

Recurso nº 402/2008

Recorrente: A (XXX)

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

Acordam 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\$197.520,00 - a título de compensação pelo número de dias de descanso semanal que deixou de gozar;
- b. a quantia de MOP\$34.251,00 - a título de compensação pelo número de dias de descanso semanal que deixou de gozar;
- c. a quantia de MOP\$32.910,00 - a título de compensação pelo número de dias de feriados obrigatórios remunerados que deixou igualmente de gozar;

- d. os juros de mora vencidos e vincendos sobre as quantias supra referidas calculados à taxa legal a partir das respectivas datas de vencimento até ao integral pagamento;
- e. a quantia de MOP\$26.468,00 - a título de danos não patrimoniais, acrescida de juros de mora vencidos e vincendos calculados à taxa legal a partir da data de citação da ré até ao integral pagamento;

Citada a ré e, correndo todos os termos processuais no processo nº CV2-07-0048-LAC junto do Tribunal Judicial de Base, o Tribunal Singular respondeu aos quesitos e o Mmº Juiz Titular do processo proferiu a sentença decidindo, tendo julgado parcialmente provada e procedente a presente acção, condenar a Ré “STDM” a pagar à Autora A a quantia de 7.507, 50 HKD\$, acrescida de juros de mora, à taxa legal, ao ano, de 9,75%, desde 10.03.2008 e até integral pagamento, contados sobre o dito capital.

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

1. Durante toda a relação contratual existente entre a Autora e a Ré, sempre a primeira auferiu uma remuneração, composta por uma parte fixa e outra variável.
2. A Autora sempre entendeu que o seu salário era integrado por duas quantias: uma fixa e outra variável comporta pelas “gorjetas”.

3. Ademais, a quota-parte de gorjetas distribuída à Autora integra o seu salário, pois face à desproporção do montante variável pago a título de “gorjetas” em relação à retribuição fixa estabelecida no contrato, aquela nunca teria aceite estabelecer qualquer relação de trabalho com a Ré caso a sua quota-parte no valor daquelas não fizesse parte do vencimento.
4. Foi justamente a soma destas duas quantias que durante toda a relação laboral serviram para retribuir a sua prestação de trabalho.
5. As gorjetas dos trabalhadores dos Casinos e, em especial as auferidas pela Autora durante todo o período da sua relação laboral com a Ré, em ultima ratio devem ser vistas como «rendimentos do trabalho», porquanto devidos em função, por causa e por ocasião da prestação de trabalho, ainda que não originariamente como correspectivamente dessa mesma prestação de trabalho, mas que o passam a ser a partir do momento em que pela prática habitual, montantes e forma de distribuição, com eles o trabalhador passa a contar, sendo que sem essa componente 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.
6. A douta sentença na parte em que aceita que a definição das regras com vista à distribuição de gorjetas devam caber à Ré enquanto entidade patronal, porquanto não apresenta os fundamentos de facto e de direito que a justificam 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.

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

ao triplo da retribuição normal, tal qual tem sido unanimemente adoptada pelo douto Tribunal de Segunda Instância da RAEM. Vd., neste sentido, os Acórdãos n.ºs 255/2005, 270/2005, 271/2005, 334/2006, 262/2006, 264/2006 e 509/2006.

10. A Ré constituiu-se em mora relativamente às compensações devidas à Recorrente desde o terceiro dia útil subsequente ao termo do período durante o qual aquela deixou de gozar dos dias de descanso compensatório e feriados obrigatórios remunerados a que o salário respeitava.
11. Tanto a obrigação de pagar a compensação relativa aos dias de descanso semanal, como aos dias de feriados obrigatórios remunerados e aos dias de descanso anual que à Recorrente ao longo da sua relação de trabalho com a Ré deixou de auferir, inserem-se num contrato com prestações de execução continuada (contrato de trabalho) e tais obrigações têm prazo certo.
12. Assim, não tendo as mesmas obrigações sido cumpridas no tempo devido, a Ré enquanto devedora fica constituída em mora, independentemente de interpelação.
13. No caso dos presentes autos, a mora verifica-se com o vencimento da obrigação não satisfeita – art. 794º nº 2 al. a) do Código Civil – ficando a Ré constituída na obrigação de indemnizar – art. 793º, n.º 1 e 2 do mesmo Código.
14. DO que se diz, resulta, pois, que a Ré deverá ser condenada no pagamento à Autora dos juros de mora sobre as quantias

devidas, desde a data dos seus respectivos vencimentos e até efectivo e integral pagamento, visto tratarem-se de situações de “iliquidez aparente”, em que o devedor (Ré) sabia ou poderia saber quanto devia à Autora.

15. De tudo quanto se expôs resulta que, a douta Sentença do Tribunal de Primeira Instância, na parte em que não aceita que a quantia variável auferida pela Autora durante toda a relação de trabalho com a Ré seja considerada como sendo parte variável do salário, terá feito uma interpretação incorrecta do disposto nos artigos n.º 5º; 7º, n.º 1, al. b); 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. encarregar-se-ão de suprir, deverá ser anulada a Sentença do douto Tribunal de Primeira Instância na parte em que não aceita que as quantias variáveis auferidas pelo Autor durante toda a relação laboral com a Ré não sejam consideradas como sendo salário.

A este recurso respondeu a ré, alegando que:

1. Com todo o respeito por entendimento contrário, as gratificações ou gorjetas recebidas pelos empregados de casino dos clientes não fazem parte do salário.
2. A retribuição ou salário, em sentido jurídico (laboral), encerra quatro elementos essenciais e cumulativos:

- i. É uma prestação regular e periódica;
 - ii. Em dinheiro ou em espécie;
 - iii. A que o trabalhador tem direito por título contratual e normativo e que corresponde a um dever jurídico da entidade patronal.;
 - iv. Como contrapartida pelo seu trabalho.
3. No caso dos autos, estando em causa gorjetas comprovadamente oferecidas por clientes de casino, dependendo o seu recebimento do espírito de animus donandi de terceiros, estranhos à relação jurídico-laboral, nunca poderia a trabalhadora ter exigido à sua entidade empregadora o seu pagamento inexistindo aquela oferta por parte dos clientes.
4. Se, por hipótese, em determinado mês, não existissem quaisquer gorjetas entregues pelos clientes da Recorrida a distribuição pela A., ora Recorrente, e restantes trabalhadores, nenhum dever jurídico impendia sobre a Recorrida no sentido de suprir aquela falta e nenhum direito de crédito podiam os seus trabalhadores exigir a este respeito.
5. Com efeito, é sabido que em anos em que o montante das gorjetas era inferior ao do ano anterior (variação que se constata pela análise dos rendimentos da A., ora Recorrente), nunca a Recorrente reclamou da ora Recorrida o seu pagamento.

6. A Recorrente sabia que a parte do rendimento respeitante às gorjetas dependia exclusivamente das liberalidades dos clientes de casino, nada podendo exigir à ora Recorrida a esse título caso essa parte do seu rendimento fosse zero.
7. Dispõe o artigo 25º, n.º 1 do RJRT que “Pela prestação dos seus serviços ou actividade laboral, os trabalhadores têm direito a um salário justo.”.
8. Salvo o devido respeito por opinião contrária, analisando a certidão de rendimentos da Recorrente, não se pode dizer que à A. não foi proporcionado um rendimento justo, maxime porque os rendimentos globais auferidos eram claramente superiores à média do rendimento / remuneração auferida por cidadãos de Macau com formação académica e profissional equivalente às suas que não trabalhassem em casino, os quais eram mais que bastantes para prover a uma vida digna e decente da Recorrente e sua família.
9. Deste modo, na esteira do entendimento do mais Alto Tribunal da RAEM, do douto tribunal Recorrido e, bem assim, da doutrina maioritária, entendemos que “As gratificações ou gorjetas recebidas pelos empregados de casino dos clientes não fazem parte do salário.”
10. Admitindo a Recorrida, apenas por cautela e por hipótese, que de forma alguma se concede, a obrigação de indemnizar a Recorrente tendo em conta o valor das gorjetas oferecidas

pelos clientes de casino, devem ser as seguintes as fórmulas aplicáveis para aferir das compensações adicionais devidas:

- i. Trabalho prestado em dias de descanso semanal:
 - a. Decreto-Lei n.º 32/90/M: salário diário x 0 (e não x 1, porque uma parcela já foi paga).
 - ii. Trabalho prestado em dias de descanso anual:
 - a. Decreto-Lei n.º 32/90/M: salário diário x 1 (e não x 3, porque uma parcela já foi paga e a R. não impediu a Recorrente de gozar quaisquer dias de descanso).
 - iii. Trabalho prestado em dia feriado obrigatório:
 - a. Decreto-Lei n.º 32/90/M: salário diário x 1 (e não x 2, porque uma parcela já foi paga).
11. Subsidiariamente, caso se entenda que as fórmulas supra expostas não devem ser as adoptadas para o cálculo de uma eventual indemnização devida à Recorrente, remete-se para as fórmulas adoptadas nos já referidos acórdãos do Tribunal de Última Instância, proferidos no âmbito dos Processos n.º 28/2007, 29/2007 e 58/2007, datados de 21 de Setembro de 2007, 22 de Novembro de 2007 e 27 de Fevereiro de 2008, respectivamente.

Nestes termos, e nos melhores de direito aplicáveis que V. Exas. doutamente suprirão, deve o presente recurso ser julgado improcedente, mantendo-se a decisão recorrida, subsidiariamente, caso assim não se entenda, o que não se

concede e admite por mera cautela de patrocínio, devem os cálculos da indemnização da Recorrente ser efectuados em conformidade com as fórmulas supra expostas.

Cumpre conhecer.

Foram colhidos os vistos legais.

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

- Entre 1 de Maio de 1991 e 25 de Setembro de 1998, a Autora esteve ao serviço da Ré, exercendo funções de “table attender” e mais tarde de “croupier”, sob as ordens, direcção e fiscaliza desta. *(al. A dos factos assentes)*
- A Ré fixava, em regime de turnos, o horário de trabalho da Autora de acordo com suas exclusivas necessidades. *(al. B dos factos assentes)*
- No decurso da relação entre a Autora e a Ré, esta entregava à Autora uma quantia fixa diária de 10,00 HKD desde o início da relação até 30.04.1995 e de 15,00 HKD até ao final da relação laboral. *(al. C dos factos assentes)*
- As gorjetas não se destinavam em exclusivo aos trabalhadores que lidavam directamente com os clientes, mas também a outros trabalhadores, nomeadamente gerente administrativos e pessoal da área informática de acordo com a sua antiguidade e categoria profissional. *(al. D dos factos assentes)*

- A Autora, por regra, não podia guardar para si quaisquer gorjetas que lhe fossem entregues pelos clientes. *(al. E dos factos assentes)*
- Durante a relação contratual existente entre a Autora e a Ré aquela auferia uma remuneração composta por uma parte fixa e outra variável. *(resposta ao art. 1º da base instrutória)*
- A quantia variável era determinada em função das gorjetas oferecidas pelos clientes. *(resposta ao art. 2º da base instrutória)*
- As gorjetas eram reunidas e contabilizadas diariamente, sendo distribuídas pela Ré de 10 em 10 dias, por todos os funcionários. *(respostas aos arts. 3º e 4º da base instrutória)*
- Esta quantia era incluída nas participações efectuadas pela Ré à DSF para efeitos de liquidação e cobrança de imposto profissional dos seus empregados. *(resposta ao art. 5º da base instrutória)*
- A Autora auferiu os rendimentos anuais descritos na certidão de fls. 19, cujo teor se dá por integralmente reproduzido. *(respostas aos arts. 7º a 14º da base instrutória)*
- Segundo o sistema vigente na Ré os dias de descanso que os trabalhadores gozassem não eram remunerados. *(resposta ao art. 15º da base instrutória)*
- A Autora podia gozar dias de descanso não remunerados, com autorização prévia da Ré e desde que esse gozo não pusesse em causa o funcionamento da empresa. *(resposta ao art. 16º da base instrutória)*

- Durante a relação contratual entre as partes, a Autora não gozou de dias de descanso semanal remunerados. *(resposta aos arts. 17º e 18º da base instrutória)*
- Durante a relação contratual entre as partes, a Autora não gozou de dias de feriado obrigatório remunerados. *(resposta aos arts. 19º e 20º da base instrutória)*
- Durante a relação contratual entre as partes, a Autora não gozou de dias de descanso anual remunerados. *(resposta aos arts. 21º e 22º da base instrutória)*
- A Ré nunca fixou à Autora o seu período de descanso anual. *(resposta ao art. 23º da base instrutória)*

Conhecendo.

1. No seu recurso, entendeu essencialmente a autora 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. 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. n.º 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 n.º 3 que, “quem trabalha tem direito a uma remuneração equidade satisfatória, que lhe permita e à sua família uma existência conforme com a dignidade humana, e completada, se possível, por todos os outros meios de protecção social”.

Por outro lado, o art.º 7.º do Pacto sobre os Direitos Económicos, Sociais e Culturais¹, assinado em Nova Iorque em 7 de Outubro de 1976, assegura que os Estados respectivos “reconhecem o direito de todas as pessoas de gozar de condições de trabalho justas e favoráveis, que assegurem em especial:

- a) Uma remuneração que proporcione, no mínimo a todos os trabalhadores:

¹ Aprovada para ratificação pela Lei n.º 45/78, de 11 de Julho.

- 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 àquelas 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 Republica Portuguesa, nesta Constituição também dispôs garantia à retribuição do trabalhador segundo a quantidade, natureza e qualidade, observando-se o princípio de que para trabalho igual salário

igual, de forma a garantir uma existência condigna (artigo 59º nº 1 al. a) da Constituição referida).

Em Portugal, cujo ordenamento jurídico tem a mesma tradição e inspiração da Região, define-se o sentido jurídico do salário, na sua Lei do Contrato de Trabalho, como “*aquilo a que, nos termos do contrato, das normas que o regem ou dos usos, o trabalhador tem direito como contrapartida do seu trabalho*”, presumindo-se “*até prova em contrário ... constituir retribuição toda e qualquer prestação da entidade patronal ao trabalhador*” (artigo 82º da LCT acima referida).

Na doutrina, tem-se entendido que o salário aparece, à face da lei, ligado por um nexo de reciprocidade à prestação de trabalho – tal é a primeira visão que os dados legais nos oferecem acerca da concepção funcional da retribuição no contrato de trabalho e que está na base do brocardo germânico *kein Arbeit, kein Lohn* (sem trabalho não há salário).²

Para o Prof. Bernardo da Gama Lobo Xavier, “em traços gerais, do ponto de vista jurídico, a retribuição costuma perfilar-se como a obrigação essencial a prestar no contrato de trabalho pelo empregador, obrigação de índole patrimonial e marcadamente pecuniária, devida em todos os casos (não tendo carácter meramente eventual), ligada por uma relação de reciprocidade à actividade prestada, tendo nela a sua causa”.³

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

³ 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:

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

“1. Prestações regulares e periódicas – este carácter de regular tem a ver com a sua afectação a necessidades regulares e periódicas do trabalhador e ainda com a própria distribuição no tempo da prestação do trabalho (também regular e periódica);

2. Em dinheiro ou em espécie – a retribuição consta de um conjunto de valores patrimoniais;

3. A que o trabalhador tem direito – por título contratual e normativo e que, portanto, corresponde a um dever da entidade patronal;

4. Como contrapartida do seu trabalho – é o trabalho prestado a causa determinante da retribuição, sendo as duas prestações de carácter correspectivo e sinalagmático: retribui-se quem trabalha, trabalha-se porque se é retribuído – senão não.” (fls. 382 a 384)

os trabalhadores ao seu serviço, seja qual for a fonte dessas condições mais favoráveis.

2. O presente diploma nunca poderá ser entendido ou interpretado no sentido de implicar a redução ou eliminação de condições de trabalho estabelecidas ou observadas entre os empregadores e os trabalhadores, com origem em normas convencionais, em regulamentos de empresa ou em usos e costumes, desde que essas condições de trabalho sejam mais favoráveis do que as consagradas no presente diploma."

Afirmam-se também dois princípios respeitantes ao salário: o da equidade e o da suficiência, sob os quais são qualitativa e quantitativamente determinadas as retribuições dos trabalhadores.⁴

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

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

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

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

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.⁵

E a determinação de ser ou não salário deve ter em consideração as situações concretas em que se encontram o seu pagamento. Por exemplo, no caso das “gorjetas”, que está em causa no presente caso, o seu nome vulgar ou título não pode ser considerado como determinante para a sua qualificação.

A própria expressão da lei – “toda e qualquer prestação ... devida em função da prestação de trabalho” (artigo 25º nº 2) – focaliza o seu sentido na função da prestação de trabalho e não na sua denominação e na sua forma.

Eis a orientação legal pela qual devemos seguir.

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

Por natureza, o salário é uma prestação devida pela entidade patronal em função da efectivação dos serviços pelo trabalhador, nos interesses daquela.

Podemos afirmar que, sendo uma contrapartida dos serviços prestados ou serviços a prestar pelos trabalhadores, a retribuição deve ser paga pela entidade patronal em virtude destes serviços prestados e serviços a prestar, a interesses dela, à que os trabalhadores têm direito e da qual podem legitimamente reclamar, desde que não se punha em causa ao objecto e conteúdo do acordo entre as partes ou às disposições legais.

A recorrente põe em causa o preenchimento no conceito de salário da parte das “gorjetas” recebidas dos clientes. Isto se afigura uma discordância com a matéria de facto, bem assim uma negação do que tinha sido acordado no estabelecimento das relações laborais.

A recorrente insiste no sentido normal da chamada “gorjeta”, à que atribuiu a natureza da gratificação recebida de terceiros que não se mantinham qualquer relação negocial com a recorrente.

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,⁶ salvaguardando a diferença de sistemas,

⁶ - art. 457º da CLT /Consolidação das Leis do Trabalho:

- “A soma do salário com as gorjetas resulta na remuneração, segundo o *caput* 457 da CLT. Acórdão Inteiro Teor de 4ª Turma nº RR-476330/1998, de 12 Dezembro 2001. TST. Tribunal Superior do Trabalho. Nº Recurso nº RO-22025/1992-000-01.00, Magistrado Responsável 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

assim acontece igualmente nos EUA⁷ e em Hong Kong,⁸ onde ainda recentemente o *Court of Final Appeal* decidiu ratificar o entendimento do *Court of Appeal* no sentido de que as gorjetas deviam integrar o salário com argumentos próximos dos acima expendidos.”

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

Tribunal. A exclusão dessas parcelas foi requerida em recurso pela empresa empregadora, Paes Mendonça S.A., alvo da reclamação do garçom.”

“Todavia, com relação às parcelas de férias, inclusive ao acréscimo de um terço, de décimo terceiro salário e FGTS, a jurisprudência do TST entende que as gorjetas têm natureza de remuneração e devem repercutir sobre a indenização desses itens, além do salário recebido... compreendem-se na remuneração do empregado, para todos os efeitos legais, além do salário devido e pago diretamente pelo empregador, como contraprestação do serviço, as gorjetas que receber” – in www.direito.2.com.br

⁷ - “The Fair Labor Standards Act (FLSA) requires payment of at least the federal minimum wage to covered, nonexempt employees. An employer of a tipped employee is only required to pay \$2.13 an hour in direct wages if that amount plus the tips received equals at least the federal minimum wage, the employee retains all tips and the employee customarily and regularly receives more than \$30 a month in tips. If an employee's tips combined with the employer's direct wages of at least \$2.13 an hour do not equal the federal minimum hourly wage, the employer must make up the difference.

Some states have minimum wage laws specific to tipped employees. When an employee is subject to both the federal and state wage laws, the employee is entitled to the provisions which provides the greater benefits.” - in www.dol.gov/elaws

“For a long time, an employee's income from tips was not recognized as remuneration paid by the employer, and the corresponding FICA tax was imposed only on the employee. See Social Security Amendments of 1965, §313(c), 79 Stat. 382. In 1987, however, the Internal Revenue Code was amended to treat tip income within the remuneration on which the employer, too, is taxed, 26 U. S. C. §3121(q), and that is the present law”, in <http://caselaw.lp.findlaw.com> .

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

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

Na fixação do montante do salário, segue as regras previstas no artigo 26º do Regime Jurídico das Relações de Trabalho.

Diz o artigo 26º:

- "1. Para os trabalhadores que auferem um salário mensal, o respectivo montante inclui o valor dos salários dos períodos de descanso semanal e anual e dos feriados obrigatórios, não podendo sofrer qualquer dedução pelo facto de não prestação de trabalho nesses períodos.*
- 2. O valor relativo aos períodos de descanso semanal considera-se igualmente incluído no salário dos trabalhadores calculado em função do resultado efectivamente produzido ou do período de trabalho efectivamente prestado, sendo-lhes, no entanto, devida uma compensação adicional imputável aos períodos de descanso anual e aos feriados obrigatórios.*
- 3. Para os trabalhadores que auferem simultaneamente um salário composto pelas modalidades referidas nos números anteriores, o valor relativo aos períodos de descanso semanal considera-se igualmente incluído na remuneração acordada, sem prejuízo do direito à*

compensação pelos períodos de descanso anual e pelos feriados obrigatórios, na parte que corresponda à remuneração variável.

4. *Para efeitos do disposto nos n.os 2 e 3, a compensação devida pelo período de descanso anual e pelos feriados obrigatórios será calculada a partir da média diária dos últimos três meses de trabalho efectivamente prestado, ou do período durante o qual a relação de trabalho tenha efectivamente permanecido, quando de duração inferior, incluindo-se na determinação da referida média, num e noutro caso, o trabalho extraordinário."*

Estando provado que a rendimento mensal pelo trabalho prestado pela trabalhadora à Ré era composta por várias prestações, a título fixo e variável, e esta parte variável correspondia à quota parte da Autora nas gorjetas atribuídas pelos clientes de Ré, veio apurado o salário diário, para efeito de contagem nos termos do D.L nº 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 do Autor deste processo constam da matéria acima dada como provada acerca do salário médio diário da trabalhadora:

	Ano	Salário Médio Diário
--	------------	---------------------------------

1	1991	100.10
2	1992	137.82
3	1993	213.47
4	1994	279.97
5	1995	350.60
6	1996	336.92
7	1997	327.29
8	1998	154.11

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:

3. Quanto aos dias de descanso semanal, o D.L. nº 24/89/M, ao prevê que os trabalhadores têm direito a um dia de descanso em cada sete dias de trabalho, admite-se a situação em que o Trabalhador venha a trabalhar voluntariamente nos dias de descanso, nada com isto implica que ele renuncia o direito aos dias de descanso.

Nesta situação, para o trabalhador que recebe salário mensal, independentemente de ser ou não voluntário, tem sempre direito a receber uma remuneração adicional ou acréscimo salarial, no valor superior ao salário diário a contar com base no seu salário mensal.

Dispõe o artigo 17º do D.L. nº 24/89/M 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 verificarem 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 se entender 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.

Deve entender-se que o que foram dados por provados 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”, se traduz que este rendimento a auferir no trabalho prestado no dia de descanso semanal, integra o salário mensal.

Nesta conformidade, a sentença decidiu correctamente, quanto à fórmula da contagem, na aplicação do regime estabelecido no D.L. nº 24/89/M.

Pelo que, a fórmula aritmética do cálculo da indemnização pela violação do direito ao gozo do descanso semanal é:

$$A \times B \times 2$$

A = dias de descanso seminal não gozados;

B = valor da remuneração média diária

Ano	número de dias vencidos e não gozados (A)	remuneração diária média em MOP (B)	Quantia indemnizatória (A x B x 2)
1991	32	100.10	6,406.40
1992	52	137.82	14,333.28
1993	52	213.47	22,200.88
1994	52	279.97	29,116.88
1995	52	350.60	36,462.40
1996	52	336.92	35,039.68
1997	52	327.29	34,038.16
1998	35	154.11	10,787.70

Total das quantias →	188,385.38
--------------------------------	-------------------

Como o montante fixado pelo Tribunal *a quo* procedeu um correcto cálculo dos montantes indemnizatórios, que não merece qualquer alteração.

Quanto à compensação por trabalho prestado em período de descanso anual, no âmbito do D.L. nº 24/89/M, com o “triplo da retribuição normal”, (cfr. artº 24º).

Como não seja feita prova daquele impedimento - e essa prova não vem feita no caso vertente - há que aplicar analogicamente a fórmula do “dobro da retribuição normal” à situação objectiva de prestação de trabalho nos 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. ⁹

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

$$\boxed{A \times B \times 2}$$

A = dias de descanso anual não gozados;

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

B = valor da remuneração média diária.

Mas a sentença recorrida fixou o montante de compensação dos dias de descanso anual com o factor de multiplicação em triplicação para todos os anos, sem ter ponderado o facto de não estar provado que “[n]unca a Ré autorizou a Autora descansar 6 dias por ano sem perda do respectivo rendimento”, devendo nesta parte ser adoptada a correcta fórmula em conformidade, 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)
1991	4	100.10	800.80
1992	6	137.82	1,653.84
1993	6	213.47	2,561.64
1994	6	279.97	3,359.64
1995	6	350.60	4,207.20
1996	6	336.92	4,043.04
1997	6	327.29	3,927.48
1998	4.5	154.11	1,386.99
Total das quantias →			21,940.63

Finalmente, quanto à compensação pelo trabalho prestado em dias de “feriado obrigatório”, entendeu-se que, pelo que prestou no período de vigência do D.L. nº 24/89/M, devia ser compensado com o “triplo da retribuição normal”.

Creemos ser essencial que a lei fala do factor de multiplicação para a compensação dos dias de feriados obrigatórios, distintamente das disposições quanto ao descanso semanal, o trabalho prestado pelos trabalhadores nos dias de feriado obrigatório e sem ter receite qualquer compensação, referidos no n.º 3 do artigo anterior, dá direito a um acréscimo salarial nunca inferior ao dobro da retribuição normal - artigo 20º nº 1 do D.L. nº 24/89/M, e este “acrécimo salarial” tem sempre com base na retribuição a que tem direito a receber nos termos do artigo 19º nº 3 do mesmo Diploma, pois diz o nº 3 do artigo 19º que “[o]s trabalhadores referidos no número anterior têm direito à retribuição correspondente aos feriados de 1 de Janeiro, Ano Novo Chinês (3 dias), 1 de Maio e, 1 de Outubro”. E esta retribuição não integra na seu salário mensal já recebido, de modo que o trabalhador que trabalha nestes dias tem direito, não só a receber, para além do salário mensal, uma retribuição correspondente ao valor do seu salário diário médio mais um acréscimo salarial não inferior ao dobro do seu salário normal diário (médio).

Por outro lado, como a nossa decisão tomada no acórdão de 23 de Março de 2006 do processo nº 241/2005, “esta retribuição pelo triplo da retribuição normal justifica-se pelo especial valor social e comunitário que se pretende imprimir à celebração de certas datas festivas; pela comparação com o regime compensatório nas situações de impedimento do gozo dos descansos anuais (artigo 24º), podendo fazer-se o paralelismo entre o não gozo de um núcleo reputado fundamental de feriados de gozo obrigatório e o impedimento do gozo das férias anuais, sendo sempre mais censurável a violação deste direito do que o não gozo voluntário do descanso anual”.

Adoptando-se aqui tal entendimento, e atenta a matéria de facto dada como provada, chega-se 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).

Nesta conformidade, nesta parte, deve alterar tanto a fórmula consignada pelo Tribunal *a quo* (que seu apenas da $A \times B \times 2$), como 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 3)
1991	2	100.1	600.60
1992	6	137.82	2,480.76
1993	6	213.47	3,842.46
1994	6	279.97	5,039.46
1995	6	350.6	6,310.80
1996	6	336.92	6,064.56
1997	6	327.29	5,891.22
1998	5	154.11	2,311.65
Total das quantias →			32,541.51

Nesta conformidade, e na procedência 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\$242.867.52 (MOP\$188,385.38 + MOP\$21,940.63 + MOP\$32,541.51).

Ponderado resta decidir.

Pelo exposto, acordam nesta Tribunal de Segunda Instância em conceder provimento ao recurso interposto pela autora, e em consequência condena a ré STD M a pagar à autora a indemnização a quantia de MOP\$242.867.52, a título de compensação pelo não gozo de descansos semanal e anual e feriados obrigatórios, a partir da data de transição da sentença até ao efectivo e integral pagamento, acrescendo os juros a taxa legal.

Custas pela recorrida.

Macau, RAE, aos 16 de Abril de 2009

Choi Mou Pan

José M. Dias Azedo

Lai Kin Hong