

Processo n.º 608/2006

(Recurso Laboral)

Data: **7/Maio/2009**

Recorrentes:

A (XXX)

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

Recorridos:

Os mesmos

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

I – RELATÓRIO

A (XXX) melhor identificado nos autos, patrocinado por advogado, 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\$941.320,00, acrescida dos respectivos juros.*

Julgada a causa, foi decidido condenar a Ré a pagar o montante de MOP\$191.371,00, acrescido de juros de mora à taxa legal a contar do trânsito da sentença.

Dessa decisão vem recorrer o trabalhador e a **STDM, Sociedade de Turismo e Diversões de Macau, S.A.R.L..**

O primeiro insurge-se contra os factores de apuramento da compensações devidas.

A segunda alega, em síntese, que falta 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; 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.

A Ré contra-alegou o recurso do trabalhador reiterando as suas posições.

Oportunamente, foram colhidos os vistos legais.

II – FACTOS

Vêm provados os factos seguintes:

“Da Matéria de Facto Assente:

- Desde o início de 1960 que a Ré foi concessionária de uma licença de exploração, em regime de exclusividade, de jogos de fortuna ou azar ou outros jogos em casinos por adjudicação do então Território de Macau (*alínea A) da Especificação*).
- Essa licença terminou em 31 de Março de 2002, pelo Despacho do Chefe do Executivo nº 259/2001, de 18 de Dezembro de 2001 (*alínea B) da Especificação*).
- Em 1 de Julho de 1992, o Autor iniciou uma relação laboral com a Ré (*alínea C) da Especificação*).

- Dessa relação, o Autor recebia um rendimento fixo que era inicialmente de HKD\$10.00; e a partir de Maio de 1995, de HKD\$15.00 (*alínea D) da Especificação*).
- Desde a data em que a Ré iniciou a actividade de exploração de jogos de fortuna e azar, as gorjetas dadas pelos seus clientes eram por si reunidas, contabilizadas e depois distribuídas por todos os trabalhadores dos casinos que explorou, de acordo com a categoria profissional a que pertenciam (*alínea E) da Especificação*).

*

Da Base Instrutória

- Da relação referido nos factos assentes em C) dos factos assentes, o Autor recebia, além do rendimento fixo diária referido em D) dos factos assentes, acrescido de um rendimento variável calculado diariamente (*resposta ao quesito 1º*).
- Esse rendimento variável era constituída pelas gorjetas dadas pelos clientes da Ré, calculadas à luz das regras fixadas pela mesma (*resposta ao quesito 2º*).
- O Autor recebeu o rendimento (*cfr. fls. 321*) (*resposta ao quesito 3º*):
Em 1992, o montante de MOP\$29,875.00;
Em 1993, o montante de MOP\$62,047.00;

Em 1994, o montante de MOP\$97,305.00;

Em 1995, o montante de MOP\$127,159.00;

Em 1996, o montante de MOP\$130,151.00;

Em 1997, o montante de MOP\$139,578.00;

Em 1998, o montante de MOP\$141,545.00;

Em 1999, o montante de MOP\$118,427.00;

Em 2000, o montante de MOP\$101,949.00;

Em 2001, o montante de MOP\$104,013.00.

- A Ré sempre entregou as gorjetas de 10 em 10 dias aos trabalhadores, incluindo o Autor (*resposta ao quesito 4º*).

- Desde o início da relação, nunca a Ré autorizou o Autor descansar um período consecutivo de 24 horas em cada período de 7 dias sem perda do respectivo rendimento (*resposta ao quesito 7º*).

- Nunca a Ré autorizou o Autor descansar 6 dias por ano sem perda do respectivo rendimento (*resposta ao quesito 8º*).

- Até 4 de Maio de 2000, nunca a Ré autorizou o Autor a descansar nos dias 1 de Janeiro, 1 de Maio, 1 de Outubro, durante três dias no Ano Novo Chinês, no dia 10 de Junho, e nos dias de Chong Chao, Chong Yeong e Cheng Meng tendo o Autor trabalhado nesses dias (*resposta ao quesito 9º*).

- Desde 4 de Maio de 2000, nunca a Ré autorizou o Autor a descansar nos dias

1 de Janeiro, 1 de Maio, 1 de Outubro, durante três dias no Ano Novo Chinês, no dia 20 de Dezembro, nos dias de Chong Chao, Chong Yeong e Cheng Meng tendo a Ré trabalhado nesses dias (*resposta ao quesito 10º*).

- Sem que a Ré tivesse proporcionado qualquer acréscimo no rendimento do Autor (*resposta ao quesito 11º*).
- Por causa da sua situação profissional, o Autor estava cansado e com pouco tempo para passar tempo de lazer com a sua família ou para ir passear (*resposta aos quesitos 12º, 13º, 14º e 15º*).
- O gozo de dias de descanso por parte do Autor não corresponderia a qualquer rendimento (*resposta ao quesito 19º*).
- O Autor gozou, em 2001, 122 dias de descanso e, em 2002, 45 dias de descanso (cfr. fls. 168) (*resposta ao quesito 20º*).
- O Autor não gozou mais dias de descanso porque quis auferir os respectivos rendimentos (*resposta ao quesito 22º*)."

III – FUNDAMENTOS

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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 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

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

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 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

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

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

Por outro lado, em Portugal, não minimizando a dita doutrina citada pelo TUI, não se deixa de assinalar, como acima se referiu, que a realidade

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

<http://www.hklii.org/hk>

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 deste processo constam da matéria acima dada como provada.

	Ano	Salário Médio Diário
1	1992	\$162
2	1993	\$170
3	1994	\$267
4	1995	\$348
5	1996	\$357
6	1997	\$382
7	1998	\$388
8	1999	\$324
9	2000	\$279
10	2001	\$285

9. Trabalho prestado em dia de descanso semanal

Em sede do **DESCANSO SEMANAL** importa alterar os montantes encontrados, vista a fórmula **x1** adoptada na sentença recorrida, quando a aquela que se entende dever ser aplicada é a **X2**.

Assim,

Ano	número de dias vencidos e não gozados	remuneração diária média em MOP (B)	Quantia indemnizatória (A x B x 2)
1992	26	\$162	8,284
1993	52	\$170	17,680
1994	52	\$267	27,768
1995	52	\$348	36,192
1996	52	\$357	37,128
1997	52	\$382	39,728
1998	52	\$388	40,352
1999	52	\$324	33,696
2000	52	\$279	29,016
2001	20	\$285	11,400
Total das quantias →			281,384
<i>Vs o total na sentença:</i>			<i>140.692</i>

10. Descanso anual

Em sede de **DESCANSO ANUAL**, vista a adopção da mesma fórmula adoptada por este Tribunal, **x2**, nada há a alterar.

11. Feriados obrigatórios

Como na sentença recorrida se entrou com o factor **x1** o valor encontrado situa-se necessariamente abaixo de devido. Assim, importa reformular os cálculos, seguindo a fórmula **x3**.

FERIADOS OBRIGATÓRIOS “REMUNERADOS”			
(sob a alçada do Decreto-Lei n.º 24/89/M)			
Ano	Dias Não gozados e vencidos (A)	valor da remuneração Diária média em MOP (B)	quantia indemnizatória em MOP (A x B x 3)
1992	1	\$162	486
1993	6	\$170	3060
1994	6	\$267	4806
1995	6	\$348	6264
1996	6	\$357	6426
1997	6	\$382	6876
1998	6	\$388	6984

1999	6	\$324	5832
2000	6	\$279	5022
2001	3	\$285	2565
		Total das quantias →	48,321

12. Concluindo,

Os valores encontrados para a compensação dos descansos anuais não se alteram;

Alterar-se-ão os valores das compensações para os descansos semanais e feriados obrigatórios de acordo com os mapas supra.

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 do A. e improcedente o recurso da Ré STDM, devendo

alterar-se os montantes fixados de acordo com o acima consignado, mantendo o mais que foi decidido na sentença proferida em 1ª Instância.

Custas dos recursos do A. e R., conforme e na proporção dos decaimentos.

Macau, 7 de Maio de 2009

João A. G. Gil de Oliveira

Choi Mou Pan

Lai Kin Hong