

Processo n.º 181/2008

(Recurso Laboral)

Data: **02/Abril/2009**

Recorrente:

Sociedade de Turismo e Diversões de Macau, S.A.R.L. (澳門旅遊娛樂有限公司)

Recorrida:

A (XXX)

**ACORDAM OS JUÍZES NO TRIBUNAL DE SEGUNDA
INSTÂNCIA DA R.A.E.M.:**

I – RELATÓRIO

A (XXX) ,melhor identificado nos autos, patrocinado pelo MP, propôs contra a Ré, "**Sociedade de Turismo e Diversões de Macau (STDM)**", com sede na Avenida do Hotel Lisboa, 9º andar, Macau, acção para efectivação do direito ao pagamento da compensação pelo dias de descanso semanal anual e feriados obrigatórios, por si não gozados, pedindo a condenação da Ré no pagamento da quantia *MOP\$71.373,18* e ainda no pagamento de juros vencidos e vincendos sobre tal quantia desde a data da cessação da relação laboral.

Veio esta, a final, a ser condenada a pagar ao autor a quantia de **MOP\$61.630,80**, bem como o montante de juros a contar do trânsito da sentença.

Da decisão final vem recorrer a **STDM, Sociedade de Turismo e Diversões de Macau, S.A.R.L.**, R. alegando, em síntese:

Discorda da matéria de facto dada como provada quanto ao não gozo dos dias de descanso.

Carece de fundamento legal a condenação da 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 do seu comportamento..

Deve considerar-se que o salário do trabalhador era um salário diário.

Cabia ao A., ora recorrido, provar que a Recorrente obstou ou negou o gozo de dias de descanso.

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, o que constitui causa de anulabilidade da sentença ora em crise.

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.

Ao trabalhar voluntariamente 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.

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

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

Não foram oferecidas **contra alegações**.

Oportunamente, foram colhidos os vistos legais.

II – FACTOS

Vêm provados os factos seguintes:

“Da confissão e das provas documentais resultam provados os seguintes factos:

Da Matéria de Facto Assente :

- A R. foi, desde o início da passada década de sessenta até 31 de Março de 2002, a concessionária, em regime de exclusividade, de uma licença de exploração de jogos de fortuna e azar em casino (*alínea A) dos factos assentes*).

- Entre o A. e a R. foi estabelecida um relação a qual cessou em 6 de Agosto de 1992 (*alínea B) dos factos assentes*).

- A distribuição das gorjetas dadas pelos clientes dos casinos era feita a todos os trabalhadores da R., de acordo com a categoria profissional a que pertenciam (*alínea C) dos*

factos assentes).

- Ao gozo de dias de descanso pelos trabalhadores da R., não corresponderia qualquer remuneração (*alínea D) dos factos assentes).*

- Os trabalhadores da R., eram livres de pedir o gozo de dias de descanso (*alínea E) dos factos assentes).*

- Desde que tal gozo de dias não pusesse em causa o funcionamento da empresa da R. o pedido era deferido (*alínea F) dos factos assentes).*

*

Da Base Instrutória:

- A relação em B) dos factos assentes foi estabelecida em 16 de Novembro de 1989 (*resposta ao quesito da 1º da base instrutória).*

- Dessa relação o A. recebia uma quantia fixa, no valor de HKD10,00 por dia, desde do seu início do trabalho até a data da cessação da relação laboral com ora R. (*resposta ao quesito da 2º da base instrutória).*

- O A. recebia ainda uma quantia variável proveniente da gorjetas dadas pelos clientes (*resposta ao quesito da 3º da base instrutória).*

- As quais são distribuídas segundo um critério fixado pela R. (*resposta ao quesito da 4º da base instrutória).*

- O rendimento recebido pelo A. entre os anos de 1989 a 1992 (*resposta ao quesito da 7º da base instrutória):*

- MOP\$12.642,00 em 1989
- MOP\$68.239,00 em 1990
- MOP\$64.557,00 em 1991
- MOP\$38.288,00 em 1992

- A R. foi sempre regular na entrega das gorjetas ao A. *(resposta ao quesito da 8º da base instrutória).*

- O A. era expressamente proibido de guardar as gorjetas dadas pelos clientes dos casinos *(resposta ao quesito da 10º da base instrutória).*

- O horário de trabalho do A. era fixado pela R. por turnos de 6 horas intercalados por períodos de descanso de 12 horas *(resposta ao quesito da 11º da base instrutória).*

- Desde o início da relação até 6 de Agosto de 1992, nunca o A. descansou um período consecutivo de 24 horas em cada período de 7 dias sem perda do respectivo rendimento *(resposta ao quesito da 12º da base instrutória).*

- Nunca o A. descansou 6 dias por ano sem perda do respectivo rendimento *(resposta ao quesito da 13º da base instrutória).*

- De 16 de Novembro de 1989 até 6 de Agosto de 1992, nunca o A. descansou nos dias 1 de Janeiro, 1 de Maio, 1 de Outubro, durante três dias no Ano Novo Chinês, no dia 10 de Junho, e nos dias de Chong Chao, Chong Yeong e Cheng Meng tendo o A. trabalhado nesses dias *(resposta ao quesito da 15º da base instrutória).*

- Sem que a R. tivesse proporcionado qualquer acréscimo no rendimento do A.

(resposta ao quesito da 16º da base instrutória).

- Nem compensado o A. com outro dia de descanso (resposta ao quesito da 17º da base instrutória).

- As gorjetas dadas pelos clientes eram reunidas e contabilizadas por uma comissão paritária composta por um funcionário do Departamento de Inspeção de Jogos de Fortuna ou Azar, um membro do departamento de tesouraria da R., um "floor manager" (gerente do andar) e os trabalhadores-croupiers das mesas *(resposta ao quesito da 18º da base instrutória).*

- As gorjetas eram diariamente reunidas e contabilizadas e, de dez em dez dias, distribuídas *(resposta ao quesito da 19º da base instrutória).*

- O A. não gozou dias de descanso porque quiz auferir o rendimento que corresponderia a tais dais *(resposta ao quesito da 22º da base instrutória).*

- Os trabalhadores da R., podiam pedir um número ilimitado de dias de descanso não remunerado *(resposta aos quesitos das 23º e 24º da base instrutória).*”

III – FUNDAMENTOS

1. O objecto do presente recurso passa pela análise das seguintes questões:

- Da **natureza jurídica do acordo celebrado entre recorrente e recorrida;**

- Do **salário justo; determinação da retribuição da recorrente;** as

gorjetas auferidas pelos trabalhadores de casino integram ou não o seu salário?

- Do **não gozo de dias de descanso semanal, descanso anual e feriados obrigatórios;**

. **prova dos factos; prova do impedimento do gozo;**

. **liberdade contratual;** da admissibilidade de renúncia voluntária ao gozo de dias de descanso semanal, anual, feriados obrigatórios;

- **Integração da natureza do salário;** mensal ou diário;

- **Determinação dos montantes compensatórios** dos dias de trabalho prestado em dias descanso e festividades.

As diferentes questões foram abordadas em vários e abundantes arestos dos Tribunais de Macau, referindo-se que em praticamente todos eles se conseguiu uma unanimidade de entendimento, tanto na 1ª Instância, como neste Tribunal de Segunda instância.¹

Depois disso, sobrevieram algumas decisões do TUI², que decidiu contrariamente à posição que granjeara unanimidade total numa questão fundamental, qual seja a de saber se as gorjetas dos trabalhadores dos casinos da STDM integravam o salário.

Perante tais decisões daquele Alto Tribunal, essa questão, bem como as outras que se colocavam, foram já tratadas devidamente numa série de

¹ - Processos 241/2005, 297/05, 304/05, 234/05, 320/05, 255/05, 296/05, respectivamente de 23/5/06, 23/2/06, 23/2/06, 2/3/06, 2/3/06, 26/1/06, 23/2/06, 330/2005, 3/2006, 76 /2006.

² - Processos 28/2007, 29/2007, 58/2007, de 21/7/07, 22/11/07 e 27/2708, respectivamente

acórdãos deste Tribunal de Segunda Instância e nesta secção em particular, aí se explicando, com o devido respeito, as razões do não acatamento da interpretação do TUI, cientes de que a responsabilidade pela uniformização da Jurisprudência não pode depender unicamente do critério de cada julgador, devendo ser implementada pelo legislador.³

Por essa razão, nessa, bem como nas restantes questões, remetemo-nos para a Jurisprudência deste Tribunal de Segunda Instância.

2. Posto, isto, passa-se de imediato à abordagem das questões que vêm colocadas no recurso, o que se fará, pelas razões acima aduzidas, em termos sintéticos.

A primeira questão que se deve apreciar é a da **caracterização da relação jurídica** existente, o que se reconduz, no fundo, a saber se estamos ou não perante um contrato de trabalho entre ambos celebrado.

Em face do artigo 1079.º do Código Civil, artigos 25º e 27º do anterior RJRL - cfr. artigos 1º, 4), 9º, 2), 57º da actual LRT, Lei 7/2008, de 12 de Agosto, em princípio não aplicável aos contratos findos, face à redacção do disposto no art. 93º -, art. 23º, n.º 3 da Declaração Universal dos Direitos do Homem, art. 7º

³ - Cfr. processos, deste TSI, de 19/2/09, 314/2007, 346/2007, 347/2007, 360/2007, 370/2007

do Pacto sobre Direitos Económicos Sociais e Culturais e pela Convenção da OIT n.º 131, direitos que por essa via não deixam de ser tutelados pela própria Lei Básica no seu artigo 40º, decorre, face à factualidade apurada, que parece não restarem quaisquer dúvidas de que nos encontramos perante um verdadeiro e puro **contrato de trabalho** prestado mediante uma retribuição, sob autoridade, orientações e instruções da empregadora na área de actividade ligada à exploração de jogos de fortuna ou azar.

Temos assim por certo que o contrato celebrado entre um particular e a Sociedade de Turismo e Diversões de Macau, S.A., para aquele trabalhar naquela área dos casinos, sob direcção efectiva, fiscalização e retribuição por parte desta, deve ser qualificado juridicamente como sendo um genuíno contrato de trabalho remunerado por conta alheia, contrato esse que deve ser remunerado com uma retribuição justa.

3. Fundamentalmente, o que está em causa é saber se as *gorjetas* integram o salário do trabalhador. Anote-se que o que interessa é a consideração do que seja o salário para efeitos das compensações a contemplar, face ao que reclamado vem nos autos.

O cerne da questão residirá em saber se, face à matéria de facto, melhor apreendida pelas Instâncias, filtrada e burilada através de tantos e tantos

outros processos, se ela não predispõe num outro sentido compreensivo mais abrangente da realidade com que deparamos nos casos da STDM e neste em particular.

A questão não pode ser desenhada do seu todo, do rendimento efectivo expectável, da prática adoptada e reiterada anos e anos a fio, da natureza específica da exploração e actividade de um casino, da realidade diversa da de outros ordenamentos em termos de Direito comparado.

O carácter de liberalidade e eventualidade das gorjetas é contrariado pelo facto de as mesmas, no caso dos casinos da STDM, serem por esta reunidos, contabilizados e distribuídos e não se diga que o sistema de contabilização e distribuição pela empresa representa o sistema mais justo e que mais beneficia o trabalhador não é argumento decisivo, pois que sempre se pode entender que essa prática se insere no próprio processo contratual entre as partes e que por isso mesmo o trabalhador espera com uma forte probabilidade vir a auferir uma massa de rendimentos, só por via dela anuindo à celebração daquele contrato de trabalho.

É verdade que quanto à perspectiva tributária incidente sobre as gorjetas esse argumento não se mostra decisivo.

Na perspectiva tributária de direito público, o imposto profissional é

um imposto parcelar, estruturado cedularmente, mediante o qual se submete a regime específico de incidência, determinação da matéria colectável e taxa os rendimentos decorrentes do trabalho, por conta de outrem ou por conta própria. Englobam-se nesse tipo de rendimento as gratificações ou *gorjetas* espontânea e livremente entregues, na sequência de uma reiterada prática social, pelos beneficiários de um determinado serviço ou trabalho, e por causa deste, aos que executaram esses serviço ou trabalho.⁴

Não obstante o princípio da autonomia privada, há que ter em conta, principalmente no que respeita à liberdade de estipulação do conteúdo, determinadas normas que não podem ser afastadas pela vontade das partes, as quais limitam a liberdade contratual, impondo, pelo menos, um conteúdo mínimo imperativo.

As *gorjetas* dos trabalhadores da STD, na sua última *ratio* devem ainda ser vistas como "*rendimentos do trabalho*", sendo devidos em função, por causa e por ocasião da prestação de trabalho, ainda que não originariamente como correspectividade dessa mesma prestação de trabalho, mas que o passam a ser a partir do momento em que pela prática habitual, montantes e forma de distribuição, com eles o trabalhador passa a contar, estando nós seguros de que sem essa componente o trabalhador não se sujeitaria a trabalhar com um salário que na sua base é um salário de miséria.

⁴ - Parecer da PGR n.º P001221988, de 18/11/88

Não se deixam de encontrar no Direito Comparado situações em que a gorjeta integra o valor da remuneração, assim acontecendo no Brasil, compreendendo-se na remuneração do empregado, para todos os efeitos legais, além do salário devido e pago directamente pelo empregador, como contraprestação do serviço, as gorjetas que receber e considerando-se gorjeta não só a importância espontaneamente dada pelo cliente ao empregado, como também aquela que for cobrada pela empresa ao cliente, como adicional nas contas, a qualquer título, e destinada à distribuição aos empregados.

Salvaguardando a diferença de sistemas, assim acontece igualmente nos EUA.

Assim acontece em Hong Kong, onde ainda recentemente o *Court of Final Appeal* decidiu ratificar o entendimento do *Court of Appeal* no sentido de que as gorjetas deviam integrar o salário com argumentos próximos dos acima expendidos.⁵

Por outro lado, em Portugal, não minimizando a dita doutrina citada pelo TUI, não se deixa de assinalar, como acima se referiu, que a realidade fáctica diverge em ambos os ordenamentos e num ponto que se nos afigura essencial, qual seja o de em Portugal o rendimento mínimo estar garantido por lei.

⁵ - Proc. 55/2008, de 19/1/09, *between* Lam Pik Shan and HK Wing On Travel Service Limited, *in*

<http://www.hklii.org/hk>

4. Do não gozo de dias de descanso semanal, descanso anual e feriados obrigatórios;

- . prova dos factos
- . liberdade contratual; da admissibilidade de renúncia voluntária ao gozo de dias de descanso semanal, anual e feriados obrigatórios.

Provou-se que o trabalhador em questão trabalhou nos dias de descanso semanal, anual e também feriados obrigatórios e não recebeu qualquer acréscimo.

Para que haja erro manifesto na apreciação da prova tem de resultar da alegação da parte recorrente e dos elementos dos autos a probabilidade de existência de erro de julgamento, o que decorre da *indicação não só dos pontos considerados incorrectamente julgados*, como da indicação dos *concretos meios probatórios que impunham uma decisão diversa* (cfr. artigo 599º, n.º 1, a) e b) e 629º do CPC).

No que ao ónus da prova respeita só importaria apreciar a questão em caso de falta de prova dos factos alegados pela parte a quem cabia o ónus de provar os factos integrantes do seu direito (cfr. o n.º 1 do art. 335º do CC), de forma a daí retirar as devidas consequências.

5. Da liberdade contratual.

Ao interpretar e aplicar qualquer legislação juslaboralística em sede do

processo de realização do Direito, temos que atender necessariamente ao “princípio do *favor laboratoris*”, princípio que para além de “orientar” o legislador na feitura das normas juslaborais (sendo exemplo paradigmático disto o próprio disposto no art.º 5.º, n.º 1, e no art.º 6.º do Decreto-Lei n.º 24/89/M, de 3 de Abril), deve ser tido pelo menos também como farol de interpretação da lei laboral, sob o qual o intérprete-aplicador do direito deve escolher, na dúvida, o sentido ou a solução que mais favorável se mostre aos trabalhadores no caso considerado, em virtude do objectivo de protecção do trabalhador que o Direito do Trabalho visa prosseguir.

Do que acima fica exposto decorre que se A. e Ré podiam acordar nos montantes da retribuição (e o problema que se põe nessa sede não é já o do primado da liberdade contratual mas sim o da determinação da vontade das partes quanto à integração dessa retribuição) já o mesmo não acontece quanto ao gozo dos dias de descanso, férias e feriados e sua remuneração.

6. Da errada interpretação e aplicação do n.º 4, do art. 26º do RJRT - da violação do n.º 2 do art. 564º do CPC

E ainda da configuração do salário como mensal.

As características e natureza do trabalho, tal como vem provado, harmonizam-se mais com o considerar que se tratava de um salário mensal, estando a remuneração não já dependente do resultado de trabalho efectivamente produzido, nem, tão-pouco, do período de trabalho efectivamente

prestado.

Da redacção do n.º 4 do artigo 26º decorre uma consequência importantíssima na interpretação das normas que atribuem as compensações pelo trabalho prestado nesses dias. É que o n.º 1 do art.º 26.º do Decreto-Lei n.º 24/89/M, atentos os termos empregues na redacção da sua parte final, - *os trabalhadores que auferem um salário mensal...não podendo sofrer qualquer dedução pelo facto de não prestação de trabalho nesses períodos* (períodos de descanso semanal e anual e feriados obrigatórios) - visa tão-só proteger o trabalhador contra eventual redução do seu salário mensal por parte do seu empregador sob pretexto de não prestação de trabalho nesses períodos e, por isso, já não se destina a determinar o desconto do valor da remuneração normal na compensação/indemnização pecuniária a pagar ao trabalhador no caso de prestação de trabalho em algum desses dias.

Essa posição, no respeitante ao tipo do salário da parte A., releva para aplicação do n.º 6 do art.º 17.º do Decreto-Lei n.º 24/89/M, de 3 de Abril, na actual redacção dada pelo artigo único do Decreto-Lei n.º 32/90/M, de 9 de Julho, já que na hipótese de pagamento do trabalho prestado em dia de descanso semanal, por força do n.º 6, é ao disposto na sua alínea a) que se atende e já não ao determinado na sua alínea b).

7. Da lei aplicável.

Ainda aqui nos remetemos para o desenvolvimento feito nos acórdãos já citados.

Posto isto, assim se entra na análise da correcção da sentença recorrida quanto ao **apuramento das compensações devidas** pela entidade patronal, por violação dos diferentes tipos de descanso do trabalhador e assim do invocado erro de direito em relação às pertinentes normas reguladoras daquelas compensações.

Neste caso particular acompanhamos as fórmulas adoptadas na Jurisprudência quase unânime deste Tribunal, unanimidade que sofreu até ao momento apenas a excepção da compensação do trabalho prestado em dias de feriados obrigatórios.⁶

Tais fórmulas de cálculo, no essencial, foram ratificadas pelo TUI, com excepção do trabalho prestado em dias de folga semanal. O que, de certa forma, se ficou devendo ao entendimento divergente, donde partiu, ao assentar na existência de um salário diário, o que vale por dizer, prestado em função do trabalho efectivamente prestado

8. Os rendimentos deste processo constam da matéria acima dada como provada.

⁶ - Vd. douto voto vencido nos Acórdãos 234/2005 e 257/2007, de 2/3/06 e 9/3/06, respectivamente

	Ano	Salário Médio Diário
1	1989	274.80
2	1990	187.00
3	1991	176.90
4	1992	174.80

9. Trabalho prestado em dia de descanso semanal

Assim, configura-se o seguinte quadro para o **DESCANSO SEMANAL**,

(só no período de trabalho de 3 de Abril de 1989 a 6 de Agosto de 1992, data da cessação da relação laboral, **sob a alçada do Decreto-Lei n.º 24/89/M**):

Ano	número de dias vencidos e não gozados	remuneração diária média em MOP (B)	Quantia indemnizatória (A x B x 2)
1989	6	274.80	3,297.60
1990	52	187.00	19,448.00
1991	52	176.90	18,397.60
1992	32	174.80	11,187.20
Total das quantias →			52,330.40
<i>Vs o total na sentença:</i>			<i>78,495.60</i>

10. Descanso anual

Como se entrou com o factor **x1**, tanto na âmbito do DL 101/84/M, como no DL 24/89/M, ficou-se aquém do valor que se encontraria segundo os critérios deste TSI, donde manter-se o valor apurado na falta de recurso do trabalhador.

11. Feriados obrigatórios

O mesmo se diga em relação aos feriados obrigatórios. Entrou-se na sentença recorrida com o factor **x2** quando segundo o critério aqui adoptado devia seguir-se a fórmula **X3**.

13. Concluindo,

Os valores encontrados para a compensação dos descansos semanais alteram-se em conformidade com os cálculos constantes do mapa supra.

No mais se manterá o decidido por não vir recurso do trabalhador.

Tudo visto e ponderado, resta decidir,

IV – DECISÃO

Nos termos e fundamentos acima expostos, acordam os Juízes que compõem o Colectivo deste Tribunal, em conferência:

- em julgar parcialmente procedente o recurso da STDM, revogando parcialmente o decidido, condenando-se a Ré STDM a pagar ao A. A

a quantia de **MOP\$52,330.40**, a título de compensação pelos descansos semanais;

- em manter o mais que foi fixado na sentença recorrida.

Custas do recurso da decisão final pela Ré, recorrente e pelo A., recorrido, na proporção dos respectivos decaimentos.

Macau, 2 de Abril de 2009,

João A. G. Gil de Oliveira

Choi Mou Pan

Lai Kin Hong

Vencido apenas quanto às custas a cargo da Autora, por entender que deve ser isenta delas por força do espírito subjacente ao art.º 2.º/1-f) do R.C.T.