensal, a douta Sentença recorrida desconsidera toda a factualidade dada como assente e, de igual forma, as condições contratuais acordadas entre as partes.
- DD. Salvo o devido respeito por mais douto entendimento diverso, a R. e ora Reconente, entende que, nessa parte, a decisão em crise não está devidamente fundamentada e é errada, ao tentar estabelecer como imperativo (ou seja, o regime de salário mensal em contratos de trabalho típicos) o que a lei define como sendo dispositivo (i. e., as partes poderem livremente optar pelo regime de salário mensal ou diário em contratos de trabalho típicos).
- EE. E, é importante salientar, esse entendimento por parte do Mmo. Juiz *a quo*, teve uma enorme influência na decisão final da presente lide e, em última instância, no cálculo do quantum indemnizatório, pelo que deve ser reapreciada por V. Exas, no sentido de fixar o salário auferido pelo A e ora Recorrido, como salário diário, o que expressamente se requer aqui.
- FF. O trabalho prestado pelo ora Recorrido em dias de descanso foi sempre retribuído em singelo.
- GG. A retribuição já paga pela R./Recorrente ao ora Autor/Recorrido por esses dias, deve ser subtraída nas compensações devidas pelos dias de descanso a que o A./Recorrido tinha direito, nos termos do Decreto-Lei n.º 101/84/M, de 25 de Agosto (que aprovou o RJRT de 1984, igualmente aqui aplicável), e depois, nos termos do Decreto-Lei n.º 24/89/M, de 3 de Abril, que aprovou o RJRT de 1989, e, ainda finalmente, nos termos do Decreto-Lei n.º 32/90/M, de 9 de Julho de 1990 (que alterou este último RJRT pela primeira vez), aplicando-se aqui ambos os diplomas legais laborais.
- HH. Tal como é entendido, hoje em dia, desde 2007, pela mais Alta Instância Jurisdicional em Macau, o Mmo TUI, em pelo menos três doutos arestos sobre esta precisão questão que envolveu – igualmente -, a ora Recorrente.
- II. Assim, entre 16 de Outubro de 1988 e 4 de Junho de 1996, valiam inteiramente os regimes convencionais, o princípio da autonomia privada, na vertente, em especial, da Liberdade contratual, e os Usos e Costumes do sector.
- JJ. Que, hoje em dia, valem como lei e estão ressalvados pela Lei Laboral de Macau.
- KK. O trabalho prestado em dia de descanso semanal, para os trabalhadores que auferem salário diário, deve ser remunerado como um dia nonual de trabalho (cfr. as alíneas a) e b) do número 6 do artigo 17º do RJRT de 1989), tendo o Tribunal *a quo* descurado em absoluto essa questão, ao que parece na opinião da Recorrente.

-
- LL. Ora, nos termos do número 4 do artigo 26º do RJRT em vigor, o salário diário inclui a remuneração devida pelo gozo de dias de descanso e, nos termos da alínea b) do número 6 do artigo 17º, os trabalhadores que auferem salário diário verão o trabalho prestado em dia de descanso semanal remunerado nos termos do que for acordado com a entidade empregadora.
- MM. Indo bem mais além e incluindo todo o descanso "legal", nos termos do artigo 28º do RJRT de 1984, o salário referido a um determinado período (como é o caso dos doutos autos), já inclui o salário correspondente aos períodos de descanso semanal, às férias anuais e aos feriados obrigatórios, remunerados e não remunerados.
- NN. No presente caso, não havendo acordo expresse, deverá considerar-se que a remuneração acordada é a correspondente a um dia de trabalho.
- OO. A decisão aqui em recurso, enferma assim de ilegalidade, por errada aplicação do anterior artigo 28º do RJRT de 1984, e igualmente, por errada aplicação da alínea b) do número 6 do artigo 17º e do artigo 26º, ambos do RJRT de 1989, o que importa a revogação da parte da sentença que condenou a ora Recorrente ao pagamento relativo às compensações pelo não gozo dos dias de descanso, o que, expressamente, se requer.
- PP. Relativamente à questão de Direito e ao aspecto jurídico nuclear deste litígio,
- QQ. As gratificações, luvas, prémios irregulares, prémios de produtividade, ou as gorjetas dos trabalhadores de casinos não são parte integrante do conceito de salário, e bem assim as gratificações ou as luvas ou os prémios, ou as gorjetas auferidas pelos trabalhadores da ora Recorrente.
- RR. Neste sentido a corrente Jurisprudencial dominante, onde se destaca com particular acuidade o Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 8 de Julho de 1999, e agora na R. A. E. M., pelo Tribunal de Última Instância, em três decisões proferidas em 2007 (duas) e em 2008 (uma), até hoje, as únicas sobre esta questão de Direito juridicamente nuclear no presente litígio.
- SS. Outras decisões do Mmo TUI se lhe seguiram, entretanto.
- TT. Também neste sentido se tem pronunciado a Doutrina de uma forma pacífica e unanimemente, quer em Portugal, quer em Macau, quer na Europa.
- UU. Assim, também, o entendeu o Mmo Tribunal de Última Instância de Hong Kong, em douto Acórdão datado de 28 de Fevereiro de 2006:
- VV. *"I am to the view that, subject to the possibility that sections 41 (2) and 41 C(2) are to be read to cover contractual commission accruing and calculated on a daily basis in amounts varying from day to day. no commission is to be included in the calculation of holiday pay and annual*

-
- leave pay*". - Recurso final com o n.º 17/2005 (Direito e processo civil), em recurso do processo inicial com o n.º 204/2004.
- WW. Repare-se que este excerto da decisão do Mmo T.U.I. de Hong Kong também se debruça sobre a compensação pelo trabalho prestado em dia de repouso, considerando que a haver lugar ao pagamento de uma indemnização pelo trabalho prestado em dia de descanso, aquela não inclui nem se calcularia tendo em conta elementos estranhos e alheios ao salário do a ípeticionante.
- XX. E, o mesmo se passa, neste caso concreto decidendo, salvo melhor entendimento, Juízo e opinião.
- YY. E a legislação comparada de Portugal: o Despacho n.º 20/87 de 27 de Fevereiro, publicado na II - série, n.º 59, de 12 de Março de 1987; o Despacho Normativo 24/89, de 17 de Fevereiro de 1989; o Decreto-Lei n.º 422/89 de 2 de Dezembro de 1989; o Decreto-Lei n.º 10/95 de 19 de Janeiro de 1995; a portaria n.º 1159/90, de 27 de Novembro de 1990; a portaria n.º 129/94, de 1 de Março de 1994 ; e a Portaria n.º 355/2004, de 5 de Abril de 2004.
- ZZ. O *punctum crucis* essencial para a qualificação das prestações pecuniárias enquanto prestações retributivas é quem realiza a prestação. A prestação será retribuição quando se trate de uma obrigação a cargo da entidade empregadora.
- AAA. Nas gratificações há um *animus donandi*, ao passo que a retribuição consubstancia uma obrigatoriedade, no sinalagma entre a prestação do trabalho do trabalhador e a sua remuneração pela entidade empregadora.
- BBB. A propósito da incidência do Imposto Profissional: "*O Imposto Profissional incide sobre os rendimentos do trabalho, em dinheiro ou em espécie, de natureza contratual ou não, fixos ou variáveis, seja qual for a sua proveniência ou local, moeda e forma estipulada para o seu cálculo e pagamento*".
- CCC. É a própria norma que distingue, expressamente, gorjetas/gratificações/luvas/prémios irregulares, de salário, vencimento, remuneração ou retribuição - vejam-se os artigos 2º e 3º da Lei n.º 2/78/M, de 25 de Fevereiro de 1978.
- DDD. Neste sentido, qualifica o Dr. António de Lemos Monteiro Fernandes expressamente as gorjetas dos trabalhadores da STDM, S. A., como "*rendimentos do trabalho*", esclarecendo que os mesmos são devidos por causa e por ocasião da prestação de trabalho, mas não em função ou como correspectividade dessa mesma prestação de trabalho.
- EEE. Ainda, e na doutrina portuguesa, por exemplo, no mesmo sentido, a Professora Maria do Rosário Palma Ramalho afirma que, "as gratificações ou prémios atribuídos ao trabalhador não integram, em princípio, o conceito de retribuição, porque não correspondem a um dever

do empregador mas ao seu animus donandi, nem constituem contrapartida do seu trabalho prestado⁶⁵⁸⁻⁶⁵⁹. (...) Por fim, debate-se o problema da qualificação das gratificações e outras prestações patrimoniais em que o trabalhador recebe não do empregador mas de terceiros (por exemplo, as gorjetas dadas aos empregados de um restaurante ou de um hotel, ou aos croupiers do casino, pelos clientes). Crê-se que a qualificação como retribuição destas prestações é de afastar pelo facto de não serem atribuídas nem devidas pelo empregador, não podendo, assim, corresponder a qualquer contrapartida do trabalho prestado⁶⁶²." - páginas 552 e 553, Volume II, "Direito do Trabalho, Parte II - Situações Laborais Individuais", Julho de 2006, itálico no original da obra.

- FFF. E, agora na Jurisprudência portuguesa, por exemplo, decidiu-se igualmente que: "III - As gratificações dadas por terceiros ao trabalhador não se consideram como integrantes do direito à retribuição devida pela entidade patronal;" -Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, relatado pelo Conselheiro Almeida Devesa, de 23 de Janeiro de 1996, processo número 004309, número do documento SJ199601230043094, disponível em www.dgsi.pt.
- GGG. Ou, ainda, por exemplo, no douto Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 8 de Março de 1995, o mesmo acordou que: "II - As gratificações recebidas dos clientes pelos empregados dos Casinos e repartidas pelos trabalhadores, segundo o processo fixado na lei (DL n. 422/89, de 2 de Dezembro, e Portaria n. 1159/90, de 27 de Novembro), não constituem retribuição dos trabalhadores, nos termos dos arts. 82 e 88 da LCT69." - Douto aresto relatado pelo Senhor Desembargador Dinis Roldão, processo número 0098094, número do documento RL199503080098094, também disponível no mesmo sítio da internet, em www.dgsi.pt.
- HHH. Na verdade, a reunião, guarda, recolha e contabilização são realizadas nas instalações dos casinos da STDM, S.A., mas com a colaboração e intervenção de uma *Comissão Paritária* composta por empregados de casino, funcionários da tesouraria e ainda de funcionários do governo que são chamados para supervisionar a todo esse procedimento.
- III. Apenas a distribuição das gratificações, gorjetas, ou das luvas cabia e coube sempre e apenas em exclusivo à Ré/Recorrente.
- JJJ. Salvo o devido respeito pelo Mmo. Tribunal a quo, a posição de sustentar a integração das gorjetas no conceito jurídico de salário, com base no conceito abstracto e subjectivo de "salário justo", não tem qualquer fundamento legal, nem pode ter aplicação no caso concreto decidendo.
- KKK. Em primeiro lugar, porque o que determina se certo montante integra ou não o conceito de salário, são critérios objectivos, que, analisados detalhadamente, indicam o contrário, se não

-
- vejamos: as gratificações ou luvas ou gorjetas são montantes: (i) entregues por terceiros; (ii) variáveis; (iii) não garantidos pela STDM, S.A., aquando da contratação; (iv) reunidas e contabilizadas pelos respectivos empregados do casino, juntamente com funcionários da tesouraria e a DICJ.
- LLL. Vide, por exemplo, o exposto no artigo 39º da Contestação da Recorrente.
- MMM. E, fortalece a nossa tese, a posição do governo de Macau que nunca considerou necessário a definição de um montante mínimo salarial que pudesse servir de bitola para a apreciação - menos discricionária - do que é um *salário justo*.
- NNN. A nova Lei das relações de trabalho - «LRT» - que entrou em vigor a 1 de Janeiro de 2009, exclui, nos seus artigos 57º a 65º - Capítulo V - da Lei n.º 7/2008, de 18 de Agosto de 2008, as gratificações ou luvas ou gorjetas do conceito de remuneração base, não as incluindo em qualquer dos acréscimos à mesma retribuição base.
- OOO. Veja-se, nesse sentido, o teor do número 1 do artigo 59º da LRT.
- PPP. E, no seguimento, os números 2. a 6. do artigo 59º, e os artigos 60º e 61º da mesma LRT actualmente em vigor na R.A.E.M.
- QQQ. Dessa forma, o cálculo da eventual indemnização só poderia, - acredita a Recorrente -, levar em linha de conta o salário diário, excluindo-se as gratificações, luvas ou gorjetas.
- RRR. O valor dos rendimentos médios mensais no sector do jogo e aposta em casino em Macau, ascendeu, no ano de 2007, a cerca de *mais* de 11 (onze) mil patacas mensais (MOP\$11.000,00), enquanto que nas outras áreas económicas e produtivas, os rendimentos apenas ultrapassaram as 7 (sete) mil patacas mensais (MOP\$ 7.000,00) o que, desde logo, demonstra o atractivo por aquela actividade, que a ora Recorrente levou a cabo até 2002.
- SSS. A ora Recorrente, ao que parece, não poderia, pois, ser condenada, à luz de um conceito de salário mensal ou de retribuição média diária ou de remuneração normal, quando estão em causa os descansos semanais, anuais, feriados obrigatórios remunerados e os não remunerados.
- TTT. Dessa forma, o cálculo da eventual indemnização a arbitrar, quanto às questões enunciadas e em litígio, só poderia levar em linha de conta o salário diário, excluindo-se as gratificações ou luvas ou gorjetas.
- UUU. Finalmente, a R. e aqui Recorrente gostaria, ainda, de invocar os três doutos Acórdãos n.º 28/2007, 29/2007, e 58/2007, respectivamente datados de 21 de Setembro de 2007, 22 de Novembro de 2007 e 27 de Fevereiro de 2008, nos quais o Mmo TUI demonstrou partilhar do entendimento da Ré, no que a matéria de retribuição diz respeito.

原告就被告之上訴作出答覆，有關內容載於卷宗第 257 至第 259 頁，在此視為完全轉錄。

*

二.事實

已審理查明之事實載於原審判決的第二部份 (卷宗第 173 背頁至 175 頁)，在此視為完全轉錄²。

VVV. A douta Sentença proferida pelo Tribunal Judicial de Base em 12 de Junho de 2009 ora posta em crise, deverá ser revista e reformulada, absolvendo-se a ora Recorrente e considerando as presentes alegações de Direito procedentes por provadas.

² 已審理查明事實如下:

1. O Autor começou a trabalhar para a Ré em 16 de Outubro de 1988.
2. E essa relação laboral cessou em 04 de Junho de 1996.
3. Como contrapartida da sua actividade laboral, como empregado de casino (糾察員), desde o início da relação laboral até à data da sua cessaçã, o Autor recebia da Ré uma quantia fixa diária e outra parte variável, em função do dinheiro recebido dos clientes de casinos vulgannente designado por «gorjetas».
4. A quantia salarial fixa do Autor era de MOP\$13.20 por dia, desde do seu início do trabalho até a data da cessação de funções.
5. E as «gorjetas» eram distribu ídas pela Ré a todos os trabalhadores dos seus casinos, e não apenas aos que têm «contacto directo» com os clientes nas salas de jogo, segundo um critério por esta fixado.
6. 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 a sua actividade as gorjetas oferecidas a cada um dos seus colaboradores pelos seus clientes eram reunidas e contabilizadas, na presença de, entre outros, um fiscal do governo, um membro do departamento de tesouraria da ré, um «floor manager» (gerente do andar) e um ou mais trabalhadores da Ré.
7. Os empregados que não trabalhavam directamente nas mesas ou os que não lidavam com os

-
- clientes tinham também direito a receber a distribuição das gorjetas.
8. Na sua distribuição interna, os trabalhadores recebiam quantitativo diferente, consoante a respectiva categoria, tempo de serviço e o departamento em que trabalha, fixada previamente pela entidade patronal.
 9. Tanto a parte fixa como a parte variável (as gorjetas) relevavam para efeitos de imposto profissional.
 10. As «gorjetas» eram provenientes do dinheiro recebido dos clientes dos casinos, dependentes do espírito de generosidade desses mesmos clientes, de cuja contabilização (do seu quantitativo) era feita exclusivamente pela Ré.
 11. Os rendimentos efectivamente recebidos pelo Autor entre os anos de 1988 a 1996 foram de:
 - a) 1988=11,155.00
 - b) 1989=72,031.00
 - c) 1990=81,024.00
 - d) 1991=83,103.00
 - e) 1992=79,329.00
 - f) 1993=74,654.00
 - g) 1994=76,169.00
 - h) 1995=81,736.00
 - i) 1996=35,023.00.
 12. O Autor prestou serviços em turnos, conforme os horários fixados pela entidade patronal, sendo a ordem e o horários dos turnos, rotativamente, os seguintes:
 - 1.) das 08H00 até 14H00, e das 02H00 até 08H00;
 - 2.) das 20H00 até 02H00 (dia seguinte), e das 14H00 até 20H00.
 13. O Autor sempre prestou serviços nos seus descansos semanais.
 14. E não foi compensado com outro dia de descanso pela Ré por cada dia de descanso semanal não gozado.
 15. O Autor prestou serviços também nos feriados obrigatórios de 1 de Maio e 1 de Outubro do ano 1989, de 1 de Janeiro, 3 dias do ano novo chinês, 1 de Maio e 1 de Outubro dos anos 1990, 1991, 1992, 1993, 1994 e 1995, bem como 1 de Janeiro, 3 dias do ano novo chinês e 1 de Maio do ano 1996.
 16. O Autor prestou também serviços nos restantes feriados obrigatórios de 1 dia de Cheng Ming, 1 dia de 10 de Junho, 1 dia de Chong Chao, 1 dia de Chong Yeong dos anos de 1989, 1990, 1991, 1992, 1993, 1994 e 1995, bem como 1 dia de Cheng Ming do ano de 1996.

*

三.理由陳述

被告的上訴理由可綜合為:

1. 證據的審查及事實的認定存有錯誤。
2. 錯誤認定工人的工資為月薪而非日薪。
3. 錯誤將“小費”計算入薪金內。
4. 錯誤否定工人可自由放棄周假、年假及強制性有薪假的權利及適用對其更有利之勞動合同。
5. 錯誤計算補償金額。

現在我們逐一審理其上訴理由是否成立。

1. 關於證據的審查及事實的認定存有錯誤方面:

-
17. Ao Autor nunca lhe tinha sido pago qualquer compensação salarial pelos serviços prestados quer nos feriados obrigatórios remunerados quer não remunerados.
 18. O Autor prestou serviços à Ré nos seus descansos anuais.
 19. O Autor nunca gozou descansoS anuais, respeitantes ao período compreendido entre 16 de Outubro de 1988 a 04 de Junho de 1996.
 20. A Ré nunca procedeu ao pagamento de qualquer quantia ao trabalhador (ora Autor) quer por descansos semanais quer por descansos anuais e feriados obrigatórios não gozados, quer remunerados quer não remunerados.
 21. O Autor tinha direito de pedir licenças, mas essas licenças, sendo concedidas, não eram remuneradas, quer no que se refere a salário diário, quer em «gorjetas».
 22. Sempre que um trabalhador quisesse gozar de um ou mais dias de descanso, requeria junto da Ré que, caso a caso, deferia de acordo com um critério por si estabelecido.

按照澳門現行的法律制度，法院對證據的審查和事實的認定享有自由心證，即根據常理及經驗法則去作出判斷，只有出現明顯的錯誤下，上級法院才在上訴中作出糾正。“明顯”是指常人亦能輕易發現有關錯誤。

在本個案中，經分析卷宗的所有資料，並未發現原審法院在證據的審查和事實的認定方面有任何明顯錯誤。

基於此，有關上訴理由並不成立。

2. 關於錯誤認定工人的工資為月薪而非日薪方面:

被告認為，原告是按其實際的工作日數收取薪金的，因此有關薪金為日薪而非月薪。

本院對此並不認同。

工人有固定的工作時間及需根據被告的安排輪更工作，不能隨意休息（需要得到被告的批准），故其薪金是為月薪而非日薪。

3. 關於錯誤將“小費”計算入薪金內方面:

關於工人的“小費”是否應計算在其薪金的問題，在尊重不同的見解下，本院的一貫立場（可見於本院在多個同類卷宗的裁決，特別是卷宗編號 780/2007）是認為必須計算在內的，其核心理由在於客

人所給予的“小費”並非工人可直接及自由支配的。相反，需交回給被告，再由其自行決定如何分配給工人。從中可見工人對有關“小費”沒有任何話語權，只能服從被告的決定。另一方面，倘不將有關“小費”計算在內，將對工人構成不公平，同時也違反第 24/89/M 號法令第 25 條第 1 款規定工作者有權收取合理工資的立法精神。

4. 關於錯誤否定工人可自由放棄周假、年假及強制性有薪假的權利及適用對其更有利之勞動合同方面:

根據已審理查明的事實，工人倘放假將失去該日的工資（當中包括該日的“小費”部份，從中亦可印證“小費”是工資的構成部份）。

基於此，不能將工人在周假、年假或強制性有薪假期間上班工作視為其放棄了享受該等假期的權利，自願無償地工作。相反，其上班工作的目的正是為了不想失去有關的工資。

根據第 24/89/M 號法令第 26 條第 1 款的規定，對收取月薪的工作者，有關金額包括周假、年假及強制性有薪假日工資的數值，不能因在該等期間不提供服務而受任何扣除。

而同一法令第 17 條第 6 款和第 20 條第 1 款³規定工人在周假及強制性有薪假日工作分別可獲得平常報酬的雙倍和三倍工資。

上述法定的補償計算方式並不排除僱主和工人訂定對工人更為有利的補償。

然而，沒有任何事實證明原告和被告間的勞動合同比上述之法定補償更為有利，因當中並沒有明確表明有關假期的補償方式，只是簡單的約定了工人的工資由兩部份組成 — 小費和固定薪金，以及不上班就沒有工資。

在此情況下，不能認定原告已獲得了比法定更為高的假期補償。

因此，被告需向原告就沒有享用有關假期作出補償。

5. 關於錯誤計算補償金額方面:

就補償計算方式方面，我們的立場如下：

I. 第 101/84/M 號法令生效期間：

1. 周假和強制性有薪假日：

有見解認為，由於第 101/84/M 號法令沒有像第 24/89/M 號法令樣規定工人在周假和強制性有薪假日工作有權獲得雙倍和三倍的工資

³ 在中文的法律文本上沒有像葡文文本上有三倍報酬的表述。考慮到原始立法語言為葡文，故以葡文文本為準。

補償，故工人在該些假期工作是沒有工資補償。

在尊重不同的見解下，我們對此並不認同。

第 101/84/M 號法令第 28 條第 1 款同樣規定對收取月薪的工作者，有關金額包括周假、年假及強制性有薪假日工資的數值，不能因在該等期間不提供服務而受任何扣除。

從上可見，工人在周假和強制性有薪假日不工作的情況下，也有權利得到有關工資。那麼在額外提供了工作的情況下，應該獲得額外的報酬，否則立法者制定的<不能因在該等期間不提供服務而受任何扣除>的規則會變得沒有任何意義。

由於第 101/84/M 號法令沒有像第 24/89/M 號法令那樣為周假定出雙倍的平常工資報酬，並且工人在強制性假日的工作也不符合該法令第 21 條第 2 款的規定，故在該法令生效期間有關假期應該以平常工資作為補償基數，即補償系數為 X1。

2. 年假：

第 101/84/M 號法令第 24 條第 2 款明確規定，沒有享受年假的工人，可獲取相當於該假期的工資，因此，應按照有關的規定，給予等同工資的補償，即補償系數同樣為 X1。

II. 第 24/89/M 號法令生效期間：

1. 周假：

第 24/89/M 號法令第 17 條第 6 款規定工人在周假工作可獲得平常報酬的二倍工資，故補償系數為 X2。

2. 強制性有薪假日：

第 24/89/M 號法令第 20 條第 1 款⁴規定工人在強制性有薪假工作可獲得平常報酬的三倍工資，故補償系數為 X3。

有見解認為工人已取得了該等假日的平常工資，故只有權再收取相當兩倍平常工資的補償。

對此，在尊重不同的見解下，我們希望指出的是，第 24/89/M 號法令第 26 條第 1 款規定，對收取月薪的工作者，有關金額包括周假、年假及強制性有薪假日工資的數值，不能因在該等期間不提供服務而受任何扣除。

在此前提下，工人已收取的是他在強制性有薪假日不提供工作下也有權收取的原工資，而非在額外提供了工作的報酬。

⁴ 在中文的法律文本上沒有像葡文文本上有三倍報酬的表述。考慮到原始立法語言為葡文，故以葡文文本為準。

3. 年假：

有見解認為，在第 24/89/M 號法令生效後，沒有阻止工人享用年假的事實下，年假的補償為平常報酬的二倍，理由在於類推適用周假的法定補償方式。

在尊重不同的見解下，我們認為並不能作出類推適用，因不存在任何法律漏洞。不論第 101/84/M 號法令第 24 條第 2 款或第 24/89/M 號法令第 22 條第 2 款均明確規定，沒有享受年假的工人，可獲取相當於該假期的工資。

因此，應按照有關的規定，給予等同工資的補償，即補償系數為 X1。

倘是被阻止享受年假的，則可獲得三倍(X3)之補償 (第 24/89/M 號法令第 24 條)。

III. 額外之假期：

倘工人曾享用假期，但從已審理查明之事實中無法確定是什麼種類之假期的情況下，且證實了其從沒有享用了法定有薪假期，那就不應當作為法定有薪假期。相反，應視為額外之無薪假期，從而不需給予額外之補償或從法定有薪假補償中扣除。

*

基於此，應修正原審法院與上述補償計算方式不符的決定，但當事人沒有就此提出異議的除外，因在當事人進行及推動原則下，即使不認同該些決定，我們也不能主動修正原審法院的決定。然而，倘所判處的超出原告的請求，則應予以修正。

如上所述，在本個案中，應作出如下修正：

年份	日數	日薪金 \$MOP	總計
			(日薪金 X 工作日 數 X 2 *) \$MOP
1989/04/03 ~ 1989/12/31	2	200.09	800.36
1990	6	225.07	2,700.84
1991	6	230.84	2,770.08
1992	6	220.36	2,644.32
1993	6	207.37	2,488.44
1994	6	211.58	2,538.96
1995	6	227.04	2,724.48
1996/01/01 ~ 1996/06/04	5	224.51	2,245.10
總計			18,912.58

* 按原告之請求。

*

四. 決定

綜上所述，判處被告之上訴部份成立，並決定如下：

1. 廢止原審判決和本裁判不符的部份，同時改判處被告須向

原告支付澳門幣\$18,912.58 元，作為在第 24/89/M 號法令
生效期間沒有享用強制性有薪假的補償。

2. 維持原審判決的其他金錢補償的決定。

*

兩審之訴訟費用按勝負比例由原被告承擔。

作出適當之通知。

*

何偉寧

簡德道

賴健雄 (com declaração de voto)

Processo nº 730/2009
Declaração de voto

Subscrevo o Acórdão antecedente à excepção da parte que diz respeito à existência dos direitos do trabalhador à compensação e aos factores de multiplicação para efeitos de cálculos de indemnização pelo trabalho prestado nos descansos semanais e anuais e nos feriados obrigatórios, em tudo quanto difere do afirmado, concluído e decidido, nomeadamente, nos Acórdãos por mim relatados e tirados em 27MAIO2010, 03JUN2010 e 27MAIO2010, nos processos nºs 429/2009, 466/2009 e 410/2009, respectivamente.

RAEM, 07JUL2011

O juiz adjunto

Lai Kin Hong