

Recurso nº 738/2008

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

Recorrida: 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 à A. todas as quantias em dívida resultantes da violação do seu direito ao descanso semanal, que ascendem ao total de MOP\$598.940,00 (quinhentas e noventa e oito mil, novecentas e quarenta patacas), quantia essa acrescida de juros à taxa legal desde a citação até integral e efectivo pagamento;
- b. A pagar à A. todas as quantias em dívida resultantes da violação do seu direito ao descanso anual, que ascendem ao total de MOP\$92.230,00 (noventa e duas mil, duzentas e

trinta patacas), quantia essa acrescida de juros à taxa legal desde a citação até integral e efectivo pagamento;

- c. A pagar à A. todas as quantias em dívida resultantes da violação do direito aos feriados obrigatórios, que ascendem ao total de MOP\$74.232,00 (setenta e quatro mil, duzentas e trinta e duas patacas), quantia essa acrescida de juros à taxa legal desde a citação até integral e efectivo pagamento;
- d. A pagar à A. o salário devido relativo ao período de gravidez e parto, na quantia de MOP\$163.426,00 (cento e sessenta e três mil, quatrocentas e vinte e seis patacas), acrescida de juros à taxa legal desde a citação até integral e efectivo pagamento;
- e. Em custas e procuradoria condigna.

Citada a ré Citada a ré, esta contestou, tendo deduzido a excepção de prescrição.

No saneador, o Mm^o Juiz decidiu a questão de prescrição, julgando parcialmente procedente a excepção pela forma de considerar prescritos os créditos resultante do direito à licença de maternidade, relativo ao descanso anual e ao semanal do período anterior a 8 de Junho de 1987 e aos feriados obrigatórios do período anterior a 8 de Junho de 1987.

Desta decisão não houve recurso.

Correndo todos os termos processuais no processo n^o CV2-07-0143-LAC junto do Tribunal Judicial de Base, o Tribunal Singular respondeu aos quesitos e a Mm^a Juiz titular do processo proferiu a sentença decidindo:

1. Condenar a Ré, Sociedade de Turismo e Diversões de Macau, S.A.R.L. (澳門旅遊娛樂有限公司), a pagar à Autora, A, a quantia de MOP\$475.913,40, a título de indemnização total pelo não gozo dos descansos semanal e anual e feriados obrigatórios remunerados (MOP\$442.122,80 + MOP\$33.790,60) acrescida de juros ligais à taxa legal desde o trânsito em julgado da sentença até efectivo e integral pagamento; e
2. Absolver a mesma Ré dos restantes pedidos formulados pela Autora.¹

Inconformado com a decisão recorreu a ré alegando para concluir extensamente no seguinte termos:

- A. A sentença de que ora se recorre é nula por erro manifesto na subsunção da matéria de facto dada como provada relativamente ao impedimento, por parte da Ré, do gozo de dias de descanso semanal e nos feriados obrigatórios remunerados, por parte da autora, e bem assim, relativamente ao tipo de salário auferido pela ora Recorrida,

¹ 判處被告澳門旅遊娛樂有限公司向原告 A 繳付金額澳門幣 475,913.40 元作為原告未有享受週假及強制性有薪假日之賠償總和 (澳門幣 442,122.80 元 + 澳門幣 33,790.60 元), 附加按法定利率計算之到期利息, 利息自本判決轉為確定日起計至全數支付為止;

就原告之其他請求, 開釋被告。

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 pela Recorrida e as gratificações ou gorjetas recebidas de terceiros, liberalidades dos clientes frequentadores dos casinos, distribuídas aos então colaboradores ou trabalhadores da Recorrente.

- B. De acordo com o douto teor de fls. 82 a 84v, o Mmo Tribunal recorrido considerou prescritos os pedidos de licenças de maternidade e de não gozo de descanso anual, matéria de que a Recorrente, naturalmente, não recorre.
- C. Com base nos factos constitutivos dos direitos alegados pela A., ora Recorrida, lembre-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.
- D. E, de acordo com os artigos 17º e 23º do RJRT de 1984 e com os artigos 17º, 19º e 20º, estes, do RJRT de 1989, qualquer dos diplomas, aqui, aplicáveis, apenas haverá comportamento ilícito por parte da entidade empregadora ou do empregador, - e conseqüentemente um direito a indemnização ou a uma compensação - quando, o trabalhador ou o empregado seja obrigado a trabalhar em dia de descanso semanal ou em dia de feriado obrigatório e aquela entidade empregadora não o remunere nos termos da lei.

- E. 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.
- F. Não podendo, de todo, proceder os montantes e valores expostos nas tabelas apresentadas a fls. 164v, 165v, 166v, 167 e 168v, da douta Sentença recorrida, porque, deveria ter-se descontado os montantes recebidos pela Recorrida em singelo, nas pretensas quantias a eventualmente apurar, o que igualmente o Mmo Tribunal a quo não fez, ao arrepio do mais alto entendimento do Mmo TUI.
- G. 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 descanso semanal e em feriados obrigatórios pela A., não podendo, por isso, afirmar-se o seu direito ao pagamento da indemnização que pede, a esse título - relembre-se que ficou provado que a A. precisava da autorização da R. para ser dispensada ao serviço.
- H. 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 da A., ora Recorrida, i.e., a ilicitude e a culpa do comportamento da R., ora Recorrente.
- I. 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 actual RJRT).

Assim não se entendendo, e ainda concluindo:

- J. A Autor, ora Recorrida, não estava dispensada 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.
- K. Assim sendo, o douto 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 pela A., aqui Recorrida.
- L. Nos termos do número 1 do artigo 342º do Código Civil de 1966 e do artigo 335º do Código Civil de 1999, “Àquele que invocar um direito cabe fazer prova dos factos constitutivos do direito alegado.”;
- M. Por isso, e ainda em conexão com os quesitos da base instrutória, cabia à A., ora Recorrida, provar que a Recorrente obstou, proibiu, impediu ou negou o gozo de dias de descanso (sejam descansos semanais ou em dias feriados).
- N. 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 pela A., não podendo, por isso, afirmar-se o

seu direito ao pagamento da indemnização que pede, a esse título.

- O. Sendo, assim, a douda Sentença nula, devendo ser revogada e substituída por outra decisão da parte do Mmo Tribunal *ad quem*.

Assim não se entendendo, e ainda concluindo:

- P. Os números 1 do artigos 5º de ambos os dois RJRT de 1984 e de 1989, dispõem que esses dois diplomas não serão aplicáveis perante condições de trabalho mais favoráveis que sejam observadas e praticadas entre empregador e trabalhador, esclarecendo o artigo 6º dos mesmos dois diplomas que, os regimes convencionais prevalecerão sempre sobre o regime legal, se daqui resultarem condições de trabalho mais favoráveis aos trabalhadores.
- Q. O facto de a A., ora Recorrida, ter beneficiado de um generoso e vantajoso 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 si, a possibilidade de derrogação do dispositivo que impõe à entidade empregadora o dever de pagar um salário justo.
- R. É que, pois, caso a ora Recorrida auferisse apenas um “salário justo” - da total responsabilidade da Recorrente, e pago na íntegra por esta - certamente que, esse salário seria inferior ao rendimento total que a ora Recorrida, a final,

auferia durante os vários anos em que foi empregado ou funcionário da ora Recorrente.

- S. 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 a A. auferia - incorreu o Tribunal a quo em erro de direito, o que constitui causa de anulabilidade da dita sentença ora em crise, devendo ser a mesma revogada ou alterada quanto a esta questão, da pretensa falta de descanso semanal ou de gozo dos feriados obrigatórios remunerados e não remunerados.

Assim não se entendendo e ainda concluindo:

- T. A aceitação da ex-trabalhadora, ora Autora e aqui Recorrida, de que aos dias de descanso semanal e em feriados obrigatórios não corresponde qualquer remuneração teria, forçosamente, de ser considerada como válida.
- U. 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 semanal e nos dias de feriados obrigatórios).
- V. 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.

- W. Destarte, deveria o Mmo Tribunal Recorrida, ter considerado eficaz a renúncia ao gozo efectivo de tais direitos, absolvendo a aqui Recorrente do pedido.

Assim não se entendendo, e ainda concluindo:

- X. Ao trabalhar voluntariamente - e realce-se, não ficou, em nenhuma sede, provado que esse trabalho não foi prestado de forma voluntária, muito pelo contrário - em dias de descanso (sejam eles anual, semanal ou resultantes de feriados), a ora Recorrida optou por ganhar mais, tendo direito à correspondente retribuição em singelo.
- Y. E, não tendo a Recorrida, sido impedida ou proibida de gozar quaisquer dias de descanso semanal ou em quaisquer feriados obrigatórios, é forçoso é concluir pela inexistência do dever de indemnização da Ré/Recorrente à A./Recorrida, quanto àqueles.

Ainda sem conceder, e ainda concluindo:

- Z. Por outro lado, jamais pode a ora Recorrente concordar com a fundamentação do Mmo Juiz a quo quando considera que a A., ora Recorrida, era retribuída com base num salário mensal, sendo que toda a factualidade dada como assente indica o sentido inverso, ou seja, do salário diário em função do trabalho efectivamente prestado.

- AA. Em primeiro lugar, porque a proposta contratual oferecida pela ora Recorrente aos trabalhadores dos casinos, como a aqui Recorrida é a mesma há cerca de 40 anos: auferiam um salário diário de, no caso, de MOP4.10, depois de HKD\$10.00, e finalmente, em HKD\$15,00 por dia, ou seja, um salário de acordo com o período de trabalho efectivamente prestado e a sua comparência ao serviço.
- BB. 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.
- CC. Trata-se de uma disposição contratual válida e eficaz de acordo com anterior RJRT de 1984 e o actual RJRT de 1989, que prevêem, expressamente, a possibilidade das partes acordarem no regime salarial mensal ou diário, no âmbito da Autonomia da Vontade (vertente da liberdade contratual), prevista no artigo 1º dos mesmos diplomas laborais de Macau.
- DD. 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 a A., ora Recorrida, era retribuída de acordo com um salário mensal, a douda Sentença recorrida desconsidera toda a factualidade dada como assente e de igual forma, as condições contratuais acordadas entre as partes.

EE. Salvo o devido respeito por mais douto entendimento diverso, a R. e ora Recorrente, 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).

FF. E, é importante salientar, esse entendimento por parte da Mma. Juíza a quo, teve uma enorme influência na decisão final da presente lide e, em última instância, no cálculo do quantum indenizatório, pelo que deve ser reapreciada por V. Exas, no sentido de fixar o salário auferido pela A, ora Recorrida, como salário diário, o que expressamente se requer.

Por outro lado,

GG. O trabalho prestado pela ora Recorrida em dias de descanso foi sempre retribuído em singelo.

HH. A retribuição já paga pela R./Recorrente à ora Autora/Recorrida por esses dias, deve ser subtraída nas compensações devidas pelos dias de descanso a que a A./Recorrida tinha direito, nos termos do Decreto-Lei n.º 101/84/M, de 25 de Agosto (que aprovou o RJRT de 1984, igualmente aplicável), e, depois, nos termos do Decreto-Lei n.º 24/89/M, de 3 de Abril (que aprovou o actual RJRT de 1989), e, ainda finalmente, nos termos do Decreto-Lei

n.º32/90/M, de 9 de Julho de 1990 (que alterou este último RJRT pela primeira vez).

- II. 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.
- JJ. Assim, entre 12 de Abril de 1978 e 31 de Agosto de 1984, valiam inteiramente os regimes convencionais, o princípio da autonomia privada, na vertente, em especial, da Liberdade contratual, e os Usos e Costumes do sector.
- KK. Que, hoje em dia, valem como lei e estão ressalvados pela Lei Laboral de Macau.
- LL. O trabalho prestado em dia de descanso semanal, para os trabalhadores que auferem salário diário, deve ser remunerado como um dia normal 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.
- MM. 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, remunerados nos termos do que for acordado com a entidade empregadora.
- NN. 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.

OO. No presente caso, não havendo acordo expresso, deverá considerar-se que a remuneração acordada é a correspondente a um dia de trabalho.

PP. A decisão aqui em recurso, enferma assim de ilegalidade, por errada aplicação da alínea b) do número 6 do artigo 17º e do artigo 26º, ambos do actual RJRT e por errada aplicação do anterior artigo 28º do RJRT de 1984, 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 semanal, o que, expressamente se requer.

Ainda, concluindo, deverá também, ser considerado pelo Mmo Tribunal ad quem:

QQ. Relativamente à questão de Direito e ao aspecto jurídico nuclear deste litígio.

RR. 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.

SS. 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.

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, subjecto to the possibility that sections 41(2) and 41C(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 nº 17/2005 (Direito e processo civil), em recurso do processo inicial com o nº 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 aí peticionante.

- 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 *animum 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 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 STD, 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 52 e 53, 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 STD M, 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 STD, S.A., aquando da contratação; (iv) reunidas e contabilizadas pelos respectivos empregados do casino, juntamente com funcionários da tesouraria e a DICJ.

LLL. 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.

MMM. Nem, diga-se, de iure constituendo, ou de lege ferenda, nos vários projectos de novo RJRT, discutidos desde 2007 até meados de 2008, que se irá incluir um mínimo salarial ou

o que será quantitativamente e qualitativamente o referido «salário justo» seja do conhecimento público.

NNN. A nova Lei das relações de trabalho - «LRT» - a entrar em vigor, em 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 nova LRT a entrar futuramente 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 mil patacas mensais (MOP 11.000,00), enquanto que nas outras áreas económicas e produtivas, os rendimentos apenas ultrapassaram as 7 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 Recorrente, ao que parece, não poderia 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 e em dias de feriados obrigatórios remunerados e, 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.ºs 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.

VVV. A douta Sentença proferida pelo Tribunal Judicial de Base aos 8 de Outubro de 2008, ora posta em crise, deverá ser revista e reformulada, absolvendo-se a ora Recorrente e considerando as presentes Alegações de Recurso procedentes por provadas.

Nestes termos e nos melhores de direito aplicáveis que Vossas Excelências melhor suprirão, deve o presente recurso ser julgado integralmente procedente, revogando-se a douta Sentença recorrida em conformidade.

Cumpre conhecer.

Foram colhidos os vistos legais.

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

Da Matéria de Facto Assente:

- A R. 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) dos factos assentes*).
- A R. foi a única concessionária de jogos de fortuna ou azar em Macau até 31 de Março de 2002 (*alínea B) dos factos assentes*).
- A A. manteve uma relação laboral com a R., sob direcção efectiva e fiscalização desta, foi estabelecida em 12 de Abril de 1978 a qual cessou em 4 de Maio de 1995 (*alínea C) dos factos assentes*).
- O horário de trabalho da A. foi sempre fixado pela R. em função das suas necessidades, por turnos diários, em ciclos de 3 dias, num total de 8 horas, alternados de 4 em 4 horas, existindo apenas o período de descanso de 8 horas diárias durante dois dias e um período de 16 horas de descanso no terceiro dia (*alínea D) dos factos assentes*).
- Dessa relação, a A recebia um rendimento composto por

uma parte fixa e outra variável (*alínea E) dos factos assentes*).

- A parte variável era constituída por gorjetas dadas pelos clientes da R. (*alínea F) dos factos assentes*).

Da Base Instrutória:

- A parte fixa era inicialmente de HKD\$4,10 por dia; e partir de 1 de Julho de 1989, de HKD10,00 por dia; e partir de 1 de Maio de 1995, de HKD\$15,00 por dia (*resposta ao quesito da 1º da base instrutória*).
- As gorjetas eram cobradas por ordens da R. e reunidas, contabilizadas e distribuídas pela R. de acordo com regras e critérios, desconhecidos pelos trabalhadores da R. e estabelecidos exclusivamente por esta (*resposta ao quesito da 2º da base instrutória*).
- O rendimento referido em E) dos factos assentes era anualmente de (*resposta ao quesito da 3º da base instrutória*):
 - MOP\$81.946,00 em 1984
 - MOP\$125.629,00 em 1985
 - MOP\$86.020,00 em 1986
 - MOP\$130.088,00 em 1987
 - MOP\$137.341,00 em 1988
 - MOP\$150.984,00 em 1989
 - MOP\$184.831,00 em 1990
 - MOP\$178.271,00 em 1991
 - MOP\$181.728,00 em 1992

- MOP\$190.378,00 em 1993
- MOP\$200.824,00 em 1994
- MOP\$38.928,00 em 1995.
- Desde o início da relação até à data da cessação da relação, a A. nunca gozou descansar um período consecutivo de 24 horas em cada período de 7 dias sem perda do respectivo rendimento. *(resposta ao quesito da 4º da base instrutória).*
- A A. nunca gozou descansar 6 dias por ano sem perda do respectivo rendimento *(resposta ao quesito da 5º da base instrutória).*
- Até 30 de Março de 1989, a A. nunca gozou descansar nos dias 1 de Janeiro, 1 de maio, 1 de Outubro, 10 de Junho, nos dias de Chong Chao, Chong Yeong e Cheng Meng e durante três dias no Ano Novo Chinês tendo a A. trabalhado nesses dias *(resposta ao quesito da 6º da base instrutória).*
- De 30 de Março de 1989 até 4 de Maio de 1995, a A. nunca gozou descansar 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 a A. trabalhado nesses dias *(resposta ao quesito da 7º da base instrutória).*
- Sem que a R. tivesse proporcionado qualquer acréscimo no rendimento da A. *(resposta ao quesito da 8º da base instrutória).*
- As gorjetas dadas pelos clientes eram diariamente 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 9º da base instrutória*).

- As gorjetas eram distribuídas, de dez em dez dias, por todos os trabalhadores da R., de acordo com a categoria profissional a que pertenciam (*resposta ao quesito da 10º da base instrutória*).
- Nunca em anos em que o rendimento proveniente das gorjetas sofre flutuações várias, a A tivesse solicitado à R. uma correcção dessas flutuações (*resposta ao quesito da 11º da base instrutória*).
- Ao gozo de dias de descanso não correspondia qualquer rendimento (*resposta ao quesito da 12º da base instrutória*).
- A A. gozou, em 1993, 21 dias de descanso, entre eles o dia 1 de Janeiro; em 1994, 24 dias de descanso e; em 1995, 59 dias de descanso, entre eles o dia de 1 de Janeiro e os 3 primeiros dias do ano novo chinês (*resposta ao quesito da 13º da base instrutória*).
- Os casinos devem estar em funcionamento durante todos os dias do ano (*resposta ao quesito da 14º da base instrutória*).
- A R. permitia aos seus trabalhadores o gozo de um número ilimitado de dias de descanso não remunerado desde que o gozo dos mesmos não pusesse em causa o funcionamento da empresa da R. (*resposta ao quesito da 16º da base*

instrutória).

- Os trabalhadores da R. podiam requerer até 40 dias de descanso não remunerado, desde que para tanto preenchessem um formulário e apresentassem o requerimento com 10 dias de antecedência (*resposta ao quesito da 17º da base instrutória*).
- A A. não gozou dias de descanso porque quis auferir os respectivos rendimentos (*resposta ao quesito da 18º da base instrutória*).

Conhecendo.

1. Nota prévia

Subscrevendo as respectivas notas prévias nos recentes acórdãos deste Tribunal de Segunda Instância, de 19 de Fevereiro de 2009, dos processos n.ºs 314/2007, 346/2007, 347/2007, 360/2007, 370/2007, justifica-se o atraso do julgamento dos processos deste género, em consequência da decisão tirada pelo Venerando Tribunal de Última Instância nos processos n.º 28/2007, 29/2007 e 58/2007 respectivamente de 21 de Julho de 2007, 22 de Novembro de 2007 e 27 de Fevereiro de 2008, pois com a melhor reflexão sobre a questão em causa, nomeadamente, a questão de saber se a gorjeta se constitui parte do salário dos trabalhadores que trabalharam nos casinos de Macau, procuraremos, perante o estado actual da falta do mecanismo da uniformização da jurisprudências, um ponto de equilíbrio entre a defesa do sistema e realização da justiça material, para que não se deixa abalada a confiança dos cidadãos que tem deposita no sistema judicial.

Enfim, temos que avançar.

2. Objecto do recurso

Nos presentes autos, a ré Sociedade de Turismo e Diversões de Macau, SARL, tal como todos os processos idênticos que correram termos neste Tribunal, trouxe para os seus fundamentos de recurso as mesmas questões, podendo embora variáveis dependente da situações concretas, a saber:

- 1) A natureza da relação jurídica contratual entre a trabalhadora e a ré;
- 2) A fixação do salário da autora, nomeadamente a função da gorjeta;
- 3) A compensação dos dias de descanso não gozados.

Então vejamos.

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).²

Dispõe o artigo 1079º do Código Civil:

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

“1. Contrato de trabalho é aquele pelo qual uma pessoa se obriga, mediante retribuição, a prestar a sua actividade intelectual ou manual a outra pessoa, sob a autoridade e direcção desta.

2.”

Por sua vez, o artigo 2º al. c) do D.L. nº 24/89/M que regula a relação laboral define como relação de trabalho *“todo o conjunto de condutas, direitos e deveres, estabelecidos entre o empregador e o trabalhador ao seu serviço, relacionados com os serviços ou actividade laboral prestados ou que devem ser prestados e com o modo como essa prestação deve ser efectivada”*.

Os académicos apresentam sob um prisma teórico alguns métodos auxiliares para se distinguir os dois, procedendo a uma análise em torno do local para prestar o trabalho, do tipo de remuneração e do horário de trabalho.³

Dos factos provados nos autos, não haverá dúvida que entre a trabalhadora e a ré a relação duradosa e constante da relação remunerada e com horário determinado, não deixa de integra a relação laboral.

Nos 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, de 30 de Março de 2006 do

³ Vide o Direito Laboral, 2.º tomo, contrato de trabalho fls. 40 a 44, 2.º volume, escrito pelo Sr. Pedro Romano Martinez

processo nº 242/2005, de 27 de Abril de 2006 dos processos nºs 2/2006, 233/2005, 273/2005, 232/2005 e 245/2005, de 4 de Maio de 2006 dos processos nºs 318/2005, 30/2006, 75/2006, de 15 de Junho de 2006 dos processos nºs 327/2005, 329/2005, 334/2005, 40/2006 e 91/2006, de 22 de Junho de 2006 do processo nº 267/2005, de 13 de Julho de 2006 do processo nº 256/2005 e de 28 de Setembro de 2006 dos processos nºs 167/2006 e 244/2006.

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.

Verificada a relação laboral entre a autora e a ré, vejamos as questões seguintes.

4. Salário Justo

Estamos perante uma acção em que se pediu a indemnização pelos trabalhos prestados nos dias de descansos semanal, anual e dos feriados obrigatórios, cujo cálculo está previsto no artigo 26º do D.L. nº 24/89/M, pelo que é essencial determinar o salário-base diário para o efeito de cálculo.

Como está provado que a trabalhadora auferiria o salário em duas partes: uma era o salário diário fixo e outra variável, das gorjetas entregues pelos clientes da Ré a todos os trabalhadores desta, na determinação do salário-base diário, torna-se crucial saber se as gorjetas dadas pelos clientes da ré constitui ou não parte do salário para o efeito de cálculo daquele salário-base.

Vejam os.

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 Culturais⁴, 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 àquelas 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 [...].”

⁴ Aprovada para ratificação pela Lei n.º 45/78, de 11 de Julho.

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

A convenção nº 95 da Organização Internacional de Trabalho, acima referido, define que a retribuição ou salário como *“a remuneração ou ganho, seja qual for a sua denominação ou método de cálculo, desde que possa avaliar-se em dinheiro, fixada por acordo ou pela legislação nacional, devida por um empregador a um trabalhador em virtude do contrato de trabalho, escrito ou verbal, pelo trabalho que esse ultimo tenha efectuado ou venha a efectuar ou por serviços que tenha prestado ou deva prestar”*.

Mesmo no tempo em que a Região estava sob a administração portuguesa e os direitos dos trabalhadores ficavam protegidos pela Constituição da Republica Portuguesa, nesta Constituição também dispôs garantia à retribuição do trabalhador segundo a quantidade, natureza e qualidade, observando-se o princípio de que para trabalho igual salário igual, de forma a garantir uma existência condigna (artigo 59º nº 1 al. a) da Constituição referida).

Em Portugal, cujo ordenamento jurídico tem a mesma tradição e inspiração da Região, define-se o sentido jurídico do salário, na sua Lei do Contrato de Trabalho, como *“aquilo a que, nos termos do contrato, das normas que o regem ou dos usos, o trabalhador tem direito como contrapartida do seu trabalho”*, presumindo-se *“até prova em contrário ... constituir retribuição toda e qualquer prestação da entidade patronal ao trabalhador”* (artigo 82º da LCT acima referida).

Na doutrina, tem-se entendido que o salário aparece, à face da lei, ligado por um nexo de reciprocidade à prestação de trabalho – tal é a primeira visão que os dados legais nos oferecem acerca da concepção funcional da retribuição no contrato de trabalho e que está na base do brocardo germânico *kein Arbeit, kein Lohn* (sem trabalho não há salário).⁵

Para o Prof. Bernardo da Gama Lobo Xavier, “em traços gerais, do ponto de vista jurídico, a retribuição costuma perfilar-se como a obrigação essencial a prestar no contrato de trabalho pelo empregador, obrigação de índole patrimonial e marcadamente pecuniária, devida em todos os casos (não tendo carácter meramente eventual), ligada por uma relação de reciprocidade à actividade prestada, tendo nela a sua causa”.⁶

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.

⁵ Vide António de Lemos Monteiro Fernandes, *Direito do Trabalho*, 9ª edição, Coimbra, p.373, 374.

⁶ In *Curso de Direito 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)

E, como o sistema jurídico próprio local, o Decreto-Lei nº 24/89/M estrutura o Regime Jurídico das Relações de Trabalho de Macau, vindo a dispor à protecção dos direitos e interesses dos trabalhadores, nomeadamente à protecção do salário do trabalhador.

No seu artigo 4º prevê o princípio de igualdade: “[t]odos os trabalhadores têm direito às mesmas oportunidades de emprego e ao mesmo tratamento no emprego e na prestação de trabalho, independentemente da raça, cor, sexo, religião, filiação associativa, opinião política, estrato social ou origem social, como consequência do direito ao trabalho a todos reconhecido”, enquanto no seu artigo 5º dispõe o princípio do mais favorável:

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

2. O presente diploma nunca poderá ser entendido ou interpretado no sentido de implicar a redução ou eliminação de condições de trabalho 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.⁷

E podemos verificar a inspiração destes dois importantes princípios no referido Regime Jurídico das Relações de Trabalho, para além nos acima referidos princípios gerais, nomeadamente nos seus artigos 25º nº 1 e 27º nº 2.

Dispõe o artigo 25º nº 1: “[p]ela prestação dos seus serviços ou actividade laboral, os trabalhadores têm direito a um salário justo.”

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

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

“Entende-se por **salário** toda e qualquer prestação, susceptível de avaliação em dinheiro, seja qual for a sua designação ou forma de cálculo, devida 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:

⁷ Vide António de Lemos Monteiro Fernandes, Direito do Trabalho, 9ª edição, Coimbra, p. 384 e ss.

- 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.⁸

E a determinação de ser ou não salário deve ter em consideração as situações concretas em que se encontram o seu pagamento. Por exemplo, no caso das “gorjetas”, que está em causa no presente caso, o seu nome vulgar ou título não pode ser considerado como determinante para a sua qualificação.

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

Eis a orientação legal pela qual devemos seguir.

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

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

⁸ Acórdão deste TSI de 12 de Dezembro de 2002 do processo nº 123/2002.

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.

Outro aspecto a que não podemos deixar de referir é que as gorjetas eram distribuídas pela entidade patronal segundo um critério por esta fixado por todos os trabalhadores da Ré e não apenas pelos que tinham contacto directo com os clientes nas salas de jogo, consoante a respectiva categoria, tempo de serviço e departamento em que trabalhavam.

E tal como se citam nos recentes acórdãos acima referidos de n.ºs 314/2007, 346/2007, 347/2007, 360/2007, 370/2007, “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,⁹ salvaguardando a diferença de sistemas, assim acontece igualmente nos EUA¹⁰ e em Hong Kong,¹¹ onde ainda

⁹ - art. 457º da CLT /Consolidação das Leis do Trabalho:

- “A soma do salário com as gorjetas resulta na remuneração, segundo o *caput* 457 da CLT. Acórdão Inteiro Teor de 4ª Turma nº RR-476330/1998, de 12 Dezembro 2001. TST. Tribunal Superior do Trabalho. Nº Recurso nº RO-22025/1992-000-01.00, Magistrado Responsável Ministro Milton de Moura França. Nº Sentença ou AcórdãoRR-476330/1998. In <http://br.vlex.com/vid/40267024>

- “As gorjetas pagas pelos clientes aos empregados e convergidas a um fundo especial instituído, para posterior rateio entre os mesmos, sob a administração do empregador, têm natureza de participação nas entradas e, pois, se revestem de cunho salarial para todos os efeitos. FUNDO ESPECIAL. “(TRT-RO-3317/95 - 1ª T. - Rel. Juiz José Eustáquio de Vasconcelos Rocha - Publ. MG. 05.05.95).

- “As gorjetas de clientes que vão para a caixinha dos funcionários do restaurante devem ser integradas ao salário para o cálculo dos direitos trabalhistas. O entendimento é da 7ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região (Minas Gerais).”

- A decisão da Quinta Turma do TST, acompanhando voto do relator, juiz convocado Walmir Oliveira da Costa, foi tomada com base na jurisprudência do TST, segundo a qual as gorjetas, cobradas pelo empregador na nota de serviço ou oferecidas espontaneamente pelos clientes, integram a remuneração do empregado. Mas não servem de base de cálculo para as parcelas de aviso prévio, adicional noturno, horas extras e repouso semanal remunerado, segundo o enunciado (súmula) 354 do Tribunal. A exclusão dessas parcelas foi requerida em recurso pela empresa empregadora, Paes Mendonça S.A., alvo da reclamação do garçom.”

“Todavia, com relação às parcelas de férias, inclusive ao acréscimo de um terço, de décimo terceiro salário e FGTS, a jurisprudência do TST entende que as gorjetas têm natureza de remuneração e devem repercutir sobre a indenização desses itens, além do salário recebido... compreendem-se na remuneração do empregado, para todos os efeitos legais, além do salário devido e pago diretamente pelo empregador, como contraprestação do serviço, as gorjetas que receber” – in www.direito.2.com.br

¹⁰ - “The Fair Labor Standards Act (FLSA) requires payment of at least the federal minimum wage to covered, nonexempt employees. An employer of a tipped employee is only required

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.”

Assim sendo, em face ao exposto e com os factos dados como provados, acima transcritos, nomeadamente os da existência do contrato de trabalho, do acordo sobre a fixação do salário e a forma de distribuição das gorjetas, há que concluir aquilo que o trabalhador em causa recebia é salário nos termos do artigo 25º do D.L. nº 24/89/M.

Não podemos deixar de, com a devida vénia, reiterar a nossa posição que anteriormente tomada, que se considerava que a gorjeta integra o salário da trabalhadora, e em consequência, deve com base nesta, proceder a fixação do salário exacto, também para a determinação das devidas compensações.

to pay \$2.13 an hour in direct wages if that amount plus the tips received equals at least the federal minimum wage, the employee retains all tips and the employee customarily and regularly receives more than \$30 a month in tips. If an employee's tips combined with the employer's direct wages of at least \$2.13 an hour do not equal the federal minimum hourly wage, the employer must make up the difference.

Some states have minimum wage laws specific to tipped employees. When an employee is subject to both the federal and state wage laws, the employee is entitled to the provisions which provides the greater benefits.” - in www.dol.gov/elaws

“For a long time, an employee's income from tips was not recognized as remuneration paid by the employer, and the corresponding FICA tax was imposed only on the employee. See Social Security Amendments of 1965, §313(c), 79 Stat. 382. In 1987, however, the Internal Revenue Code was amended to treat tip income within the remuneration on which the employer, too, is taxed, 26 U. S. C. §3121(q), and that is the present law”, in <http://caselaw.lp.findlaw.com> .

¹¹ Proc. 55/2008, de 19/1/09, *between Lam Pik Shan and HK Wing On Travel Service Limited*, in <http://www.hklii.org/hk> .

Na fixação do montante do salário, segue as regras previstas no artigo 26º do Regime Jurídico das Relações de Trabalho.

Diz o artigo 26º:

- "1. Para os trabalhadores que auferem um salário mensal, o respectivo montante inclui o valor dos salários dos períodos de descanso semanal e anual e dos feriados obrigatórios, não podendo sofrer qualquer dedução pelo facto de não prestação de trabalho nesses períodos.*
- 2. O valor relativo aos períodos de descanso semanal considera-se igualmente incluído no salário dos trabalhadores calculado em função do resultado efectivamente produzido ou do período de trabalho efectivamente prestado, sendo-lhes, no entanto, devida uma compensação adicional imputável aos períodos de descanso anual e aos feriados obrigatórios.*
- 3. Para os trabalhadores que auferem simultaneamente um salário composto pelas modalidades referidas nos números anteriores, o valor relativo aos períodos de descanso semanal considera-se igualmente incluído na remuneração acordada, sem prejuízo do direito à compensação pelos períodos de descanso anual e pelos feriados obrigatórios, na parte que corresponda à remuneração variável.*
- 4. Para efeitos do disposto nos n.os 2 e 3, a compensação devida pelo período de descanso anual e pelos feriados obrigatórios será calculada a partir da média diária dos últimos três meses de trabalho efectivamente prestado, ou do período durante o qual a relação de*

trabalho tenha efectivamente permanecido, quando de duração inferior, incluindo-se na determinação da referida média, num e noutro caso, o trabalho extraordinário.”

Estando provado que a rendimento mensal pelo trabalho prestado pela trabalhadora à Ré era composta por várias prestações, a título fixo e variável, e esta parte variável correspondia à quota parte da Autora nas gorjetas atribuídas pelos clientes de Ré, veio apurado o salário diário, para efeito de contagem nos termos do D.L nº 24/89/M, desde o início até ao fim da relação laboral.

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

Tal como se demonstra da factualidade, os rendimentos da autora deste processo constam da matéria acima dada como provada acerca do salário médio diário da trabalhadora e com base destes rendimentos, tomaremos a seguinte ponderação:

5. Os dias de descanso

Estes dias de descanso são compostos pelo descanso semanal, anual e dos feriados obrigatórios. E com base nos factos provados, acima relatados, temos a seguinte contagem da compensação pelos dias de descanso:

Do descanso semanal:

Como temos vindo decidido, não se pode reclamar a indemnização pecuniária do trabalho prestado em dias de descanso semanal durante a vigência do Decreto-Lei n.º 101/84/M (ou seja, no período de 1 de Setembro de 1984 a 2 de Abril de 1989), contrariamente ao alegado, por esse Decreto-Lei não prever a compensação pecuniária desse trabalho (cfr. o que se pode alcançar do disposto nos seus art.ºs 17.º e 18.º, *a contrario sensu*).

Nota-se, neste caso, que o primeiro dia de descanso semanal a que a autora tinha direito deveria ser o dia 9 de Abril de 1989, depois do primeiro período de seis dias de trabalho, após a entrada em vigor do diploma que passou a prever a compensação pelo dobro do trabalho prestado nos dias de descanso semanal.

A sentença fixou erradamente a compensação ao trabalhador nesta parte no âmbito do D.L. n.º 101/84/M, parte esta que deve ser revogada.

O D.L. n.º 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, nos termos do disposto no artigo 17º do D.L. n.º 24/89/M que se dispõe 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 verificarem 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."*

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

Quer dizer, para além do salário mensal normalmente recebido, o trabalho prestado no dia de descanso de cada sete dias de trabalhos valorizou-se por o trabalhador não gozou efectivamente esse dia de descanso, servindo para compensar o dia de descanso que ficou a trabalhar. Por esta forma, ficou já compensado pecuniariamente o dia que devia ficar a descansar em cada sete dias de trabalho.

Se dever de considera que o trabalhador ainda tem outro dia por compensar pecuniariamente por ele não tinha gozo esse dia, caímos na dupla valoração do dia de descanso.

Ainda por cima, resulta dos factos provados que, por um lado, nos dias em que a Autora não prestou serviço efectivo não recebeu, da parte da Ré, qualquer remuneração, por outro, nos dia de descanso em que a Autora trabalhou, auferiu os respectivos rendimentos. Daí, deve entender

que este rendimento a auferir no trabalho prestado no dia de descanso semanal, integra o salário mensal.

Nesta conformidade, a sentença também decidiu incorrectamente na aplicação do regime estabelecido no D.L. n.º 24/89/M, tendo fixado em triplo a compensação pelo trabalho prestado nos dias de descanso não gozados no período de 3/4/89 a 4/5/95, pela forma a, respeitante à compensação em triplo, reduzir para o dobro, e mantendo outra parte da decisão.

Quanto à compensação pelo trabalho prestado nos dias de descanso anual, como foi declarada prescritos os créditos, não houve compensação nesta parte

Do descanso dos feriados obrigatórios

Quanto à compensação pelo trabalho prestado em dias de “feriado obrigatório”, entendeu-se que, pelo que prestou no período de vigência do revogado Decreto-Lei n.º 101/84/M de 25 de Agosto (artigoºs 20.º e 21.º), não havia qualquer indemnização pelo trabalho prestado em feriados obrigatórios.

O n.º 3 do seu artigo 20º só previa o direito à retribuição pelo trabalho a prestar nos três dias de feriados obrigatórios aí designados (o Primeiro de Janeiro, o Primeiro de Maio e o Primeiro de Outubro) por

parte dos trabalhadores permanentes e já não também nos restantes seis dias de feriados obrigatórios referidos no n.º 1 do mesmo art.º 20º.

Por outro lado, só havia atribuição da indemnização pelo trabalho prestado naqueles três dias de feriados obrigatórios “remunerados” (com acréscimo de salário nunca inferior a 50% do salário normal) na situação prevista na alínea b) do n.º 1 do art.º 21º e já não também na hipótese da alínea c), à qual se reconduz o caso em questão. Na verdade, tendo em conta a actividade da empregadora no sector de casinos, não é difícil constatar que funcionamento da empresa é contínuo e permanente, situação prevista na alínea c) e não já na al. b) - acréscimo de trabalho não previsível -, só este trabalho sendo compensado.

No âmbito do Decreto-Lei n.º 24/89/M são seis os dias de feriados obrigatórios “remunerados” por ano, sendo certo que a Lei n.º 8/2000, de 8 de Maio, que mantém igualmente em dez dias os feriados obrigatórios, deixa intocados esses mesmos seis dias de feriados obrigatórios “remunerados”, quais sejam, o primeiro de Janeiro, os três dias do Ano Novo Chinês, o primeiro de Maio e o primeiro de Outubro.

E para cálculo da quantia a pagar ao trabalho prestado pelo trabalhador em feriados obrigatórios “remunerados”, mas somente a partir de 3 de Abril de 1989, vista a entrada em vigor do Decreto-Lei n.º 24/89/M, a fórmula há de corresponder ao “acréscimo salarial nunca inferior ao dobro da retribuição normal”, para além naturalmente da retribuição a que tem direito, caso tenha que trabalhar nesses feriados, a despeito da regra da dispensa obrigatória de prestação de trabalho (art.ºs

20.º, n.º 1, e 19.º, n.ºs 2 e 3), o que equivale ao “triplo da retribuição normal”¹², e não ao dobro como se calculou na sentença recorrida.

Pois, cremos ser essencial que a lei fala do factor de multiplicação para a compensação dos dias de feriados obrigatórios, distintamente das disposições quanto ao descanso semanal, o trabalho prestado pelos trabalhadores nos dias de feriado obrigatório e sem ter receite qualquer compensação, referidos no n.º 3 do artigo anterior, dá direito a um acréscimo salarial nunca inferior ao dobro da retribuição normal – artigo 20º nº 1 do D.L. nº 24/89/M, e este “acrécimo salarial” tem sempre com base na retribuição a que tem direito a receber nos termos do artigo 19º nº 3 do mesmo Diploma, pois diz o nº 3 do artigo 19º que “[o]s trabalhadores referidos no número anterior têm direito à retribuição correspondente aos feriados de 1 de Janeiro, Ano Novo Chinês (3 dias), 1 de Maio e, 1 de Outubro”. E esta retribuição não integra na seu salário mensal já recebido, de modo que o trabalhador que trabalha nestes dias tem direito, não só a receber, para além do salário mensal, uma retribuição correspondente ao valor do seu salário diário médio mais um acréscimo salarial não inferior ao dobro do seu salário normal diário (médio).

Por outro lado, como a nossa decisão tomada no acórdão de 23 de Março de 2006 do processo nº 241/2005, “esta retribuição pelo triplo da retribuição normal justifica-se pelo especial valor social e comunitário que se pretende imprimir à celebração de certas datas festivas; pela comparação com o regime compensatório nas situações de impedimento

¹² - Cfr. - Ac. 297/2005, de 23/2/2006, entre outros, já acima citados

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”.

Quanto aos ditos feriados obrigatórios “não remunerados” importa referir que não se contempla a sua compensação, na esteira do nosso entendimento anterior, por se entender que a prestação desse trabalho não se insere na previsão da al. b) do n.º1 do art. 21º do DL 101/84/M, de 25/8/84 nem na al. b) do n.º1 do art. 20º do DL 24/89/M, de 3/4/89.

Porém, a sentença consignou correctamente a não compensação pelo trabalho prestado nestes dias dos feriados obrigatórios “não remunerados”, parte esta que deve ser mantida.

Quanto aos dias de feriados obrigatórios “remunerados”, 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 03.04.1989):

$$\boxed{A \times B \times 3}$$

A = dias de descanso dos dias de feriados obrigatórios não gozados;

B = valor da remuneração média diária.

E, nesta precisa parte, respeitantes aos dias de descanso não gozados, a sentença atribuiu a compensação à trabalhadora em dobro aos dias não gozados, mantendo a decisão noutra parte.

Assim sendo, é de se manter a decisão nesta parte da compensação dos dias de descanso, por força do princípio do dispositivo das parte, por a autora nem sequer tinha recorrido da decisão nesta parte.

Ponderado resta decidir.

Pelo exposto, acordam nesta Tribunal de Segunda Instância em conceder provimento parcial ao recurso da decisão final, nos exactos termos acima consignados.

Custas do recurso da decisão final pela recorrente e recorrido, na proporção do seu decaimento.

Macau, RAE, aos 23 de Abril de 2009

Choi Mou Pan

José M. Dias Azedo

Lai Kin Hong