

## Recurso nº 324/2008

Recursos interlocutório e da decisão final:

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

**Recorrido:** A (XXX)

### **A** *cordam no Tribunal de Segunda Instância da R.A.E.M.:*

A (XXX), patrocinado pelo Ministério Público e 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 pagar a quantia de MOP\$92.875,97 ao Autor A bem como os juros legais, quer vencidos quer vincendos, a contar da data de pôr termo a relação laboral entre o Autor e ora R..

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

No saneador, a Mm<sup>a</sup> Juiz titular do processo tendo a contagem do prazo prescricional iniciado o seu curso em 6 de Outubro de 1987 (dia seguinte à cessação da relação laboral), é manifesto que o prazo de prescrição ainda não se havia consumado quando a Ré foi notificada para a tentativa de conciliação no Ministério Público), improcedendo assim a excepção de prescrição deduzida.

Com esta decisão não conformou, a ré recorreu para esta instância, alegando que:

- a. Os créditos laborais que a Recorrida invoca, porque anteriores a 2 de Agosto de 2002, encontram-se prescritos, pelo decurso do prazo de 5 anos, previsto na alínea f) do artigo 303º do CC e na alínea g) do artigo 310º do CC de 1966, relativamente a cada uma das prestações peticionadas;
- b. Os créditos peticionados pelo ex-trabalhador, Recorrido, reconduzem-se às compensações por descanso semanal, anual e em feriados obrigatórios remunerados, alegadamente não gozados.
- c. Foi acordado pelas partes que a retribuição era devida por cada dia de trabalho, sendo que caso o trabalhador não prestasse qualquer actividade laboral em determinado dia não seria remunerado;
- d. Cada dia de trabalho era um único dia, independente dos demais, e que o A. apenas seria remunerado se prestasse efectivamente a sua actividade, não lhe sendo pago qualquer retribuição caso essa actividade não fosse prestada;
- e. O mesmo se diga em relação aos créditos respeitantes a dias de descanso;
- f. Assim, em cada sete dias de trabalho, vence-se o direito a um dia de descanso semanal; em cada 365 dias vence-se o direito a seis dias de descanso anual; e em cada feriados obrigatório vence-se o direito ao gozo desse dia;

- g. Os créditos peticionados pelo A., reportam-se a direitos que se renovam periodicamente; e, se os créditos ora peticionados se reportam a direitos renováveis periodicamente, também eles (os créditos) são renováveis periodicamente;
- h. Estando sempre em causa prestações que são independentes umas das outras e que se vencem sucessivamente, aplica-se o prazo prescricional de 5 anos para cada um dos salários e compensações reclamados pelo A., pelo facto de serem periodicamente renováveis (prestações sucessivas, continuativas, periódicas, continuadas, com trato sucessivo ou reiteradas);
- i. Não se pode aplicar (analogicamente) ao prazo de prescrição dos créditos reclamados nos autos a causa bilateral da suspensão prevista pela alínea e) do artigo 318º do CC de 1966;
- j. Não existe qualquer lacuna no Ordenamento Jurídico de Macau, no que respeita à matéria das causa bilaterais de suspensão do prazo da prescrição;
- k. Esta matéria, em especial no que concerne a créditos decorrentes do contrato de trabalho, está contida na alínea c) do número 1 do artigo 311º do CC;
- l. A favor da inaplicabilidade da causa bilateral da suspensão prevista na alínea e) do artigo 318º do CC de 1966 ao caso dos autos, militam os seguintes argumentos:

- m. É inverossímil que o legislador se tenha esquecido de proceder ao alargamento de âmbito de aplicação de um regime que estabeleceu para uma especial forma de prestação de trabalho (doméstico) ao trabalho subordinado comum;
- n. Tendo o legislador previsto especialmente essas relações laborais no artigo 318º do Código Civil de 1966, crê a Recorrente que aquele pretendia excluir todas as outras;
- o. A alínea e) do artigo 318º do CC de 1966 é uma norma excepcional, que tem em consideração características próprias do contrato de trabalho doméstico e que impõem um tratamento diferenciado relativamente às demais relações laborais;
- p. Enquanto norma excepcional, a alínea e) do artigo 318º do CC de 1966, não comporta aplicação analógica, nos termos do abrigo do disposto no artigo 11º do CC de 1966;
- q. As relações de trabalho doméstico são expressamente excluídas do âmbito de aplicação dos Regimes Jurídicos das Relações de Trabalho de 1984 e 1989 (cfr. n.º 3 dos artigos 3º dos Decreto-Lei n.º 101/84/M de 25 de Agosto e Decreto-Lei n.º 24/89/M, de 3 de Abril); assim, por maioria de razão;
- r. Se a legislação estabelecida para o trabalho subordinado comum não se aplica ao trabalho doméstico, a norma excepcional da al. e) do artigo 318º do CC de 1966 prevista

para o trabalho doméstico não se aplica ao trabalho subordinado comum;

- s. Desde modo, a aplicação da norma contida no alínea e) do artigo 318º do CC de 1966 aos créditos reclamados nos autos, conjugada com a determinação de que o prazo de prescrição aplicável aos mesmos é de 20 anos, conduz a uma situação claramente iníqua, que certamente não corresponde à intenção do legislador português (*mens legislatoris*);
- t. Note-se: o Ordenamento Jurídico português, a que o Mmo. Juiz do Tribunal a quo se socorreu para integrar uma alegada lacuna, prevê (e previa) o prazo de prescrição de 1 Ano e não de 20 anos para créditos como os peticionados nos presentes autos;
- u. Por outro lado, caso existisse no Ordenamento Jurídico de Macau uma lacuna no que concerne à matéria da prescrição de créditos resultantes do contrato de trabalho, de acordo com os critérios enunciados no duto despacho recorrido, seria na norma contida no número 1 do artigo 38º da LCT (idêntico ao actual número 1 do artigo 381º do CT português), que encontraríamos o caso análogo a que nos socorrer para integrar a alegada lacuna;
- v. Demonstrada que está a inaplicabilidade ao caso dos autos da alínea e) do artigo 318º do CC de 1966, deve entender-se que “o prazo de prescrição começa a correr quando o direito puder ser exercido” e que se encontram prescritos os créditos reclamados pelo A. anteriores a 2 de Agosto de

2002, pelo decurso do prazo de 5 anos, previsto na alínea f) do artigo 303º do Código Civil de Macau (CC).

Nestes termos, e nos melhore de direito aplicáveis que V.Exas. doutamente suprirão, deve o presente recurso ser julgado procedente, revogando-se a decisão recorrida, proferindo-se uma outra em conformidade.

A este recurso respondeu o autor pugnando pela improcedência do recurso.

Citada a ré e, correndo todos os termos processuais no processo nº CV3-07-0212-LAC junto do Tribunal Judicial de Base, o Tribunal Colectivo respondeu aos quesitos e o Mmº Juiz-Presidente proferiu a sentença decidindo condenar a Ré “Sociedade de Turismo e Diversões de Macau, S.A.R.L.” (澳門旅遊娛樂有限公司) a pagar ao Autor A (XXX) o montante de MOP\$45,741.40, acrescido de juros de mora à taxa legal de 9,75% a contar do trânsito da sentença e até ao efectivo e integral pagamento.

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

- I. A Sentença de que ora se recorre é nula por erro na subsunção da matéria de facto dada como provada relativamente ao impedimento, por parte da Ré, do gozo de dias de descanso, por parte do Autor, e bem assim,

relativamente ao tipo de salário auferido pelo Autor, ao condenar a Ré ao pagamento de uma indemnização pelo não gozo de dia de descanso anual como se a Ré tivesse impedido o Autor de gozar aqueles dias, e com base no regime do salário mensal;

- II. Com base nos factos constitutivos do direito alegado pelo A., ora Recorrido, relembre-se aqui que estamos em sede de responsabilidade civil, pelo que a esta apenas terá o dever de indemnização caso prove que a Recorrente praticou um acto ilícito.
- III. E, de acordo com os arts. 20º, 17º, 4, b) e 24º do RJRT, apenas haverá comportamento ilícito por parte do empregador – e consequentemente direito a indemnização – quando, o trabalhador seja obrigado a trabalhar em dia de descanso semanal, anual e ou em dia de feriado obrigatório e o empregador não o remunerar nos termos da lei.
- IV. Ora nada se provou que fosse susceptível de indicar qualquer acção ou omissão (muito menos ilícita) por parte da Recorrente que haja obstado ao gozo de descanso pelo 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 o A. precisava da autorização da R. para ser dispensada dos serviços;
- V. Porque assim é, 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 comportamento da R., ora Recorrente,. 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;

Assim não se entendendo, e ainda concluindo:

- VI. O A., ora Recorrido, não estava dispensada do ónus da prova quanto ao não gozo de dias de descanso e devia, em audiência, por meio de testemunhas ou por meio de prova documental, ter provado que dias alegadamente não gozo.
- VII. Assim sendo, o Tribunal a quo errou na aplicação do direito, pelo que o douto Tribunal de Segunda Instância deverá anular a decisão e absolver a Recorrente dos pedidos deduzidos pelo A., ora Recorrido.
- VIII. Nos termos do n.º 1 do art. 335º do Código Civil (adiante CC) “Àquele que invoca um direito cabe fazer prova dos factos constitutivos do direito alegado.”.
- IX. Por isso, e ainda em conexão com os quesitos 9º a 15º da base instrutória, cabia ao A., ora Recorrido, provar que a Recorrente obstou ou negou o gozo de dias de descanso.
- X. Ora nada se provou que fosse susceptível de indicar qualquer acção ou omissão (muito menos ilícita) por parte da Recorrente que haja obstado ao gozo de descansos pelo A., não podendo, por isso, afirmar-se o seu direito ao pagamento da indemnização que pede, a esse título.

Assim não se entendendo, e ainda concluindo:

- XI. O n.º 1 do art. 5º do RJRT dispõe que o diploma não será aplicável perante condições de trabalho mais favoráveis que sejam observadas e praticadas entre empregador e trabalhador, esclarecendo o art. 6º deste diploma legal que os regimes convencionais prevalecerão sempre sobre o regime legal, se daqui resultarem condições de trabalho mais favoráveis aos trabalhadores.
- XII. O facto de o A. ter beneficiado de um generoso esquema de distribuição de gorjetas que lhe permitiu, ao longo de vários anos, auferir mensalmente rendimentos que numa situação normal nunca auferiria, justifica, de per si, a possibilidade de derrogação do dispositivo que impõe ao empregador o dever de pagar um salário justo, pois caso o Recorrido auferisse apenas um salário justo – da total responsabilidade da Recorrente e pago na íntegra por esta – certamente que esse salário seria inferior ao rendimento total que o Recorrido, a final, auferia durante os vários anos em que foi empregado da Recorrente.
- XIII. Não concluindo – e nem sequer se debruçando sobre esta questão – pelo tratamento mais favorável do 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.

Assim não se entendendo e ainda concluindo:

- XIV. 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.
- XV. Os artigos 24º e seguintes da Lei Básica consagram um conjunto de direitos fundamentais, assim como os artigos 67º e seguinte do Código Civil consagram um conjunto de direitos de personalidade e, do seu elenco não constam os alegados direitos violados (dias de descanso anual e feriados obrigatórios).
- XVI. 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.
- XVII. Donde, deveria o Tribunal ter considerado eficaz a renúncia ao gozo efectivo de tais direitos, absolvendo a aqui Recorrente do pedido.

Assim não se entendendo, e ainda concluindo:

- XVIII. 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 Recorrido optou por ganhar mais, tendo direito à correspondente retribuição em singelo.

XIX. E, não tendo a Recorrido, sido impedida de gozar quaisquer dias de descanso anual, de descanso semanal ou quaisquer feriados obrigatórios, é forçoso é concluir pela inexistência do dever de indemnização da STDM ao Recorrido.

Ainda sem conceder, e ainda concluindo:

XX. Por outro lado, jamais, pode a ora Recorrente concordar com a fundamentação do Mmo. Juiz a quo quando considera que o A., ora Recorrido, era remunerada com base num salário mensal, sendo que toda a factualidade dada como assente indica o sentido inverso, ou seja, do salário diário.

XXI. Em primeiro lugar, porque a proposta contratual oferecida pela ora Recorrente aos trabalhadores dos casinos, como o aqui Recorrida, é a mesma há cerca de 40 anos: auferiam um salário diário fixo de MOP\$4.10/dia ou HKD\$10.00/dia, ou seja, um salário de acordo com o período de trabalho efectivamente prestado.

XXII. Acresce que o “esquema” do salário diário nunca foi contestado pelos trabalhadores na pendência da relação contratual e, ademais, nunca os trabalhadores impugnaram expressamente a alegação desse facto nas instâncias judiciais nos processo pendentes.

XXIII. Trata-se de uma disposição contratual válida e eficaz de acordo com o RJRT, que prevê, expressamente, a possibilidade das partes acordarem no regime salarial

mensal ou diário, no âmbito da liberdade contratual prevista no art. 1º do RJRT.

XXIV. Ora, na ausência de um critério legal ou requisitos definidos para aferir a existência de remuneração em função do trabalho efectivamente prestado, ao estabelecer que o A., ora Recorrido, era remunerada com um salário mensal, a sentença Recorrido desconsidera toda a factualidade dada como assente e, de igual forma, as condições contratuais acordadas entre as partes. Salvo o devido respeito por entendimento diverso, a Recorrente entende que, nessa partes, a decisão em crise não está devidamente fundamentada e é arbitrária, ao tentar estabelecer como imperativo (i.e., o regime de salário mensal em contratos de trabalho típicos) o que a lei define como dispositivo (i.e., as partes poderem livremente optar pelo regime de salário mensal ou diário em contratos de trabalho típicos).

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

XXVI. Esse entendimento por parte do Mmo. Juiz a quo, teve uma enorme influência na decisão final da presente lide e, em última instância, no cálculo do quantum indemnizatório, pelo que deve ser reapreciada por V. Exas. no sentido de

fixar o salário auferido pelo A, ora Recorrido, como salário diário, o que expressamente se requer.

Por outro lado,

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

XXVIII. A remuneração já paga pela ora Recorrente ao ora Recorrida por esses dias deve ser subtraída nas compensações devidas pelos dias de descanso a que o A. tinha direito, nos termos do Decreto-Lei n.º 32/90/M.

XXIX. Maxime, 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. al. a) e b) do n.º 6 do art.º 17º do RJRT, tendo o Tribunal a quo descurado em absoluto essa questão.

XXX. Ora, nos termos do art. 26º, n.º 4 do RJRT, salário diário inclui a remuneração devida pelo gozo de dias de descanso e, nos termos do art. 17º, n.º 6, al. b), os trabalhadores que auferem salário diário verão o trabalho prestado em dia de descanso semanal remunerado nos termos do que for acordado com o empregador.

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

XXXII. A decisão Recorrida enferma assim de ilegalidade, por errada aplicação da alínea b) do n.º 6 do art. 17º e do artigo

26º do RJRT, o que importa a revogação da parte da sentença que condenou a Recorrente ao pagamento relativo às compensações pelo não gozo dos dias de descanso, o que, expressamente, se requer.

Ainda concluindo:

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

XXXIV. 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.

XXXV. Também neste sentido se tem pronunciado a doutrina de uma forma pacificamente unânime.

XXXVI. O ponto 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 do empregador.

XXXVII. Nas gratificações há um animus donandi, ao passo que a retribuição consubstancia uma obrigatoriedade.

XXXVIII. A propósito da incidência do Imposto Profissional: “O Imposto Profissional incide sobre os rendimentos do trabalho, em dinheiro ou em espécie, de natureza contratual ou não, fixos ou variáveis, seja qual for a sua proveniência ou local, moeda e forma estipulada para o seu cálculo e

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

- XXXIX. Qualifica Monteiro Fernandes expressamente as gorjetas dos trabalhadores da STDM como “rendimentos do trabalho”, esclarecendo que os mesmos são devidos por causa e por ocasião da prestação de trabalho, mas não em função ou como corresponsividade dessa mesma prestação de trabalho.
- XL. Na verdade, a reunião e contabilização são realizadas nas instalações dos casinos da STDM, mas com a colaboração e intervenção dos empregados de casino, funcionários da tesouraria e de funcionários do governo que são chamados que supervisionar a contabilização das gorjetas.
- XLI. Salvo o devido respeito pelo Mmo. Juiz 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.
- XLII. 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 gorjetas são montantes, (i) entregues por terceiro; (ii) variáveis; (iii) não garantidos pela STDM aquando da contratação; (iv) reunidas e contabilizadas pelos respectivos empregados do casino,

juntamente com funcionários da tesouraria e do governo de Macau.

XLIII. E, fortalece a nossa tese, a posição do governo de Macau que nunca considerou necessário a definição de um montante mínimo salário que pudesse servir de bitola para a apreciação - menos discricionária - do que é um salário justo.

XLIV. Dessa forma, o cálculo da eventual indemnização só poderia levar em linha de conta o salário diário, excluindo-se as gorjetas.

XLV. Finalmente, a Ré gostaria de mui respeitosamente, invocar os acórdãos 28/2007 e 29/2007 respectivamente, de 21 de Setembro e 22 de Novembro, nos quais o Tribunal de Última Instância demonstrou partilhar do entendimento da Ré, no que a matéria de retribuição diz respeito.

Nestes termos e nos melhores de direito aplicáveis, que V. Exas doutamente suprirão, deve o presente recurso ser julgado totalmente procedente, revogando-se a decisão Recorrido em conformidade.

A recurso, o autor A resposta alegando que:

1. A visão pessoal da recorrente em atribuir determinados sentidos às provas produzidas não vincula o tribunal recorrido;

2. O tribunal deve seguir o princípio de “livre convicção” na sede de avaliação das provas produzidas, a não ser que haja prova vinculada;
3. Há um círculo essencial e básico dos direitos do trabalhador que merece de uma tutela acrescida, inderrogável pelas vontades das partes.
4. Só assim se justifica a existência do direito de trabalho, servindo-se como direito de protecção do trabalhador;
5. No caso vertente, e dada ao peso que ocupa a gorjeta no vencimento do trabalhador, o seu modo de distribuição, a prática habitual e a inegável correspectividade entre a prestação de trabalho e o seu efectivo pagamento, é legítimo em afirmar que o salário do trabalhador é composto em duas partes, uma delas fixa e outra parte variável;

Nestes termos, e pelas razões acima expostas, o recurso ora interposto pela recorrente não mereça de provimento. Devendo o mesmo recurso julgado improcedente e mantendo a sentença recorrida nos seus precisos termos.

Cumpre conhecer.

Foram colhidos os vistos legais.

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

Da Matéria de Facto Assente:

- O Autor trabalhou para a Ré entre 15 de Fevereiro de 1978 e 5 de Outubro de 1987 como empregado de casino (*alínea A da Especificação*).
- Como contrapartida da sua actividade laboral, o Autor, desde o início da relação laboral com a Ré recebeu, de dez em dez dias, uma quantia fixa diária de MOP\$4.10 (*alínea B da Especificação*).
- Além disso, o Autor recebeu, de dez em dez dias, uma parte, variável, das gorjetas entregues pelos clientes da Ré a todos os trabalhadores desta (*alínea C da Especificação*).
- 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 (*alínea D da Especificação*).
- Entre os anos de 1984 e 1987, o Autor recebeu, ao serviço da Ré, os seguintes rendimentos anuais (*alínea E da Especificação*):
  - 1984 – MOP\$113,934.00;
  - 1985 – MOP\$101,017.00;
  - 1986 – MOP\$104,825.00;
  - 1987 – MOP\$41,957.00;
- Sobre esses rendimentos incidiu imposto profissional nos termos que constam da certidão de rendimentos de fls. 13 cujo aqui se dá por reproduzido (*alínea F da Especificação*).

- O Autor prestou serviço em turnos, conforme os horários fixados pela entidade patronal (*alínea G) da Especificação*).
- A ordem e o horário dos turnos são os seguintes (*alínea H) da Especificação*).
  - 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.
- Nos dias em que o Autor não prestou serviço efectivo não recebeu, da parte da Ré, qualquer remuneração (*alínea I) da Especificação*).

Da Base Instrutória:

- As gorjetas referidas na alínea c) da matéria de facto assente eram distribuídas pela entidade patronal segundo um critério por esta fixado (*resposta ao quesito 1º*).
- Na distribuição interna das gorjetas, os trabalhadores recebiam quantitativo diferente consoante a respectiva categoria, tempo de serviço e departamento em que trabalhavam (*resposta ao quesito 3º*).
- A Ré sempre pagou ao Autor, regular e periodicamente, a respectiva quota-parte das gorjetas (*resposta ao quesito 6º*).
- As gorjetas sempre integravam o orçamento normal do Autor (*resposta ao quesito 7º*).
- O qual sempre teve a expectativa do seu recebimento com continuidade periódica (*resposta ao quesito 8º*).

- O Autor sempre prestou serviços nos seus dias de descanso semanal (*resposta ao quesito 9º*).
- Sem que, por isso, a Ré lhe tenha pago qualquer compensação salarial nem compensado com outro dia de descanso por cada dia em que prestou serviços (*resposta ao quesito 10º*).
- O Autor prestou serviço à Ré nos feriados obrigatório de 1 de Outubro do ano 1984, de 1 de Janeiro, 1 de Maio e 1 de Outubro dos anos 1985, 1986 e 1987 (*resposta ao quesito 11º*).
- O Autor prestou serviços à Ré nos feriados obrigatórios de 1 dia de Chong Chao e 1 dia de Chong Yeong do ano 1984, 3 dias do Ano Novo Chinês, 1 dia de 10 de Junho, 1 dia de Chong Chao e 1 dia de Chong Yeong dos anos 1985 e 1986, bem como 3 dias do Ano Novo Chinês e 1 dia de 10 de Junho do ano 1987 (*resposta ao quesito 12º*).
- Sem que, por isso, a Ré lhe tenha pago qualquer compensação salarial (*resposta ao quesito 13º*).
- O Autor prestou serviços à Ré nos dias de descanso anual (*resposta ao quesito 14º*).
- Sem que, por isso, a Ré lhe tenha pago qualquer compensação salarial (*resposta ao quesito 15º*).
- O Autor não gozou dias de descanso porque quis auferir os respectivos rendimentos (*resposta ao quesito 19º*).

### **Conhecendo.**

## **1. Delimitação do objecto dos recursos**

Há dois recursos nos presentes autos ambos interposto pela ré.

O primeiro incide na decisão que decidiu improcedência da excepção peremptória de prescrição dos créditos, outro respeitante a decisão final, que, tal como noutros recursos da STD, foram levantados as idênticas questões, a saber:

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

Então vejamos.

## **2. Prescrição dos créditos laborais**

Em Macau, tanto no D.L. n° 101/84/M, de 25 de Agosto e no D.L. n° 24/89/M, de 3 de Abril, não se estabeleceu um regime específico sobre a prescrição dos créditos emergentes das relações jurídico-laborais.

Impõe-se a recorrer às normas gerais previstas ou no Código Civil de 1966 ou no Código Civil de 1999. E sabemos que no primeiro estabeleceu o prazo de 20 anos para a prescrição enquanto no segundo de 15 anos.

Não obstante os créditos invocados foram todos na vigência do Código de 1966, antes da entrada em vigor da nova lei, estamos perante um prazo diferente, ou seja mais curto na nova legislação, cumpre fazer a

abordagem da aplicação da lei no tempo, pois, o Código Civil regula a sucessão das leis de alteração de prazos de forma autónoma em relação à regra da sucessão de leis no tempo.<sup>1</sup>

Como podemos ver, conforme a disposição do artigo 290º do Código Civil, sempre que esteja perante uma situação da alteração legal do prazo de prescrição, o novo prazo aplica-se aos prazos que já estiverem em curso, mas conta-se apenas o tempo decorrido na vigência da nova lei, salvo se daí resultar um prazo mais longo do que o da lei anterior, caso em que o prazo continua a correr segundo esta lei.<sup>2</sup>

Quer dizer, cabe sempre determinar o momento a partir do qual se inicia a sua contagem.

O artigo 306º nº 1 do Código Civil de 1966 prevê que “O prazo de prescrição começa a correr quando o direito puder ser exercido; se, porém, o beneficiário da prescrição só estiver obrigado a cumprir decorrido certo tempo sobre a interpelação, só findo esse prazo se inicia o prazo da prescrição”, enquanto no art. 318º do Código Civil de 1966, por sua vez, previa-se as causas bilaterais da suspensão da prescrição e indicou as circunstâncias em que não começava nem corria a prescrição. Nestas situações se encontrava a relação laboral “entre quem presta o trabalho doméstico e o respectivo patrão, enquanto o contrato durar”, não se verificou o caso vertente numa das situações aí elencadas, pois, o que nos ocupa é a situação relativa a créditos emergentes de relação de trabalho

---

<sup>1</sup> - Mário Brito, Código Civil Anotado, Vol. I, 1968, p.377.

<sup>2</sup> - CCA, Pires de Lima e A. varela, nota ao artigo 299º

não-doméstico.

Aplicando a regra geral, não se pode deixar de considerar que o prazo de prescrição em relação a cada um dos créditos reclamados no caso vertente iniciou o seu curso com o respectivo vencimento, porque a partir desse momento o trabalhador ficou com as condições de exercer os seus direitos.

Contrariamente a este entendimento, a sentença recorrida resolveu o problema pela via de integração da lacuna legislativa.

Tal como as considerações nos acórdãos deste Tribunal dos recursos n.ºs 604/2006, 27/2007, 629/2006, 624/2006, 289/2007 e 637/2006, afirmámos que não houve qualquer lacuna da legislação por preencher, no caso como o vertente.

E tal como tem vindo decidido neste Tribunal, até por decisões unânimes, é o prazo previsto no Código Civil de 1966 que determina a prescrição dos crédito nos presentes casos, que é 20 anos.

Determinado o prazo de prescrição, é de ver os factos que fazem interromper a contagem do prazo de prescrição.

Em princípio, a lei adopta-se o regime da interrupção pela citação ou notificação judicial – artigo 323.º do Código Civil de 1966 (ou artigo 315.º do de 1999) ou compromisso arbitral (artigo 324.º do Código Civil de 1966 ou artigo 316.º do de 1999), estabelece também o regime interruptivo da prescrição pelo facto de “reconhecimento” (artigo 325.º do CC de 1966

ou 317º do de 1999).

Também não podemos esquecer que os presentes autos foram processados em conformidade com o Novo Código de Processo do Trabalho, Lei nº 9/2003, e conforme o disposto no artigo 27º, nº 3, a notificação do réu para a tentativa de conciliação interrompe os prazos de prescrição e caducidade.

Ou, não estando provada essa data de notificação, recorre-se à data próxima que deveria ser a data de citação, que também interrompe a contagem do prazo de prescrição e caducidade – artigo 315º nº 1 do Código Civil. Se se completassem os 20 anos a contar a partir do momento de vencimento de cada crédito a essa data da citação, ter-se-ia verificado a prescrição.

Como está expressamente comprovada a data de notificação para a tentativa de conciliação, em 10 de Julho de 2007 (fl. 15), ou seja, os créditos vencidos antes de 10 de Julho de 1987 (vinte anos antes da data da citação), ficariam prescritos.

Sendo assim, impõe-se procedência parcial do recurso, considerando prescritos os créditos resultantes da violação pela ré do direitos de descanso semanal e de feriados obrigatórios antes aquela data e os resultante da violação ao direito de descanso anual de 1984 a 1986.

### **3. 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.

#### **4. 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).<sup>3</sup>

Dispõe o artigo 1079º do Código Civil:

---

<sup>3</sup> Acórdão deste Tribunal de 2 de Março de 2006 do processo n.º 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.<sup>4</sup>

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

---

<sup>4</sup> 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.

## **5. 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 28º do D.L. nº 101/84/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.

Vejamos.

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 Culturais<sup>5</sup>, 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 [...].”

---

<sup>5</sup> 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).<sup>6</sup>

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”.<sup>7</sup>

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.

---

<sup>6</sup> Vide António de Lemos Monteiro Fernandes, *Direito do Trabalho*, 9ª edição, Coimbra, p.373, 374.

<sup>7</sup> 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 101/84/M, aplicável nos presentes autos, 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] Todos 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. Designadamente, 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 entre eles ou os respectivos representantes, 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.<sup>8</sup>

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 27º nº 1 e 27º nº 2.

Dispõe o artigo 27º nº 1: “[p]ela prestação dos seus serviços ou actividade laboral, os trabalhadores têm direito a um salário justo.”

E o artigo 29º 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 27º 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:

---

<sup>8</sup> 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 29º nº 1 do D.L. nº 101/84/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.<sup>9</sup>

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 27º 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

---

<sup>9</sup> 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,<sup>10</sup> salvaguardando a diferença de sistemas, assim acontece igualmente nos EUA<sup>11</sup> e em Hong Kong,<sup>12</sup> onde ainda

---

<sup>10</sup> - 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](http://www.direito.2.com.br)

<sup>11</sup> - “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 27º do D.L. nº 101/84/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](http://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> .

<sup>12</sup> 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 28º do Regime Jurídico das Relações de Trabalho.

Diz o artigo 28º:

- "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 101/84/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 do Autor 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.

## **6. 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:

Dos descansos semanal, anual e de feriados obrigatórios:

Tendo embora a sentença fundamentado que o autor teria direito à compensação pelo trabalho prestado no período da vigência do D.L. n.º 24/89/M, o trabalhador só terá direito à compensação no âmbito do D.L. n.º 101/84/M, pois só é este diploma aplicável nos presentes autos.

Como temos vindo decidir, 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 o autor 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.

Nesta parte a sentença atribuiu a compensação neste âmbito legal, deve ser a mesma ser revogada.

Resta a compensação pelo trabalho prestado no descanso anual no âmbito do D.L. n.º 101/84/M.

Para o cálculo da quantia a pagar ao trabalho prestado em dias de descanso anual correspondente ao trabalho prestado a partir do dia 1 de Setembro 1984 (data da entrada em vigor do Decreto-Lei n.º 101/84/M,

de 25 de Agosto,)), nos dias de descanso entretanto vencidos mas não gozados (sendo claro que o direito a descanso anual em cada ano civil só se vence naturalmente depois de decorrido o ano civil a que esse direito anual se reporta), adoptam-se as seguintes fórmulas:

No âmbito do Decreto-Lei n.º 101/84/M (art.ºs 24.º, n.º 2, e 23.º previa-se um período de descanso anual de dias úteis com o “salário correspondente a esse período”. Isto é, 1 x valor da remuneração diária média do ano de trabalho x número de dias de descanso anual vencidos mas não gozados.

Na parte respeitante à compensação no âmbito do D.L. n.º 101/84/M, o factor de multiplicação foi “singelo”, pelo que é de se manter nesta parte.

E quanto ao montante fixado, não podemos esquecer os créditos que ficaram prescritos em consequência da procedência parcial do recurso interposto pela ré, não devia tomar em conta o montante fixar para os anos de 1984 a 1986, a título da compensação pelo trabalho prestado nos dias de descanso anual.

Pelo que, a ré passará a ser condenada no pagamento de MOP\$679,14.

Ponderado resta decidir.

Pelo exposto, acordam nesta Tribunal de Segunda Instância em conceder provimento parcial aos recursos, nos exactos termos acima consignados.

Custas dos recursos pela recorrente e recorrido, na proporção do seu respectivo decaimento.

Macau, RAE, aos 7 de Maio de 2009

Choi Mou Pan

José M. Dias Azedo

Lai Kin Hong

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