

Recurso nº 170/2008

Recursos interlocutório e da decisão final:

Recorrente: A (李樹然)

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. a quantia de MOP\$378,575.68 a título de compensação por conta do trabalho prestado pelo Autor durante os períodos de descanso anual, semanal e de feriados obrigatórios;
- b. a quantia de MOP\$205,990.58 por conta da lesão da personalidade física e psíquica do Autor adveniente da violação do seu direito ao repouso e aos lazeres;
- c. a quantia de MOP\$289,029.82 a título de juros vencidos sobre as quantias devidas por conta do trabalho prestado pelo Autor nos períodos de descanso semanal e feriados obrigatórios;
- d. a quantia de MOP\$40,865.59 a título de juros vencidos sobre as quantias devidas por conta da violação por banda da Ré do direito ao descanso anual do Autor;

- e. Condenado a R. no pagamento ao A., os termos do disposto no art.º 333º do CCM, da quantia de MOP\$5.000,00, a título de sanção pecuniária compulsória, por cada dia de atraso após o trânsito em julgado da decisão até efectivo e integral cumprimento;
- f. Tudo no valor de MOP\$913,964.89 (cfr. doc. n.º 14) acrescido de juros vincendos até ao integral pagamento, bem como das custas e condigna procuradoria.

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

No saneador, o Mmº Juiz decidiu prescritos os créditos da autora resultantes da violação do direito ao descanso semanal e feriados obrigatórios em data anterior a 10 de Dezembro de 1986, bem como os créditos do autor resultante da violação do direito ao descanso anual relativo aos anos de 1984 e de 1985.

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

- A. Ao considerar parcialmente prescritos os créditos salariais, a decisão recorrida violou o disposto no art.º 33º do Decreto-Lei n.º 24/89/M, de 3 de Abril quanto à indisponibilidade dos créditos laborais, bem como o artigo 291º, n.º 1 do CCM, donde resulta a imprescritibilidade dos direitos indisponíveis e, por conseguinte, violou o disposto no art.º 42º, n.º 3 do CPT, que impõe a protecção efectiva dos direitos indisponíveis e, por isso, imprescritíveis, do trabalhador.
- B. Acresce que, mesmo que, sem conceder, os créditos salariais que o tribunal recorrido considerou prescritos tivessem realmente prescrito, tal não dispensava ¹ o tribunal recorrido de,

¹ Artº 42º, nº 3 do CPT.

oficiosamente, com base no enriquecimento sem causa ², condenar a Ré a pagar o valor com que ela se locupletou à custa do A. por via do incumprimento dos preceitos inderrogáveis previstos no art.º 17º, n.º 4 do Decreto-Lei n.º 101/84/M, de 25 de Agosto e 17º, n.º 4 do RJRTM (descanso semanal), 24º, n.º 2 do Decreto-Lei n.º 101/84/M, de 25 de Agosto, e 24º do RJRTM (descanso anual), 20º, n.º 2 do Decreto-Lei n.º 101/84/M, de 25 de Agosto e art.º 19º, n.º 2 do RJRTM, (feriados obrigatórios).

- C. Ao considerar parcialmente prescritos os créditos salariais, a decisão recorrida violou o art. 318º alínea e_ do CCP aplicável ao caso “sub judice”, por analogia, por força do disposto no art. 10º n.º 1 do CCP, actual art.º 9º, n.º 1 do CCM.
- D. Ao considerar parcialmente prescritos os créditos, a decisão recorrida violou o art.º 315º, n.º 2 do CCM, dado que o prazo da prescrição se interrompeu no dia 21/11/2006, ou seja no quinto dia após a apresentação da petição inicial e não no dia 26/09/2006 como ficou decidido.

Nestes termos, deve ser dado provimento ao presente recurso com as legais consequências.

A esta recurso não houve resposta.

Correndo todos os termos processuais no processo nº CV2-06-0078-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 ao Autor A a quantia de três mil oitocentos e oito HKD\$ e oitenta cêntimos (HKD\$3.808,80), acrescida de juros de mora, à taxa legal, ao ano, de 9,75%, desde 8.12.2007 e até integral pagamento, contados sobre o dito capital.

² Artº 491º, nº 1 do CCM.

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

- A. Durante toda a relação contratual existente entre Autor e a Ré, sempre o primeiro auferiu uma remuneração, composta por uma parte fixa e outra variável.
- B. O Autor sempre entendeu que o seu salário era integrado por duas quantias: uma fixa e outra variável composta pelas “gorjetas”.
- C. A Ré tinha o dever jurídico de pagar ao A. quer a parte fixa, quer a parte variável da remuneração do trabalho.
- D. A quota-parte de gorjetas distribuída ao Autor integra o seu salário, pois face à desproporção do montante variável pago a título de “gorjetas” em relação à retribuição fixa estabelecida no contrato, o Autor nunca teria aceite estabelecer qualquer relação de trabalho com a Ré caso a sua quota-parte no valor daquelas não fizesse parte do vencimento.
- E. Foi justamente a soma destas duas quantias que durante toda a relação laboral serviram para retribuir a sua prestação de trabalho.
- F. O pagamento da parte variável da retribuição do A. traduziu-se numa prestação regular, periódica, não arbitrária e que sempre concorreu durante todo o período da relação labroal para o orçamento pessoal e familiar do trabalhador.
- G. As gorjetas dos trabalhadores dos Casinos e, em especial as auferidas pela Autor 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 necessariamente como correspectivo 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 o trabalhador 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.

- H. As gorjetas deixadas pelos clientes da Ré pertencem à Ré, que com elas faz o que entende, nomeadamente o especificado nas alíneas E) e F) dos Factos Assentes e artigo 62º da Contestação.
- I. Quem pagava a parte variável da remuneração ao A., não eram os clientes da Ré, mas a própria Ré, a quem cabia a totalidade do valor percebido a título de gorjetas.
- J. A douta sentença na parte em que considera que a definição das regras com vista à distribuição de gorjetas devam caber à Ré enquanto entidade patronal, não apresenta os fundamentos de facto e de direito que a justificam, pelo que enferma de falta de fundamentação, o que nos termos do disposto no n.º 1 do art. 571º do CPC, ex vi do n.º 1 do art. 43º do CPT deverá conduzir à sua nulidade.
- K. Acaso se entenda que o salário do Autor 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.
- L. De tudo quanto se expôs resulta que, a douta Sentença do Tribuna de Primeira Instância, na parte em que não aceita que a quantia variável auferida pelo Autor durante toda a relação de trabalho com a Ré seja considerada como sendo parte variável do salário do Autor, terá feito uma interpretação incorrecta do

disposto nos artigos 5º; 27º; 28º; 29 n.º 2, 36º todos do Decreto-lei n.º 101/84/M, de 25 de Agosto e, bem assim, uma interpretação incorrecta do consagrado nos artigos 5º; 7º, n.º 1, al. b); 25º; 26º e n.º do art. 27º todos do Decreto-lei n.º 24/89/M, de 3 de Abril.

Nestes termos, e nos demais de direito que V. Exas. se encarregarão de suprir, deverá ser anulada a dita Sentença do Tribunal de Primeira Instância na parte em que não aceita como parte integrante do salário as quantias variáveis auferidas pelo Autor durante a relação laboral com a Ré, pois só assim se fará a já costumada Justiça.

A este recurso respondeu o réu STDM nos seus termos das alegações extensas constantes das fls. 478 a 503.

Cumprido conhecer.

Foram colhidos os vistos legais.

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

- Entre 21.08.1985 e 21.07.1994, o Autor trabalhou para a Ré. *(al. A dos factos assentes)*
- O rendimento auferido pelo Autor desdobrava-se em duas partes, uma fixa e outra variável. *(al. B dos factos assentes)*
- Esta parte variável dependia, por um lado, do valor global do dinheiro recebido pelos clientes do casino, vulgarmente designados por “gorjetas”. *(al. C dos factos assentes)*
- A parte variável constituía a parte mais significativa dos rendimentos auferidos pelo Autor. *(al. D dos factos assentes)*
- As gorjetas recebidas pelos empregados eram obrigatoriamente colocadas numa caixa destinada exclusivamente a esse efeito, a fim de serem distribuídas de 10 em 10 dias aos diversos

empregados, incluindo os da área administrativa e informática.
(*al. E dos factos assentes*)

- A Ré incluiu sempre a quantia entregue a título de gorjetas nos montantes que participou à DSF para efeitos de liquidação e cobrança do imposto profissional dos seus empregados. (*al. F dos factos assentes*)
- Durante a relação contratual entre o Autor e a Ré nunca as partes puseram em causa o acordo sobre as condições do pagamento do salário e do respectivo cálculo. (*al. G dos factos assentes*)
- A componente fixa do rendimento do Autor foi de MOP\$4,10, por dia, entre 21.08.85 e 30.06.89 e de HKD\$10,00 entre 1.07.89 e 21.07.1994. (*al. H dos factos assentes*)
(...)
- O Autor trabalhar em ciclos contínuos de três dias: no primeiro dia, o Autor começava às 14 h e interrompia às 18 h. Recomeçava às 22 h e acabava às 2 h. No segundo dia, o Autor começava às 10 h e interrompia às 14 h. Recomeçava às 18 h e acabava às 22 h. No terceiro dia, o Autor começava às 6 h e interrompia às 10 h. Depois recomeçava às 2 h e acabava às 6 h.
- O Autor auferia uma remuneração, composta por uma parte fixa e outra variável, remuneração essa que foi acordada verbalmente entre o Autor e a Ré. (*resposta ao art. 1º da base instrutória*)
- No ano de 1985, o Autor auferiu uma retribuição média diária de MOP\$106,99. (*resposta ao art. 3º da base instrutória*)
- No ano de 1986, o Autor auferiu uma retribuição média diária de MOP\$101,73. (*resposta ao art. 4º da base instrutória*)
- No ano de 1987, o Autor auferiu uma retribuição média diária de MOP\$207,16. (*resposta ao art. 5º da base instrutória*)
- No ano de 1988, o Autor auferiu uma retribuição média diária de MOP\$209,45. (*resposta ao art. 6º da base instrutória*)

- No ano de 1989, o Autor auferiu uma retribuição média diária de MOP\$315,42. *(resposta ao art. 7º da base instrutória)*
- No ano de 1990, o Autor auferiu uma retribuição média diária de MOP\$327,83. *(resposta ao art. 8º da base instrutória)*
- No ano de 1991, o Autor auferiu uma retribuição média diária de MOP\$297,12. *(resposta ao art. 9º da base instrutória)*
- No ano de 1992, o Autor auferiu uma retribuição média diária de MOP\$370,08. *(resposta ao art. 10º da base instrutória)*
- No ano de 1993, o Autor auferiu uma retribuição média diária de MOP\$462,65. *(resposta ao art. 11º da base instrutória)*
- No ano de 1994, o Autor auferiu uma retribuição média diária de MOP\$534,08. *(resposta ao art. 12º da base instrutória)*
- Durante a relação contratual entre o Autor e a Ré, o Autor nunca gozou de dias de descanso semanal, feriados obrigatórios e descanso anual remunerados. *(resposta aos arts. 13º e 15º da base instrutória)*
- A Ré não fixou os períodos de descanso anual e semanal do Autor. *(resposta ao art. 16º da base instrutória)*
(...)
- Quando à parte da remuneração composta pelas gorjetas, os trabalhadores sabiam que havia um risco que corriam, aceitando que jamais poderiam imputar à Ré qualquer responsabilidade pelas flutuações desse quantitativo ou pela sua não verificação em determinado momento temporal. *(resposta ao art. 12º da base instrutória)*
- No início da relação contratual entre o Autor e a Ré esta informou aquele que ao gozo de dias de descanso anual, semanal e feriados obrigatórios não corresponderia qualquer remuneração, o que foi aceite pelo Autor. *(resposta ao art. 25º da base instrutória)*

Conhecendo.

1. Delimitação do objecto dos recursos

Há dois recursos nos presentes autos interpostos pelo autor.

O primeiro foi interposto da decisão que decidiu a excepção peremptória de prescrição dos créditos e noutra recurso, 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.

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.³

Prevê o artigo 290º do Código Civil que:

“1. A lei que estabelecer, para qualquer efeito, um prazo mais curto do que o fixado na lei anterior é também aplicável aos prazos que já estiverem em curso, mas o prazo só se conta a partir da entrada em vigor da nova lei, a não ser que, segundo a lei antiga, falte menos tempo para o prazo se completar.

³ - Mário Brito, Código Civil Anotado, Vol. I, 1968, p.377.

2. A lei que fixar um prazo mais longo é igualmente aplicável aos prazos que já estejam em curso, mas computar-se-á neles todo o tempo decorrido desde o seu momento inicial.

... .”

Como podemos ver, conforme esta disposição legal, 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.⁴

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

Dispõe o artigo 306º nº 1 do Código Civil de 1966 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”.

O art. 318º do Código Civil de 1966, por sua vez, previa 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 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.

⁴ - CCA, Pires de Lima e A. varela, nota ao artigo 299º

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.⁵

⁵ Nestes acórdãos tomaram as seguintes considerações:

*“A lacuna, como diz o Prof. Oliveira Ascensão, é uma fatalidade, uma incompleição do sistema normativo que contraria o plano deste. Fatalidade que vai ao ponto de se negar a sua própria existência, porquanto no ordenamento jurídico não pode haver verdadeiras lacunas, enquanto ausência de solução jurídica para o caso omissis.”*⁵

Deixemos no entanto a asserção lata do conceito - vazio do ordenamento jurídico para regulamentação do caso - para indagar se há uma lacuna no conceito mais vulgar, isto é, de falta, entre as fontes de Direito vigentes, de uma disposição que se aplique directamente a determinada matéria. E só perscrutando, interpretando e valorando o ordenamento podemos dizer se há ou não uma lacuna.

Ora, na obediência daquelas tarefas, logo se divisa uma norma genérica que abarca a situação em apreço, norma essa que decorre do disposto no artigo 306.º, n.º 1 do CC66 - aplicável ao tempo da relação laboral invocada -, complementada pelo art. 307.º que estipula para os casos de rendas perpétuas ou vitalícias ou para os casos de prestações análogas, em que a prescrição do direito do credor corre desde a exigibilidade da primeira prestação que não for paga.

Temos assim uma norma geral que abarca a situação que se configura, sendo-lhe directamente aplicável a sua estatuição, na falta de regulamentação especial decorrente do regime laboral - não esquecendo que o Direito Laboral, enquanto ramo de Direito Privado, é especial em relação ao Direito Civil comum e não excepcionada por nenhuma norma que estabeleça qualquer causa de suspensão do prazo do começo ou decurso da suspensão, normas estas que afastam o regime geral do início do curso da prescrição.

Nem se diga que se trata ali de uma norma genérica e o que se procura regulamentar é uma situação concreta. É óbvio que assim acontece sempre que se aplica uma norma de carácter genérico; a sua aplicação projecta-se necessariamente sobre uma situação concreta e o que vai determinar a sua especialidade é a autonomia jurídica da especificidade de uma situação que leva a uma regulação especial ou excepcional em relação à normatividade genérica. E só quando há ausência de qualquer regulamentação positiva ou costumeira⁵ do caso se diz que é omissis, lacunoso. Claro está, desde que juridicamente devesse ser regulado.

*É assim, como diz Menezes Cordeiro, que a lacuna se verifica nas zonas em que imperem conceitos abstractos, faltando uma norma jurídica, aplicável a determinado caso concreto, isto é, não há regulamentação jurídica onde devia juridicamente, haver. Pelo contrário, nas zonas dominadas pela tipicidade normativa, faltando uma norma aplicável a uma hipótese considerada, não há lacuna; não há regulamentação jurídica onde não devia juridicamente haver.”*⁵

Temos assim a regra relativa ao início da prescrição e as situações em que o legislador quis que o prazo se suspendesse, tendo a preocupação de elencar, entre muitas situações possíveis, apenas umas tantas e, no que respeita às causas bilaterais da suspensão, somente uma meia dúzia de casos. Pretendeu o legislador que essa previsão fosse meramente exemplificativa? Seguramente que não. A letra e o espírito da norma, afastam essa possibilidade. As situações, causas de suspensão da prescrição, são demasiado concretas, específicas e particulares para comportarem essa natureza.

No que ao trabalho doméstico respeita é particularíssima essa previsão, não podendo o legislador ignorar que a par desse tipo de relação de trabalho existiam todas as restantes relações laborais, não fazendo sentido que teleologicamente pretendesse abranger todas as relações laborais a partir daquela particularização.

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 créditos nos presentes casos, que é 20 anos.

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

O Mmo Juiz recorrido viu aqui uma lacuna, mas como dissemos, parece não haver lacuna alguma e se assim é, se o legislador excepcionou para o serviço doméstico, uma causa de suspensão de prescrição, a interpretação analógica está vedada em relação às normas excepcionais - art. 11º do CC66 e 10º do CC99.

E em termos de interpretação teríamos de considerar que o legislador, ao dizer que a prescrição não começa nem corre entre quem presta o trabalho doméstico e o respectivo patrão, enquanto o contrato durar, quis dizer entre quem presta o trabalho e o respectivo patrão. Seria uma interpretação supressora do âmbito da previsão e extensiva do elenco das situações a abranger.

Ainda que o princípio não seja absoluto, estamos em crer que vale aqui o brocardo ubi lex voluit dixit, ubi noluit tacuit. Nem por razões teleológicas se aceita uma interpretação extensiva como se pretende. São por demasiado evidentes todas as razões que podiam justificar uma protecção do trabalhador por via desse instituto, dadas as particulares relações, teias, dependências, receios, anseios, instabilidades que se criam nas relações laborais, que nem vale a pena desenvolver por demais o tema, aliás, bem focalizado na decisão recorrida. Mas são igualmente diferentes e visíveis as diferenças entre a relação laboral comum e o serviço doméstico. Este, a merecer um tratamento autónomo em Macau e no direito Comparado e apartar-se daquele.

Ora são essas razões de diferença que fazem perceber a opção do legislador e tanto basta para afastar uma razão teleológica de aplicação da causa de suspensão da prescrição estabelecida para o serviço doméstico em relação a todas as relações laborais.

Tanto assim, que no Direito Comparado Português lá se legislou um artigo 38º. Tanto assim que, aquando da aprovação do novo CC99, o legislador da RAEM entendeu por bem alargar o âmbito da previsão da al. c) do art. 311º, passando, a par do serviço doméstico, a abranger outros tipos de relações laborais.

E não se deixou até, no seio da respectiva Comissão revisora de explicar essa alteração que, ainda que não publicada, não se deixa de referir, pela própria evidência do acréscimo: "procurou-se que em estados de dependência não haja lugar à prescrição. Se esse regime parece ser adequado em Portugal, parece, por maioria de razão ser estendido a Macau, uma vez que a lei laboral em Macau a não regula, mas sobretudo por a precariedade do emprego ser em Macau, face à legislação vigente, muito maior, pelo que a relação de dependência e medo de represálias por pedir o crédito ser muito mais acentuada".⁵ Aliás, na Nota Justificativa do CC não se deixa de referir essa preocupação, não só pelo alargamento do termo do prazo da causa de suspensão, bem como ainda pela necessidade dos interesses de estabilização e segurança ao nível daquele instituto."

do prazo de prescrição e caducidade – artigo 315º nº 1 do Código Civil.

Tal como expressamente comprova pela certidão nos autos de fl. 140, a data de notificação foi o dia 7 de Dezembro de de 2006.

Nesta conformidade, se se completassem os 20 anos a contar a partir do momento de vencimento de cada crédito à data da notificação para tentativa de conciliação, ter-se-ia verificado a prescrição.

Assim, em relação aos créditos relativos ao período situado entre o início da relação laboral e o dia 7 de Dezembro de 1986 (vinte anos antes da data da notificação para a tentativa de conciliação), ter-se-á verificado a prescrição.

Sendo assim, impõe-se improcedência do recurso da decisão que julgou a excepção de prescrição.

Passa-se a apreciar o recurso da decisão final.

3. Recurso da decisão final

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 Culturais⁶, 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 [...].”

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

⁶ Aprovada para ratificação pela Lei n.º 45/78, de 11 de Julho.

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).⁷

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”.⁸

⁷ Vide António de Lemos Monteiro Fernandes, *Direito do Trabalho*, 9ª edição, Coimbra, p.373, 374.

⁸ 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;

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 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.⁹

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)

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

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

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

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

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

“Entende-se por **salário** toda e qualquer prestação, susceptível de avaliação em dinheiro, seja qual for a sua designação ou forma de cálculo, devida em função da prestação de trabalho e fixada ou por acordo entre empregador e trabalhador, ou por regulamento ou norma convencional ou por norma legal.”

Conforme as disposições legais e as doutrinas, podemos concluir que são seguintes as concepções essenciais do salário:

- 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.¹⁰

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

¹⁰ Acórdão deste TSI de 12 de Dezembro de 2002 do processo nº 123/2002.

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 nºs 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,¹¹ salvaguardando a diferença de sistemas, assim

¹¹ - 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

acontece igualmente nos EUA¹² e em Hong Kong,¹³ onde ainda recentemente o *Court of Final Appeal* decidiu ratificar o entendimento do *Court of Appeal* no

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

¹² - “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> .

sentido de que as gorjetas deviam integrar o salário com argumentos próximos dos acima expendidos.”

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

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

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*

¹³ Proc. 55/2008, de 19/1/09, *between Lam Pik Shan and HK Wing On Travel Service Limited*, in <http://www.hklii.org/hk>.

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 3° a 12°):

Ano	Salário Médio Diário
1985	106.99
1986	101.73
1987	207.16
1988	209.45
1989	315.42
1990	327.83
1991	297.12
1992	370.08

1993	462.65
1994	534.08

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

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

O D.L. n.º 24/89/M, ao prevê que os trabalhadores têm direito a um dia de descanso em cada sete dias de trabalho, admite-se a situação em que o Trabalhador venha a trabalhar voluntariamente nos dias de descanso, nada com isto implica que ele renuncia o direito aos dias de descanso.

Nesta situação, para o trabalhador que recebe salário mensal, independentemente de ser ou não voluntário, tem sempre direito a receber uma remuneração adicional ou acréscimo salarial, no valor superior ao salário diário a contar com base no seu salário mensal, nos termos do disposto no artigo 17º do D.L. n.º 24/89/M que se dispõe que:

“1. Todos os trabalhadores têm o direito a gozar, em cada período de sete dias, um período de descanso de vinte e quatro horas consecutivas, sem prejuízo da correspondente retribuição, calculada nos termos do disposto sob o artigo 26.º

2. O período de descanso semanal de cada trabalhador será fixado pelo empregador, com devida antecedência, de acordo com as exigências do funcionamento da empresa.

3. Os trabalhadores só poderão ser chamados a prestar trabalho nos respectivos períodos de descanso semanal:

a) Quando os empregadores estejam na eminência de prejuízos importantes ou se 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)
1989	36	315.42	22,710.24
1990	52	327.83	34,094.32
1991	52	297.12	30,900.48
1992	52	370.08	38,488.32
1993	52	462.65	48,115.60

1994	27	534.08	28,840.32
		Total das quantias →	203,149.30

Para 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 vigência do D.L. n.º 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. n.º 24/89/M.¹⁴ 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.¹⁵

¹⁴ Vide neste sentido o acórdão deste TSI de 23 de Novembro de 2006, no processo n.º 513/2006.

¹⁵ Vide neste sentido o acórdão deste TSI de 23 de Novembro de 2006, no processo n.º 513/2006.

E nesta parte a sentença ora recorrida, decidiu correctamente na parte respeitante à fórmula da compensação no âmbito do D.L. n.º 101/84/M, mas já não a no âmbito do D.L. n.º 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.

Pelo que para a indemnização do trabalho prestado nos dias de descanso anual segue-se a seguinte fórmula:

No âmbito do D.L. n.º 101/84/M: $A \times B \times 1$ (A = dias de descanso anual não gozados, B = valor da remuneração média diária, e montante este que terá que descontar os créditos que ficaram prescritos) e no âmbito do D.L. n.º 24/89/M: $A \times B \times 2$ (A = dias de descanso anual não gozados, B = valor da remuneração média diária)

D.L. n.º 101/84/M			
Ano	número de dias vencidos e não gozados (A)	Remuneração diária média em MOP (B)	Quantia indemnizatória (A x B x 1)
1987	6	207.16	1,242.96
1988	6	209.45	1,256.70
		Subtotal	2,499.66

D.L. n.º 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)
1989	6	315.42	3,785.04
1990	6	327.83	3,933.96
1991	6	297.12	3,565.44
1992	6	370.08	4,440.96
1993	6	462.65	5,551.80
1994	3.5	534.08	3,738.56

	SubTotal	25,015.76
--	----------	------------------

Total das quantias: **MOP\$27,515.42**

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. n.º 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 receita 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 “acréscimo 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 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)
1989	6	315.42	3,785.04

1990	6	327.83	3,933.96
1991	6	297.12	3,565.44
1992	5	370.08	3,700.80
		Total das quantias →	14,985.24

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\$245,649.96 (MOP\$203,149.30 + MOP\$27,515.42 + MOP\$14,985.24).

Ponderado resta decidir.

Pelo exposto, acordam nesta Tribunal de Segunda Instância em:

- Negar provimento ao recurso interlocutório interposto pelo autor;
- Conceder provimento parcial ao recurso interposto pela autora, e em consequência condena a ré STD M a pagar à autora a indemnização a quantia de MOP\$245,649.96, 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 do recurso interlocutório pelo autor e da decisão final pelas partes na proporção do seu respectivo decaimento.

Macau, RAE, aos 11 de Junho de 2009

Choi Mou Pan

José M. Dias Azedo

Lai Kin Hong