

Recurso nº 379/2008

Recorrente: A (XXX)

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

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

A (XXX), 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\$168.977,91 à Autora A bem como os juros legais, quer vencidos quer vincendos a, contar da data de pôr termo a relação laboral entre a ora A. e ora R..

Citada a ré e, correndo todos os termos processuais no processo nº CV2-07-0182-LAC junto do Tribunal Judicial de Base, o Tribunal Singular respondeu aos quesitos e o Mmº Juiz proferiu a sentença decidindo julgar parcialmente provada e procedente a presente acção e condeno a Ré “STDM” a pagar à Autora A quantia de 8.137.50, acrescida de juros de mora, à taxa legal, ao ano, de 9,75%, desde 5.04.2008 e até integral pagamento, contados sobre o dito capital.

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

1. Durante toda a relação contratual existente entre a Autora e a Ré, sempre a primeira auferiu uma remuneração, composta por uma parte fixa e outra variável.
2. A Autora sempre entendeu que o seu salário era integrado por duas quantias: uma fixa e outra variável composta pelas “gorjetas”.
3. Ademais, a quota-parte de gorjetas distribuída à Autora integra o seu salário, pois face à desproporção do montante variável pago a título de “gorjetas” em relação à retribuição fixa estabelecida no contrato, aquela nunca teria aceite estabelecer qualquer relação de trabalho com a Ré caso a sua quota-parte no valor daquelas não fizesse parte do vencimento.
4. Foi justamente a soma destas duas quantias que durante toda a relação laboral serviram para retribuir a sua prestação de trabalho.
5. As gorjetas dos trabalhadores dos Casinos e, em especial as auferidas pela Autora durante todo o período da sua relação laboral com a Ré, em ultima ratio devem ser vistas como «rendimentos do trabalho», porquanto devidos em função, por causa e por ocasião da prestação de trabalho, ainda que não originariamente como correspectivamente 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, sendo que sem essa componente a Autora não se sujeitaria a trabalhar com um salário que na sua base é um salário insuficiente para prover às necessidades básicas resultantes do próprio trabalho, tal qual tem sido

unanimemente fixado pelo douto Tribunal de Segunda Instância da RAEM.

6. Acaso se entenda que o salário da Autora não era composto por duas partes: uma fixa e uma variável, então o mesmo será manifestamente injusto - porque intoleravelmente reduzido ou diminuto - e, em caso algum, preenche ou respeita os condicionalismos mínimos fixados no Regime Jurídico das Relações Laborais da RAEM.
7. Para cálculo da quantia a pagar em virtude do trabalho prestado nos dias de descanso semanal no âmbito do Decreto-Lei n.º 24/89/M, de 3 de Abril, a fórmula correcta será a do “dobro da retribuição normal”. Isto é, matematicamente falando, $2 \times$ o valor da remuneração média do ano de trabalho em consideração \times o número de dias de descanso semanal por ano não gozados, tal qual tem sido unanimemente adoptada pelo douto Tribunal de Segunda Instância da RAEM. Vd., neste sentido, os Acórdãos n.ºs 255/2005, 270/2005, 271/2005, 334/2006, 262/2006, 264/2006 e 509/2006, de 26 de Outubro de 2006.
8. Da mesma forma, para cálculo da quantia a pagar em virtude do trabalho prestado nos dias de feriado obrigatórios no âmbito do Decreto-Lei n.º 24/89/M, de 3 de Abril, a fórmula correcta será a de um “acréscimo salarial nunca inferior ao dobro da retribuição normal”, para além naturalmente da retribuição a que tem direito, o que à falta de outra fórmula remuneratória equivale matematicamente ao triplo da retribuição normal, tal qual

tem sido unanimemente adoptada pelo douto Tribunal de Segunda Instância da RAEM. Vd., neste sentido, os Acórdãos n.º255/2005, 270/2005, 271/2005, 334/2006, 262/2006, 264/2006 e 509/2006, de 26 de Outubro de 2006.

9. De tudo quanto se expôs resulta que, a douta Sentença do Tribunal de Primeira Instância, na parte em que não aceita que a quantia variável auferida pela Autora durante toda a relação de trabalho com a Ré seja considerada como sendo parte variável do salário, terá feito uma interpretação incorrecta do disposto nos artigos n.º 5º; 7º, n.º 1, al. b); 250; 26º e n.º do art. 27º todos do Decreto-Lei nº 24/89/M, de 3 de Abril, devendo por tal ser alterada.

Nestes termos, e nos demais de direito que V. Exas. encarregar-se-ão de suprir, deverá ser anulada a Sentença do douto Tribunal de Primeira Instância na parte em que não aceita que as quantias variáveis auferida pelo Autor durante toda a relação laboral com a Ré não sejam consideradas como sendo salário, mais se requer que os cálculos para pagamento do trabalho prestado pela Autora para a Ré nos períodos de descanso semanal e feriados obrigatórios remunerados seja compensado nos termos supra referidos, porquanto só assim se fará a já costumada Justiça!

A este recurso respondeu a ré STDM nos seus termos das alegações constantes das fls. 182 a 189.

Cumpra conhecer.

Foram colhidos os vistos legais.

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

- O Autor começou a trabalhar para Ré no dia 16.11.1990. *(al. A) da matéria de facto assente).*
- O Autor foi admitido como empregado de casino. *(al. B) da matéria de facto assente).*
- No decurso da relação entre Autor(a) e Ré, esta entregava ao(à) Autor(a) uma quantia de valor fixo e outra quantia de valor variável. *(al. C) da matéria de facto assente).*
- A quantia variável entregue pela Ré ao Autor era composta pelo dinheiro recebido dos clientes do casino, designado por “gorjetas”. *(al. D) da matéria de facto assente).*
- As “gorjetas” eram distribuídas por todos os funcionários da Ré e não apenas pelos que tinham contacto directo com os clientes nas salas de jogo, de acordo com a sua antiguidade e categoria profissional. *(al. E) da matéria de facto assente).*
- O(A) Autor(a) exercia a sua actividade por turnos fixados pela Ré do seguinte modo: 1º e 6º turnos: das 7h00 até às 11h00 e das 3h00 até às 7h00; 3º e 5º turnos: das 15h00 até às 19h00 e das 23h00 até às 3h00; e 2º e 4º turnos: das 11h00 até às 15h00 e das 19h até às 23h00. *(al. F) da matéria de facto assente).*

- Os dias de descanso que, ao longo da vigência da relação contratual entre as partes, a Autora teria direito a gozar não seriam remunerados. (al. FG) *da matéria de facto assente*).
 - A quantia fixa entregue pela Ré à Autora foi de HKD\$10,00 por dia desde o início da relação contratual até 30.04.1995 e de HKD\$15,00, por dia, desde 1.05.1995 até ao final. (al. H) *da matéria de facto assente*).
 - O(A) Autor(a) auferiu as seguintes quantias por ano: - em 1990 MOP\$6.490,00; em 1991 MOP\$59.446,00; em 1992 MOP\$63.043,00; em 1993 MOP\$60.622,00; em 1994 MOP\$62.761,00; em 1995 MOP\$58.714,00; em 1996 MOP\$53.541,00; em 1997 MOP\$51.063,00; em 1998 MOP\$34.249,00. (al. I) *da matéria de facto assente*).
- (...)
- O contrato entre a Autora e a Ré terminou a 21.12.1998. *(resposta ao art. 16º da base instrutória)*.
 - A Autora auferia uma remuneração, composta por uma parte fixa e outra variável. *(resposta ao art. 2º da base instrutória)*.
 - A Ré proibiu expressamente a Autora de receber e guardar quaisquer gorjetas entregues pelos clientes do casino. *(resposta ao art. 5º da base instrutória)*.
 - A Autora recebeu regular e periodicamente a remuneração referida sob o art. 2º da base instrutória. *(resposta ao art. 6º da base instrutória)*.

- A Autora nunca gozou de dias descanso semanal, anual ou feriados obrigatórios remunerados. *(resposta ao arts. 7º a 12º da base instrutória).*
- No sistema vigente na empresa Ré os dias de descanso que os trabalhadores gozassem não eram remunerados. *(resposta ao art. 13º da base instrutória).*
- As gorjetas entregues pelos clientes da Ré eram reunidas, contabilizadas e depois distribuídas por uma comissão paritária com a seguintes composição : um membro do departamento de tesouraria da Ré, um “floor manager” e um ou mais trabalhadores da Ré. *(resposta ao art. 15º da base instrutória).*

Conhecendo.

No presente recurso da autora, entendeu-se a recorrente essencialmente que a gorjeta fazia parte do salário do trabalhador e deve com base em todos os rendimentos auferidos pelo trabalhador a determinar a compensação pelo trabalhos prestados nos dias de descansos semanal, anual e em dias de feriados obrigatórios.

Então vejamos.

Compulsados os factos provados nos autos, não haverá dúvida que entre a trabalhadora e a ré houve uma relação duradosa, remunerada e com horário determinado, pela que não deixa de integrar a relação laboral. Vejamos então as questões seguintes.

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.

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 Culturais¹, 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 àsquelas 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 [...].”

¹ 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).²

² Vide António de Lemos Monteiro Fernandes, Direito do Trabalho, 9ª edição, Coimbra, p.373, 374.

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”.³

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.

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

³ In Curso de Directo 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)

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.⁴

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*

⁴ Vide António de Lemos Monteiro Fernandes, Direito do Trabalho, 9ª edição, Coimbra, p. 384 e ss.

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:

- 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.⁵

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 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.

⁵ Acórdão deste TSI de 12 de Dezembro de 2002 do processo nº 123/2002.

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,⁶ salvaguardando a diferença de sistemas, assim

⁶ - 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 n.º RR-476330/1998, de 12 Dezembro 2001. TST. Tribunal Superior do Trabalho. N.º Recurso n.º RO-22025/1992-000-01.00, Magistrado Responsável Ministro Milton de Moura França. N.º 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).”

acontece igualmente nos EUA⁷ e em Hong Kong,⁸ 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.”

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

- 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

⁷ - “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 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> .

⁸ Proc. 55/2008, de 19/1/09, *between* Lam Pik Shan and HK Wing On Travel Service Limited, in <http://www.hklii.org/hk> .

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.

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 n° 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 (respostas aos quesitos 7° a 15°):

Ano	Salário Médio Diário
1990	17,78
1991	162,87
1992	172,72
1993	166,09
1994	171,95
1995	160,86
1996	146,69
1997	139,90
1998	93,83

E por esta forma, é de alterar o salário diário fixado pelo Tribunal *a quo*, revogando a decisão nesta parte, dando procedência do recurso nesta parte, e com base destes rendimentos, tomaremos a seguinte ponderação.

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:

Como temos vindo decidido, o D.L. nº 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. nº 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 verifiquem 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, como o que alegou o recorrente 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, está provado 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 decidiu correctamente na não compensação na aplicação do regime estabelecido no D.L. n° 101/84/M parte esta que é de se manter, mas já não na aplicação do D.L. n° 24/89/M, quer da fórmula quer do montante (por virtude da não consideração da gorjeta como salário).

Assim sendo, com a alteração do o montante do salário médio diário que tinha sido incorrectamente fixado, o montante de compensação segue-se o seguinte mapa:

Ano	número de dias vencidos e não gozados (A)	Remuneração diária média em MOP (B)	Quantia indemnizatória (A x B x 2)
1990	6	17,78	213,36
1991	52	162,87	16.938,48
1992	52	172,72	17.962,88
1993	52	166,09	17.273,36
1994	52	171,95	17.882,80
1995	52	160,86	16.729,44
1996	52	146,69	15.255,76
1997	52	139,90	14.549,60
1998	51	93,83	9.570,66

Total das quantias →	126.376.30
--------------------------------	-------------------

Para cálculo da quantia a pagar ao trabalho prestado em dias de descanso anual correspondente ao trabalho prestado 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:

- Na vigência do D.L. nº 24/89/M, no caso em que for feita a prova de que “a Ré não autorizou a Autora descansar 6 dias por ano sem perda do respectivo rendimento”, o “factor de multiplicação” deveria ser o “triplo da retribuição” nos termos do artigo 24º do D.L. nº 24/89/M.⁹ Caso contrário, ou seja, quando foi feita a prova que o trabalhador não gozou mais dias de descanso porque quis auferir os respectivos rendimentos, acolhe-se as considerações nos citados recentes acórdãos deste T.S.I., de modo que tal “factor de multiplicação” deveria ser reduzido para o “dobro da retribuição” por analogia à situação prevista para os dias de descanso semanal, e, a não se entender desta forma cair-se-ia em flagrante injustiça relativa em confronto com a compensação do trabalho prestado em dias de descanso semanal, sendo evidente que em ambas as situações está identicamente em causa a prestação de trabalho em dias de descanso, daí que se imponha até, por identidade da razão, tal aplicação analógica.¹⁰

E nesta parte a sentença ora recorrida, decidiu incorrectamente no âmbito do D.L. nº 24/89/M, pois o facto de estar provado, tal como no presente caso, que “a autora nunca gozou de dias de descanso ... anual” (resposta ao quesito 10º) não quer dizer que se fica provado o “impedimento” do gozo.

⁹ Vide neste sentido o acórdão deste TSI de 23 de Novembro de 2006, no processo nº 513/2006.

¹⁰ Vide neste sentido o acórdão deste TSI de 23 de Novembro de 2006, no processo nº 513/2006.

Pelo que para a indemnização do trabalho prestado nos dias de descanso anual segue-se a fórmula de $A \times B \times 2$ (A = dias de descanso anual não gozados, B = valor da remuneração média diária):

D.L. n° 24/89/M			
Ano	número de dias vencidos e não gozados (A)	Remuneração diária média em MOP (B)	Quantia indemnizatória (A x B x 2)
1990	0.75	17,78	26,67
1991	6	162,87	1.954,44
1992	6	172,72	2.072,64
1993	6	166,09	1.993,08
1994	6	171,95	2.063,40
1995	6	160,86	1.930,32
1996	6	146,69	1.760,28
1997	6	139,90	1.678,80
1998	6	93,83	1.125,96
		SubTotal	14.605,59

Total das quantias: **MOP\$14.605,59**

Finalmente, 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.

E a compensação no âmbito do D.L. nº 24/89/M, devia ser compensado com o “triplo da retribuição normal”.

Creemos 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 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”.

Adoptando-se aqui tal entendimento, e atenta a matéria de facto dada como provada, chega-se em princípio a fórmula de contagem de $A \times B \times 3$ (A = dias de descanso dos dias de feriados obrigatórios não gozados; B = valor da remuneração média diária). Porém, como a recorrente não veio impugnar especificadamente a fórmula fixada pelo pelo Tribunal *a quo* (que deu apenas da $A \times B \times 2$, que deve ser mantida), fixa-se o montante de compensação nos seguintes termos:

Ano	número de dias vencidos e não gozados (A)	Remuneração diária média em MOP (B)	Quantia indemnizatória (A x B x 2)
1990	0	17,78	0
1991	6	162,87	1.954,44
1992	6	172,72	2.072,64
1993	6	166,09	1.993,08
1994	6	171,95	2.063,40
1995	6	160,86	1.930,32
1996	6	146,69	1.760,28
1997	6	139,90	1.678,80
1998	6	93,83	1.125,96
Total das quantias →			14.578,92

Nesta conformidade, e na procedência parcial do recurso, revogando a decisão que não considerou serem as gorjetas parte integral do salário, para

efeito da contagem da compensação do trabalho prestado nos dias de descanso, alterando, por um lado, os montantes de salário diário fixados pelo Tribunal a quo, e em segundo lugar, os montantes compensatórios fixados a título de trabalho prestado em dias de descanso semanal, anual e em dias de feriados obrigatórios, no montante total de MOP\$155.560,81 (MOP\$126.376,30 + MOP\$14.605,59 + MOP\$14.578,92).

Ponderado resta decidir.

Pelo exposto, acordam nesta Tribunal de Segunda Instância em conceder provimento parcial ao recurso interposto pela autora, e em consequência condena a ré STDM a pagar à autora a indemnização a quantia de MOP\$155.560,81, a título de compensação pelo não gozo de descansos semanal e anual e feriados obrigatórios, acrescendo os juros a taxa legal, a partir da data de trânsito da sentença até ao efectivo e integral pagamento.

Custas pela recorrente e recorrida na proporção do seu decaimento.

Macau, RAE, aos 11 de Junho de 2009

Choi Mou Pan

José M. Dias Azedo

Lai Kin Hong