

Processo n.º 50/2011

(Recurso civil e laboral)

Data: 27/Outubro/2011

Recorrente: A (XXX)

Recorrida: S.T.D.M.

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

I - RELATÓRIO

A, melhor identificada nos autos, patrocinada pelo MP, e, depois, por advogado, 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 de MOP\$153.854,38 e ainda no pagamento de juros vencidos e vincendos sobre tal quantia desde a citação.

Veio esta, a final, a ser condenada a pagar a quantia de **MOP\$3.711,97**, bem como o montante de juros a contar da sentença.

Da **decisão final vem recorrer a parte A.**, a trabalhadora, alegando basicamente que as gorjetas devem integrar o salário do trabalhador, defende a

aplicação de outras fórmulas de cálculo para a compensação dos descansos semanais e feriados obrigatórios, a contagem dos juros desde a data dos vencimentos.

A STDM, Sociedade de Turismo e Diversões de Macau, S.A.R.L., sem recorrer, contra alega e defende a bondade do decidido quanto às gorjetas e defende a aplicação de outras fórmulas de cálculo para apuramento das compensações devidas.

Oportunamente, foram colhidos os vistos legais.

II - FACTOS

Vêm provados os factos seguintes:

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

- a) O Autor trabalhou para a Ré entre 21/10/1994 e 21/01/1998 como empregado de casino.
- b) Como contrapartida da actividade que exercia na Ré, o Autor, durante o período referido em A), recebeu, uma quantia fixa diária e outra variável resultante das gorjetas entregues, pelos clientes da R.
- c) A quantia fixa diária referida em b) a partir de 1 de Maio de 1995 até ao termo da relação laboral era de MOP\$15.00.
- d) As gorjetas eram distribuídas por todos os trabalhadores da Ré e não apenas pelos que tinham contacto directo com os clientes nas salas de jogo.

e) Entre os anos de 1994 e 1998, o autor recebeu ao serviço da Ré, os seguintes rendimentos anuais.

1994 – MOP\$12,900.00

1995 – MOP\$116,219.00

1996 – MOP\$140,556.00

1997 – MOP\$142,964.00

1998 – MOP\$5,369.00

f) sobre os valores referidos supra foi liquidado e pago imposto profissional, tudo conforme consta no documento de fls. 13 o qual aqui se dá por integralmente reproduzido para todos os efeitos legais.

g) O Autor prestou serviços em turnos, conforme os horários fixados pela entidade patronal.

h) A ordem e o horário dos turnos são os seguintes :

- 1º e 6º turnos : das 7 às 11 horas e das 3 às 7 horas.

- 3º e 5º turnos : das 15 às 19 horas e das 23 às 3 horas;

- 2º e 4º turnos : das 11 às 15 horas e das 19 às 23 horas.

i) O A. podia pedir à R o gozo de dias de descanso nos quais não auferia qualquer remuneração.

j) A quantia fixa diária referida em b) do início da relação laboral até 31 de Janeiro de 1995 era de MOP\$4,10 de 1 de Fevereiro de 1995 até 30 de Abril de 1995 era de MOP\$15.00.

k) Os trabalhadores recebiam quantitativos diferente consoante a categoria, tempo de serviço e departamento onde trabalhavam, fixados previamente pela entidade patronal.

l) As gorjetas sempre integraram o orçamento normal do A..

m) O Autora sempre teve a expectativa do recebimento das gorjetas com continuidade periódica.

- n) O A. nunca gozou de descansos semanais.
- o) Sem que, por isso, a Ré lhe tenha pago qualquer compensação salarial ou disponibilizado outro dia de descanso por cada dia em que prestou serviço.
- p) o A. trabalhou para a R. nos feriados obrigatórios de 3 dias do ano Novo Chinês, 1 de Maio e 1 de Outubro de 1993, de 1 de Janeiro, 3 dias do ano novo chinês, 1 de Maio e 1 de Outubro dos anos de 1996 e 1997, 1 dia de 1 de Janeiro de 1998.
- q) Sem que a R. lhe tenha pago qualquer compensação.
- r) O A. trabalhou 1 dia e meio de descanso anual no ano de 1994 e 6 dias de descanso anual em nos 1995, 1996 e 1997 e meio dia de descanso anual de 1998.
- s) Sem que a R. lhe tenha pago qualquer compensação salarial.
- t) Nos termos referidos na al. i) o A. gozou 8 dias de descanso em 1995, 19 dias de descanso em 1996, 16 dias de descanso em 1997 e 15 dias de descanso em 1998."

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;** 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 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

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

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.

Ressalva-se a inflexão nessa Jurisprudência, a partir de 31/3/2011, v.g. com o processo n.º 780/2007, de 31/3/2011, deste TSI, apenas para os cálculos de algumas compensações relativamente aos descansos não gozados.

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

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

art. 93º -, art. 23º, n.º 3 da Declaração Universal dos Direitos do Homem, art. 7º 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** entre o empregado e a empregadora, em que esta, mediante uma retribuição, sob autoridade, orientações e instruções daquela, começou a trabalhar 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 desenquadrada 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 STDM, 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 corresponsabilidade 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.

Não se deixam de encontrar no Direito Comparado situações em que a

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

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 douda 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.

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

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>

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, 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 e a inflexão a partir de 31/3/2011, com o processo n.º 780/2007, de 31/3/2011, deste TSI .⁶

Novas fórmulas:

Donde resultam as seguintes fórmulas:

No âmbito do	Descansos semanais	Descansos anuais	Feriados Obrigatórios
DL101/84/M	x1	x1	x1
DL24/89/M	x2	x1	x3

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

8. Resultam dos autos os seguintes rendimentos da trabalhadora:

	Ano	Salário Médio Diário
1	1994	179.17
2	1995	322.83
3	1996	390.43
4	1997	397.12
5	1998	255.67

Há, assim, que refazer os cálculos a partir dos valores integrantes do salário do trabalhador, corrigindo as fórmulas adoptadas pelo Mmo Juiz em função do que anteriormente foi já fixado por este Tribunal e sempre em função do objecto do recurso.

Não se descontarão os dias de descanso gozados por vir provado que os devidos não foram gozados.

9. Trabalho prestado em dia de descanso semanal

Em sede do DESCANSO SEMANAL importa alterar os montantes, face aos valores do salário relevante apurado, alterando-se apenas a fórmula encontrada e o número de dias apurado, por vir recurso interposto quanto a essa questão.

Assim,

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)
1994	10	179.17	3,583.40
1995	52	322.83	33,574.32
1996	52	390.43	40,604.72
1997	52	397.12	41,300.48
1998	3	255.67	1,534.02
Total das quantias →			120,596.94
<i>Vs o total na sentença:</i>			<i>1.689,87</i>

10. Descanso anual

Em sede de **DESCANSO ANUAL**, não obstante a empregadora pugnar nas suas alegações pela incorrecção da fórmula, o certo é que não interpôs recurso, donde não se alterar a fórmula estabelecida na sentença recorrida.

Alterar-se-á tão somente o valor do salário diário e os dias apurados.

Nesta conformidade, no âmbito do

Decreto-Lei n.º 24/89/M			
Ano	dias vencidos mas não gozados nesse ano (A)	valor da remuneração diária média nesse ano em MOP (B)	Quantia indemnizatória em MOP (A x B x 3)
1994	1,5	179.17	806.27
1995	6	322.83	5,810.94
1996	6	390.43	7,027.74
1997	6	397.12	7,148.16
1998	0	255.67	0
		Total dessas quantias →	20,793.11
		Vs o total na sentença:	805,95

11. Feriados obrigatórios

Aqui há que alterar os valores encontrados e a fórmula adoptada por vir posta em crise, limitados sempre pelo objecto do recurso e montante peticionado.

Assim,

FERIADOS OBRIGATÓRIOS “REMUNERADOS” (só no período de trabalho desde 3 de Abril de 1989, sob a alçada do Decreto-Lei n.º 24/89/M)			
Ano	Dias Não gozados e vencidos (A)	valor da remuneração Diária média em MOP (B)	Quantia indemnizatória em MOP (A x B x 3)
1995	5	322.83	4,842.45
1996	6	390.43	7,027.74
1997	6	397.12	7,148.16
1998	1	255.67	767.01
Total dessas quantias →			19,785.36
vs o total achado na sentença:			518,20

12. Dos juros

Segue-se a Jurisprudência uniforme adoptada nas diferentes matérias e onde se inclui a questão dos juros.

Assim se tem decidido⁷ que, não tendo havido qualquer alteração nesta Instância dos valores encontrados, se consideram líquidos os créditos do trabalhador em causa sobre a Ré, tal como liquidados na 1ª instância, devendo

⁷ - Ac. TSI, proc. 2007-45-A, de 7/6

ser a partir daí que se devem contar os juros de mora. Os juros são devidos a partir da liquidação operada na 1ª Instância, se ela vier a ser mantida na 2ª Instância. A remissão para o trânsito abrangerá as situações em que a liquidação só se assuma definitiva nesse momento.

Esta tem sido a posição deste TSI (v.g., Acs. de 22/06/2006, Proc. n. 14/06 e de 12/03/2009, Proc. n. 683/2007), confirmada em acórdão do TUI tirado em sede de uniformização de jurisprudência (Ac. de 2/03/2011, Proc. n. 69/2010).

13. Concluindo,

Os valores encontrados para a compensação dos descansos semanais, anuais e feriados obrigatórios alteram-se em conformidade com os valores constantes dos mapas supra.

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 procedente o recurso da decisão final interposto pela trabalhadora, alterando a sentença proferida e condenando a Ré a pagar ao A. os montantes em conformidade com os valores calculados nos mapas supra;

- em condenar no pagamento dos juros de mora, a contar a partir do momento desta decisão, vista a alteração verificada em relação à liquidação feita em 1ª Instância.

Custas do recurso da decisão final pela Ré, recorrida e, consequentemente, custas na 1ª Instância em função dos decaimentos.

Macau, 27 de Outubro de 2011,

João A. G. Gil de Oliveira

Ho Wai Neng

José Cândido de Pinho