

Processo n.º 634/2007

(Recurso Laboral)

Data: 27/Maio/2009

Recorrente:

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

A (XXX)

Recorridas:

As mesmas

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

I – RELATÓRIO

A, patrocinada 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\$2.175.754,00** acrescida dos respectivos juros.*

Julgada a causa, foi decidido condenar a Ré a pagar o montante de **MOP\$821.501,00**, acrescido de juros de mora à taxa legal a contar do trânsito da sentença.

A A., não se tendo conformado com tal decisão vem interpor recurso, alegando, em síntese, que o Tribunal julgou erradamente nas fórmulas usadas para compensar o não gozo dos descansos semanais, anuais e feriados obrigatórios.

A recorrente **STDM, recorrente também da sentença final, alega**, em grande sùmula, que não entende como se deu como provado o não gozo de qualquer dia de descanso; carece de fundamento legal a condenação da ora recorrente por falta de prova de um dos elementos essenciais à prova do direito de indemnização da parte A., i.e., a ilicitude do comportamento da R., ora Recorrente; deve considerar-se que o salário da trabalhadora era um salário diário; cabia à parte A. provar que a recorrente 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 que o trabalhador auferia - 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 A. optou por ganhar mais, tendo direito à correspondente retribuição em singelo; o trabalho prestado pelo trabalhador 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 STDM contra-alega, mantendo no essencial as suas posições e refutando a pretensão da A.

Não foram oferecidas contra-alegações por parte da A..

Foram colhidos os vistos legais.

II – FACTOS

Vêm apurados os seguintes factos relevantes para a decisão da causa:

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

- A) A Autora A começou a trabalhar para a Ré em 1 de Janeiro de 1982.
- B) O rendimento da Autora era composto por salário fixo e gorjetas. As gorjetas eram variáveis conforme o valor das gorjetas dadas pelos clientes dos casinos.
- C) Desde o início da exploração das actividades de jogos de fortuna ou azar da Ré - década de 60, as gorjetas dadas pelos clientes da Ré a cada um dos trabalhadores eram reunidas, contabilizadas e distribuídas pela Ré a todos os seus trabalhadores conforme a categoria a que pertenciam.
- D) A Autora auferia, a título fixo, um rendimento diário de MOP\$4,10 desde o início da relação contratual até 30 de Junho de 1989; HKD\$10,00 desde então até 30 de Abril de 1995 e posteriormente HKD\$15,00.
- E) Em 31 de Julho de 2002, a Autora assinou com a Sociedade de Jogos de Macau, S.A. um contrato a fls. 251 a 260 dos autos, cujo teor se dá aqui por integralmente reproduzido

F) A Autora enviou uma carta a fls. 263 a 264 dos autos à Sociedade de Jogos de Macau, S.A., carta esta que a mesma SJM recebeu, cujo teor aqui se dá por integralmente reproduzido.

G) No início da década de 60, a Ré foi concessionária de uma licença de exploração, em regime de exclusividade, do jogos de fortuna ou azar ou de outros jogos em casinos por adjudicação do então Governo de Macau.

H) Essa licença de exploração terminou em 31 de Março de 2002 pelo Despacho do Chefe do Executivo n° 259/2001, de 18 de Dezembro de 2001.

I) Por Despacho do Chefe do Executivo n° 76/2002, foi adjudicada uma das licenças de exploração à Sociedade de Jogos de Macau, S.A..

Discutida a causa, ficaram provados os factos seguintes:

1. A Autora, entre os anos de 1984 a 2001, recebeu os seguintes montantes:

Em 1984: MOP\$84.428,00;

Em 1985: MOP\$101.176,00;

Em 1986: MOP\$100.076,00;

Em 1987, MOP\$122.459,00;

Em 1988, MOP\$124.769,00;

Em 1989, MOP\$168.778,00;

Em 1990, MOP\$192.447,00;

Em 1991, MOP\$184.146,00;

Em 1992, MOP\$185.892,00;

Em 1993, MOP\$196.974,00;

Em 1994, MOP\$202.414,00;

Em 1995, MOP\$231.272,00;

Em 1996, MOP\$202.873,00;

Em 1997, MOP\$218.123,00;

Em 1998, MOP\$191.490,00;

Em 2000, MOP\$179.370,00;

Em 2001, MOP\$181.160,00.

2. Durante o período em que trabalhou para a Ré, a Autora nunca gozou descanso anual.
3. Durante o período em que trabalhou para a Ré, a Autora nunca gozou um dia de descanso por cada semana de trabalho.
4. A Autora tinha de obter autorização da Ré para ser dispensada do trabalho em feriados obrigatórios.
5. A Ré não pagou à Autora qualquer acréscimo salarial devido pelo trabalho efectivamente por esta prestado em dias de descanso anual, semanal e feriados obrigatórios referidos em 2), 3) e 4).
6. Face aos factos acima referidos, a Autora viu-se limitada, durante anos, de estar na companhia da sua família uma vez por semana e partilhar refeições, celebrar aniversários e ter confraternização com amigos.
7. Isso causou-lhe certa tristeza e aflição.
8. Em 2002, a Autora deixou de trabalhar para a Ré.
9. A Ré não pagou à Autora qualquer quantia devido à cessação do contrato.
10. Ao terminar o contrato, a Ré não pagou qualquer quantia à Autora.
11. Conforme os factos referidos em H) e I) dos factos assentes, a Sociedade de Jogos de Macau, S.A. procedeu a um processo de contratação dos trabalhadores anteriormente ao serviço da Ré.
12. A Autora assinou o contrato referido em E) dos factos assentes.
13. Ao assinar o contrato com a Ré, a Autora foi informada de que auferia, a título fixo, um salário base diário e recebia uma quota-parte, já previamente fixada para a sua categoria, do total das gorjetas dadas pelos clientes da Ré a todos os trabalhadores.
14. As condições de trabalho que a Ré propôs aos seus trabalhadores eram as seguintes:
 - i. O rendimento total recebido pelos trabalhadores era composto por duas partes: uma era o

rendimento diário, a título fixo, que era um valor simbólico pago pela Ré; outra era uma quota-parte, já previamente fixada para cada categoria, do total das gorjetas dadas pelos clientes da Ré, cujo montante era imprevisível.

ii. No caso de gozar descanso ou não poder ir ao trabalho por qualquer motivo, os trabalhadores perdiam o direito a receber estas duas partes de rendimento correspondentes a esses dias.

15. A Autora foi dispensada do trabalho em 1 dia em 2001 e 2 dias em 2002, datas concretas constam a fls. 287 dos autos que aqui se dão por integralmente reproduzidas (dos quais, não há período superior a 7 dias consecutivos nem dia coincidente com feriado obrigatório).”

III – FUNDAMENTOS

O **objecto dos presentes recursos** passa pela análise das seguintes questões:

- Recurso da A.

- Fórmula de compensação dos descansos semanais, anuais e feriados obrigatórios.

- Recurso da Ré

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

- Do **salário justo; determinação da retribuição da 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.

Como se trata de matéria comum a suscitada em ambos os recursos serão elas tratadas unitariamente.

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 STDM integravam o salário.

Perante tais decisões daquele Alto Tribunal, essa questão, bem como

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

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.

*

1. Posto, isto, passa-se de imediato à abordagem das questões que vêm colocadas, 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 entre a recorrente e a parte recorrida, 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

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

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** entre A. e Ré, em que aquela parte, mediante uma retribuição, sob autoridade, orientações e instruções daquela, 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 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

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

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 douda 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

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>

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 26.º 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 da parte A., 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

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

9. Trabalho prestado em dia de descanso semanal

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

Em sede do **DESCANSO SEMANAL** nada a alterar, vista a mesma fórmula **x2** adoptada na sentença recorrida.

10. Descanso anual

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

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,

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

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 restantes 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 improcedentes o recurso da decisão final tanto da A. como da Ré, mantendo o que foi decidido na sentença proferida em 1ª Instância.

Custas dos recursos pelas recorrentes.

Macau, 27 de Maio de 2009

João A. G. Gil de Oliveira

Choi Mou Pan

Lai Kin Hong