Processo n.º 332/2008

(Recurso Laboral)

Data: **30/Abril/2009**

Recorrente:

Sociedade de Turismo e Diversões de Macau, S.A.R.L. (澳門旅遊娛樂有限公司)

Recorrida:

A (XXX)

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

I – RELATÓRIO

A (XXX) melhor identificada nos autos, patrocinada pelo M.P., veio interpor contra **Sociedade de Turismo e Diversões de Macau, S.A.R.L.**” (**澳門旅遊娛樂發展有限公司**), Sociedade Anónima de Responsabilidade Limitada, com sede em Macau, Região Administrativa Especial de Macau, no Hotel Lisboa, 9º andar, acção de processo comum de trabalho, pedindo a condenação da Ré, a título de créditos laborais a pagar- lhe. *a quantia de **MOP\$159.586,76**, acrescida dos respectivos juros.*

Julgada a causa, foi decidido condenar a Ré a pagar à A. o montante de **MOP\$153.270,68**, acrescido de juros de mora à taxa legal a contar do trânsito da sentença.

Dessa decisão vem recorrer a **STDM, Sociedade de Turismo e**

Diversões de Macau, S.A.R.L., R. alegando, em síntese:

Carece de fundamento legal a condenação da ora Recorrente por falta de prova de um dos elementos essenciais à prova do peticionado direito de indemnização, i.e., a ilicitude do seu comportamento.

Deve considerar-se que o salário em causa era um salário diário.

Cabia à parte A., ora Recorrida, provar que a empregadora obstou ou negou o gozo de dias de descanso.

Não concluindo - e nem sequer se debruçando sobre esta questão - pelo tratamento mais favorável ao trabalhador resultante do acordado entre as partes - consubstanciado, sobretudo, nos altos rendimentos auferidos - incorreu o Tribunal a quo em erro de direito, o que constitui causa de anulabilidade da sentença ora em crise.

A aceitação do trabalhador de que aos dias de descanso semanal, anual e em feriados obrigatórios não corresponde qualquer remuneração teria, forçosamente, de ser considerada como válida.

Ao trabalhar voluntariamente em dias de descanso (sejam eles anual, semanal ou resultantes de feriados), a parte trabalhadora optou por ganhar mais, tendo direito à correspondente retribuição em singelo.

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

As gorjetas dos trabalhadores de casinos não são parte integrante do

conceito de salário, e bem assim as gorjetas auferidas pelos trabalhadores da STDM.

Contra-alega a A., defendendo a manutenção do decidido.

Foram colhidos os vistos legais.

II – FACTOS

Vêm provados os factos seguintes:

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

Da Matéria de Facto Assente :

- A Autora **A** começou a trabalhar para a Ré no dia 1 de Setembro de 1988, tendo cessado o contrato em Dezembro de 1995 (*alínea A) da Especificação*).
- A Autora foi admitida como empregada de casino (*alínea B) da Especificação*).
- No decurso da relação contratual existente entre a Autora e a Ré esta última entregava à Autora uma quantia de valor fixo e outra quantia de valor variável (*alínea C) da Especificação*).
- A quantia variável entregue pela Ré à Autora era composta pelo dinheiro recebido dos clientes do casino, designadas por "gorjetas" (*alínea D) da Especificação*).
- As aludidas 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 categoria profissional (*alínea E da Especificação*):

- A Autora exercia a sua actividade por turnos fixados pela Ré do seguinte modo: 1º e 6º turnos: das 7h00 até 11h00, e das 3h00 até 7h00; 3º e 5º turnos: das 15h00 até 19h00, e das 23h00 até 3h00 (das seguinte); 2º e 4º turnos: das 11h00 até 15h00, e das 19h00 até 23h00 (*alínea F da Especificação*).

- Os dias de descanso que, ao longo da vigência da relação contratual entre as partes, a Autora teria direito a gozar não eram remunerados (*alínea G da Especificação*).

Da Base Instrutória :

- A retribuição diária da Autora era de MOP\$14.00 entre 1.09.1988 e 31.12.1989, depois passou para MOP\$32.00: entre Janeiro de 1990 e o final da mesma relação contratual (*resposta ao quesito 2º*).

- A Autora auferiria um rendimento composto pela parte fixa e por uma variável resultantes de gorjetas (*resposta aos quesitos 3º e 4º*).

- A Autora recebeu a sua quota parte das gorjetas conforme o sistema vigente na empresa Ré (*resposta ao quesito 7º*).

- As gorjetas entregues pelos clientes da Ré eram reunidas, contabilizadas e depois distribuídas por uma comissão com a seguinte composição: um funcionário do Departamento de Inspeção e coordenação de Jogos um membro do departamento de tesouraria da Ré, um "floor manager" e um ou mais trabalhadores da Ré (*resposta ao quesito 8º*).

- A Ré proibiu expressamente a Autora de receber e guardar quaisquer gorjetas entregues pelos clientes dos casinos (*resposta ao quesito 11º*).

- A Autora auferiu no ano de 1988 a quantia anual de MOP\$13,946.00 (cfr. fls. 14) *(resposta ao quesito 12º)*.

- E no ano de 1989 recebeu a quantia de MOP\$50,907.00 (cfr. fls. 14) *(resposta ao quesito 13º)*.

- E no ano de 1990 recebeu MOP\$57,575.00 (cfr. fls. 14) *(resposta ao quesito 14º)*.

- No ano de 1991 a quantia de MOP\$62,508.00 (cfr. fls. 14) *(resposta ao quesito 15º)*.

- No ano de 1992 a quantia de MOP\$62,905.00 (cfr. fls. 14) *(resposta ao quesito 16º)*.

- No ano de 1993 MOP\$63,450.00 (cfr. fls. 14) *(resposta ao quesito 17º)*.

- No ano de 1994 a quantia de MOP\$61,672.00 (cfr. fls. 14) *(resposta ao quesito 18º)*.

- No ano de 1995 a quantia de MOP\$56,036.00 (cfr. fls. 14) *(resposta ao quesito 19º)*.

- A Autora sempre recebeu o seu rendimento – parte fixa e variável - regular e periodicamente *(resposta ao quesito 20º)*.

- Desde o início da relação laboral entre a Autora e a Ré, a Autora não gozou de férias, nem de descanso semanal, nem anual, nem feriados obrigatórios quando estava ao serviço da Ré e não beneficiou de qualquer acréscimo salarial *(resposta aos quesitos 23º a 28º)*.”

III – FUNDAMENTOS

1. O objecto do presente recurso passa pela análise das seguintes questões:

- Da **natureza jurídica do acordo celebrado entre a parte recorrente e recorrida;**

- Do **salário justo; determinação da retribuição pelo trabalho prestado;** as gorjetas auferidas pelos trabalhadores de casino integram ou não o seu salário?

- Do **não gozo de dias de descanso semanal, descanso anual e feriados obrigatórios;**

. **prova dos factos; prova do impedimento do gozo;**

. **liberdade contratual;** da admissibilidade de renúncia voluntária ao gozo de dias de descanso semanal, anual, feriados obrigatórios;

- **Integração da natureza do salário;** mensal ou diário;

- **Determinação dos montantes compensatórios** dos dias de trabalho prestado em dias descanso e festividades.

As diferentes questões foram abordadas em vários e abundantes arestos dos Tribunais de Macau, referindo-se que em praticamente todos eles se conseguiu uma unanimidade de entendimento, tanto na 1ª Instância, como neste Tribunal de Segunda instância.¹

¹ - Processos 241/2005, 297/05, 304/05, 234/05, 320/05, 255/05, 296/05, respectivamente de 23/5/06, 23/2/06, 23/2/06, 2/3/06, 2/3/06, 26/1/06, 23/2/06, 330/2005, 3/2006, 76 /2006.

Depois disso, sobrevieram algumas decisões do TUI², que decidiu contrariamente à posição que granjeara unanimidade total numa questão fundamental, qual seja a de saber se as gorjetas dos trabalhadores dos casinos da STDM integravam o salário.

Perante tais decisões daquele Alto Tribunal, essa questão, bem como as outras que se colocavam, foram já tratadas devidamente numa série de acórdãos deste Tribunal de Segunda Instância e nesta secção em particular, aí se explicando, com o devido respeito, as razões do não acatamento da interpretação do TUI, cientes de que a responsabilidade pela uniformização da Jurisprudência não pode depender unicamente do critério de cada julgador, devendo ser implementada pelo legislador.³

Por essa razão, nessa, bem como nas restantes questões, remetemo-nos para a Jurisprudência deste Tribunal de Segunda Instância.

2. Posto, isto, passa-se de imediato à abordagem das questões que vêm colocadas no recurso, o que se fará, pelas razões acima aduzidas, em termos sintéticos.

A primeira questão que se deve apreciar é a da **caracterização da**

² - Processos 28/2007, 29/2007, 58/2007, de 21/7/07, 22/11/07 e 27/2708, respectivamente

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

relação jurídica existente, o que se reconduz, no fundo, a saber se estamos ou não perante um contrato de trabalho entre ambos celebrado.

Em face do artigo 1079.º do Código Civil, artigos 25º e 27º do anterior RJRL - cfr. artigos 1º, 4), 9º, 2), 57º da actual LRT, Lei 7/2008, de 12 de Agosto, em princípio não aplicável aos contratos findos, face à redacção do disposto no art. 93º -, art. 23º, n.º 3 da Declaração Universal dos Direitos do Homem, art. 7º do Pacto sobre Direitos Económicos Sociais e Culturais e pela Convenção da OIT n.º 131, direitos que por essa via não deixam de ser tutelados pela própria Lei Básica no seu artigo 40º, decorre, face à factualidade apurada, que parece não restarem quaisquer dúvidas de que nos encontramos perante um verdadeiro e puro **contrato de trabalho**, em que o trabalhador, mediante uma retribuição, sob autoridade, orientações e instruções da entidade patronal, começou a trabalhar na área de actividade ligada à exploração de jogos de fortuna ou azar.

Temos assim por certo que o contrato celebrado entre um particular e a Sociedade de Turismo e Diversões de Macau, S.A., para aquele trabalhar naquela área dos casinos, sob direcção efectiva, fiscalização e retribuição por parte desta, deve ser qualificado juridicamente como sendo um genuíno contrato de trabalho remunerado por conta alheia, contrato esse que deve ser remunerado com uma retribuição justa.

3. Fundamentalmente, o que está em causa é saber se as *gorjetas* integram o salário do trabalhador. Anote-se que o que interessa é a consideração do que seja o salário para efeitos das compensações a contemplar, face ao que reclamado vem nos autos.

O cerne da questão residirá em saber se, face à matéria de facto, melhor apreendida pelas Instâncias, filtrada e burilada através de tantos e tantos outros processos, se ela não predispõe num outro sentido compreensivo mais abrangente da realidade com que deparamos nos casos da STDM e neste em particular.

A questão não pode ser desenquadrada do seu todo, do rendimento efectivo expectável, da prática adoptada e reiterada anos e anos a fio, da natureza específica da exploração e actividade de um casino, da realidade diversa da de outros ordenamentos em termos de Direito comparado.

O carácter de liberalidade e eventualidade das gorjetas é contrariado pelo facto de as mesmas, no caso dos casinos da STDM, serem por esta reunidos, contabilizados e distribuídos e não se diga que o sistema de contabilização e distribuição pela empresa representa o sistema mais justo e que mais beneficia o trabalhador não é argumento decisivo, pois que sempre se pode entender que essa prática se insere no próprio processo contratual entre as partes e que por isso mesmo o trabalhador espera com uma forte probabilidade vir a auferir uma

massa de rendimentos, só por via dela anuindo à celebração daquele contrato de trabalho.

É verdade que quanto à perspectiva tributária incidente sobre as gorjetas esse argumento não se mostra decisivo.

Na perspectiva tributária de direito público, o imposto profissional é um imposto parcelar, estruturado cedularmente, mediante o qual se submete a regime específico de incidência, determinação da matéria colectável e taxa os rendimentos decorrentes do trabalho, por conta de outrem ou por conta própria. Englobam-se nesse tipo de rendimento as gratificações ou *gorjetas* espontânea e livremente entregues, na sequência de uma reiterada prática social, pelos beneficiários de um determinado serviço ou trabalho, e por causa deste, aos que executaram esses serviço ou trabalho.⁴

Não obstante o princípio da autonomia privada, há que ter em conta, principalmente no que respeita à liberdade de estipulação do conteúdo, determinadas normas que não podem ser afastadas pela vontade das partes, as quais limitam a liberdade contratual, impondo, pelo menos, um conteúdo mínimo imperativo.

As *gorjetas* dos trabalhadores da STDM, na sua última *ratio* devem

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

ainda ser vistas como "*rendimentos do trabalho*", sendo devidos em função, por causa e por ocasião da prestação de trabalho, ainda que não originariamente como correspectividade dessa mesma prestação de trabalho, mas que o passam a ser a partir do momento em que pela prática habitual, montantes e forma de distribuição, com eles o trabalhador passa a contar, estando nós seguros de que sem essa componente o trabalhador não se sujeitaria a trabalhar com um salário que na sua base é um salário de miséria.

Não se deixam de encontrar no Direito Comparado situações em que a gorjeta integra o valor da remuneração, assim acontecendo no Brasil, compreendendo-se na remuneração do empregado, para todos os efeitos legais, além do salário devido e pago directamente pelo empregador, como contraprestação do serviço, as gorjetas que receber e considerando-se gorjeta não só a importância espontaneamente dada pelo cliente ao empregado, como também aquela que for cobrada pela empresa ao cliente, como adicional nas contas, a qualquer título, e destinada à distribuição aos empregados.

Salvaguardando a diferença de sistemas, assim acontece igualmente nos EUA.

Assim acontece em Hong Kong, onde ainda recentemente o *Court of Final Appeal* decidiu ratificar o entendimento do *Court of Appeal* no sentido de que as gorjetas deviam integrar o salário com argumentos próximos dos acima expendidos.⁵

⁵ - Proc. 55/2008, de 19/1/09, *between* Lam Pik Shan and HK Wing On Travel Service Limited, *in*

Por outro lado, em Portugal, não minimizando a douta doutrina citada pelo TUI, não se deixa de assinalar, como acima se referiu, que a realidade fáctica diverge em ambos os ordenamentos e num ponto que se nos afigura essencial, qual seja o de em Portugal o rendimento mínimo estar garantido por lei.

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

- . prova dos factos
- . liberdade contratual; da admissibilidade de renúncia voluntária ao gozo de dias de descanso semanal, anual e feriados obrigatórios.

Provou-se que o trabalhador em questão trabalhou nos dias de descanso semanal, anual e também feriados obrigatórios e não recebeu qualquer acréscimo.

Para que haja erro manifesto na apreciação da prova tem de resultar da alegação da parte recorrente e dos elementos dos autos a probabilidade de existência de erro de julgamento, o que decorre da *indicação não só dos pontos considerados incorrectamente julgados*, como da indicação dos *concretos meios probatórios que impunham uma decisão diversa* (cfr. artigo 599º, n.º 1, a) e b) e 629º do CPC).

No que ao ónus da prova respeita só importaria apreciar a questão em caso de falta de prova dos factos alegados pela parte a quem cabia o ónus de provar os factos integrantes do seu direito (cfr. o n.º 1 do art. 335º do CC), de forma a daí retirar as devidas consequências.

5. Da liberdade contratual.

Ao interpretar e aplicar qualquer legislação juslaboralística em sede do processo de realização do Direito, temos que atender necessariamente ao “princípio do *favor laboratoris*”, princípio que para além de “orientar” o legislador na feitura das normas juslaborais (sendo exemplo paradigmático disto o próprio disposto no art.º 5.º, n.º 1, e no art.º 6.º do Decreto-Lei n.º 24/89/M, de 3 de Abril), deve ser tido pelo menos também como farol de interpretação da lei laboral, sob o qual o intérprete-aplicador do direito deve escolher, na dúvida, o sentido ou a solução que mais favorável se mostre aos trabalhadores no caso considerado, em virtude do objectivo de protecção do trabalhador que o Direito do Trabalho visa prosseguir.

Do que acima fica exposto decorre que se A. e Ré podiam acordar nos montantes da retribuição (e o problema que se põe nessa sede não é já o do primado da liberdade contratual mas sim o da determinação da vontade das partes quanto à integração dessa retribuição) já o mesmo não acontece quanto ao gozo dos dias de descanso, férias e feriados e sua remuneração.

6. Da errada interpretação e aplicação do n.º 4, do art. 26º do

RJRT - da violação do n.º 2 do art. 564º do CPC

E ainda da configuração do salário como mensal.

As características e natureza do trabalho, tal como vem provado, harmonizam-se mais com o considerar que se tratava de um salário mensal, estando a remuneração não já dependente do resultado de trabalho efectivamente produzido, nem, tão-pouco, do período de trabalho efectivamente prestado.

Da redacção do n.º 4 do artigo 26º decorre uma consequência importantíssima na interpretação das normas que atribuem as compensações pelo trabalho prestado nesses dias. É que o n.º 1 do art.º 26.º do Decreto-Lei n.º 24/89/M, atentos os termos empregues na redacção da sua parte final, - *os trabalhadores que auferem um salário mensal...não podendo sofrer qualquer dedução pelo facto de não prestação de trabalho nesses períodos* (períodos de descanso semanal e anual e feriados obrigatórios) - visa tão-só proteger o trabalhador contra eventual redução do seu salário mensal por parte do seu empregador sob pretexto de não prestação de trabalho nesses períodos e, por isso, já não se destina a determinar o desconto do valor da remuneração normal na compensação/indemnização pecuniária a pagar ao trabalhador no caso de prestação de trabalho em algum desses dias.

Essa posição, no respeitante ao tipo do salário, releva para aplicação do n.º 6 do art.º 17.º do Decreto-Lei n.º 24/89/M, de 3 de Abril, na actual redacção dada pelo artigo único do Decreto-Lei n.º 32/90/M, de 9 de Julho, já

que na hipótese de pagamento do trabalho prestado em dia de descanso semanal, por força do n.º 6, é ao disposto na sua alínea a) que se atende e já não ao determinado na sua alínea b).

7. Da lei aplicável.

Ainda aqui nos remetemos para o desenvolvimento feito nos acórdãos já citados.

Posto isto, assim se entra na análise da correcção da sentença recorrida quanto ao **apuramento das compensações devidas** pela entidade patronal, por violação dos diferentes tipos de descanso do trabalhador e assim do invocado erro de direito em relação às pertinentes normas reguladoras daquelas compensações.

Neste caso particular acompanhamos as fórmulas adoptadas na Jurisprudência quase unânime deste Tribunal, unanimidade que sofreu até ao momento apenas a excepção da compensação do trabalho prestado em dias de feriados obrigatórios.⁶

Tais fórmulas de cálculo, no essencial, foram ratificadas pelo TUI, com excepção do trabalho prestado em dias de folga semanal. O que, de certa forma, se ficou devendo ao entendimento divergente, donde partiu, ao assentar na existência de um salário diário, o que vale por dizer, prestado em função do trabalho efectivamente prestado

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

8. Os rendimentos do trabalhador deste processo constam da matéria acima dada como provada.

	Ano	Salário Médio Diário
1	1988	114.31
2	1989	141.41
3	1990	159.93
4	1991	173.63
5	1992	174.74
6	1993	176.25
7	1994	171.31
8	1995	155.66

9. Trabalho prestado em dia de descanso semanal

Em sede do **DESCANSO SEMANAL** há que reduzir o montante apurado no âmbito do DL n.º 101/84/M, por não haver aí lugar a compensações a este título.

No âmbito do DL n.º 24/89/M, nada a alterar, vista a mesma fórmula **x2** adoptada na sentença recorrida.

10. Descanso anual

Em sede de **DESCANSO ANUAL**, no âmbito do DL n.º 24/89/M, vista a adopção da fórmula **x3**, quando este Tribunal de Segunda

Instância entende que o factor deve ser **x2**, vindo recurso da empregadora, importa proceder a novos cálculos.

Nesta conformidade,

No âmbito do

Decreto-Lei n.º 24/89/M			
Dias vencidos no Ano	dias vencidos mas não gozados nesse ano (A)	valor da remuneração diária média nesse ano em MOP (B)	quantia indemnizatória em MOP (A x B x 2)
1989	4,5	141.41	1,272.69
1990	6	159.93	1,919.16
1991	6	173.63	2,083.56
1992	6	174.74	2,096.88
1993	6	176.25	2,115.00
1994	6	171.31	2,055.72
1995	6	155.66	1,867.92
Total dessas quantias →			13,410.93
<i>vs o total achado na sentença:</i>			<i>20,116.40</i>

11. Feriados obrigatórios

Como na sentença recorrida se entrou com o factor **X2** o valor encontrado situa-se necessariamente abaixo de devido. Assim, não havendo recurso do trabalhador, tal valor manter-se-á inalterado.

12. Concluindo,

Alteram-se alteram os valores relativos aos descansos anuais e semanais de acordo com o acima determinado.

Não vindo recurso interposto pelo trabalhador, o pedido e o objecto do recurso não-de limitar necessariamente o campo cognoscitivo deste Tribunal, donde ficar intocável o valor encontrado para as compensações, relativas aos feriados obrigatórios.

Conclui-se assim pela não existência dos apontados vícios de erro de facto e de direito.

Tudo visto e ponderado, resta decidir,

IV – DECISÃO

Nos termos e fundamentos acima expostos, acordam os Juízes que compõem o Colectivo deste Tribunal, em conferência, em julgar parcialmente procedente o recurso da decisão final, por parte da STDm, fixando o montante

das compensações relativas aos descansos semanais apenas em **MOP\$116,228.06;**

alterando o montante das compensações relativas aos descansos anuais de MOP\$20,116.40 para **MOP\$13,410.93;**

mantendo o mais que foi decidido na sentença proferida em 1ª Instância.

Custas do recurso pela Ré, recorrente, e pela A., recorrida, na proporção dos decaimentos.

Macau, 30 de Abril de 2009

João A. G. Gil de Oliveira

Choi Mou Pan

Lai Kin Hong

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