

Processo n.º 1011/2009

(Recurso civil e laboral)

Data: 7/Julho/2011

Recorrente:
(Recurso Interlocutório e Final) : S.T.D.M.

Recorrido: A (XXX)

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

I - RELATÓRIO

A, melhor identificada nos autos, patrocinada pelo MP, propôs contra a Ré, "**Sociedade de Turismo e Diversões de Macau (STDM)**", com sede na Avenida do Hotel Lisboa, 9º andar, Macau, acção para efectivação do direito ao pagamento da compensação pelo dias de descanso semanal anual e feriados obrigatórios, por si não gozados, pedindo a condenação da Ré no pagamento da quantia **MOP\$629.016,88** e ainda no pagamento de juros vencidos e vincendos sobre tal quantia desde a data da cessação da relação laboral.

Julgada a causa, foi decidido condenar a Ré a pagar o montante de **MOP\$447.382,87**, acrescido de juros de mora à taxa legal a contar do trânsito da sentença.

Foi proferido despacho saneador por força do qual foi julgada improcedente a prescrição arguida na contestação dos créditos reclamados.

Inconformada com esta decisão, veio a Ré recorrer interlocutoriamente para este Tribunal de Segunda Instância, a fim de obter a revogação da mesma.

A este recurso não respondeu a A.

Da decisão final vem recorrer a **STDM, Sociedade de Turismo e Diversões de Macau, S.A.R.L.**, R. alegando, em rotunda síntese:

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., ora recorrida, i.e., a ilicitude do comportamento da R., ora Recorrente.

Deve considerar-se que o salário do trabalhador era um salário diário.

Cabia ao trabalhador provar que a empregadora obistou ou negou o gozo de dias de descanso.

Não concluindo pelo tratamento mais favorável ao trabalhador resultante do acordado entre as partes consubstanciado, sobretudo, nos altos rendimentos que 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), o trabalhador 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.

Pronunciando-se sobre quais as fórmulas aplicáveis, pugna pela procedência do recurso.

A A. contra alegou, pronunciando-se pela manutenção do decidido.

Oportunamente, foram colhidos os vistos legais.

II - FACTOS

Vêm provados os factos seguintes:

"Ficaram provados os seguintes factos com relevância para a decisão do presente litígio :

A Autora começou a trabalhar para a Ré em 07 de Outubro de 1972.

E essa relação laboral cessou em 20 de Dezembro de 1996.

Como contrapartida da sua actividade laboral, como empregada de casino (骰寶), desde o início da relação laboral até à data da sua cessação, a Autora recebia da Ré uma quantia fixa diária e outra parte variável, em função do dinheiro recebido dos clientes de casinos vulgarmente designado por «gorjetas».

A quantia salarial fixa da Autora era de MOP\$4.10 por dia, desde do seu 'cio do trabalho até 30 de Junho de 1989, e de HK\$10.00 por dia, desde de 1 de Julho de 1989 até 30 de Abril de 1995, e de HK\$15.00 por dia desde de 1 e Maio de 1995 até a data da cessação de funções.

E as «gorjetas» eram distribuídas pela Ré a todos os trabalhadores dos seus casinos, e não apenas aos

que têm «contacto directo» com os clientes nas salas de jogo, segundo um critério por esta fixado.

Desde a data em que a Ré iniciou a actividade de exploração de jogos de fortuna e azar e até à data em que cessou a sua actividade as gorjetas oferecidas a cada um dos seus colaboradores pelos seus clientes eram reunidas e contabilizadas, na presença de, entre outros, um fiscal do governo, um membro do departamento de tesouraria da Ré, um “floor manager” (gerente do andar) e um ou mais trabalhadores da Ré.

Os empregados que não trabalhavam directamente nas mesas ou os que não lidavam com os clientes tinham também direito a receber a distribuição das gorjetas.

Na sua distribuição interna, os trabalhadores recebiam quantitativo diferente, consoante a respectiva categoria, tempo de serviço e o departamento em que trabalha, fixada previamente pela entidade patronal.

Tanto a parte fixa como a parte variável (as gorjetas) relevavam para efeitos de imposto profissional.

As «gorjetas» eram provenientes do dinheiro recebido dos clientes dos casinos, dependentes do espírito de generosidade desses mesmos clientes, de cuja contabilização (do seu quantitativo) era feita exclusivamente pela Ré.

Os rendimentos efectivamente recebidos pela Autora entre os anos de 1984 a 1996 foram de:

- a) 1984=80,599.00
- b) 1985=126,842.00
- c) 1986=109,864.00
- d) 1987=115,681.00
- e) 1988=120,689.00
- f) 1989=140,361.00
- g) 1990=145,954.00
- h) 1991=144,469.00

i) 1992=155,943.00

j) 1993=160,028.00

k) 1994=154,564.00

l) 1995=180,363.00

m) 1996=162,635.00.

A Autora prestou serviços em turnos, conforme os horários fixados pela entidade patronal, sendo a ordem e o horários dos turnos rotativamente os seguintes:

- 1) 1º e 6º turnos: das 06H00 até 10H00, e das 02H00 até 06H00;
- 2) 3º e 5º turnos: das 14H00 até 18H00, e das 22H00 até 02H00 (dia seguinte);
- 3) 2º e 4º turnos: das 10H00 até 14H00, e das 18H00 até 22H00.

A Autora sempre prestou serviços nos seus descansos semanais.

E não foi compensado com outro dia de descanso pela Ré por cada dia e descanso semanal não gozado.

A Autora prestou serviços também nos feriados obrigatórios de 1 de Outubro do ano 1984, de 1 de Janeiro, 1 de Maio e 1 de Outubro dos anos 1985, 1986, 1987 e 1988, bem como de 1 de Janeiro do ano 1989.

A Autora prestou também serviços nos restantes feriados obrigatórios, 1 dia de Chong Chao e 1 dia de Chong Yeong do ano 1984, 3 dias do Ano Novo Chinês, 1 dia de 10 de Junho, 1 dia de Chong Chao e 1 dia de Chong Yeong dos anos de 1985, 1986, 1987 e 1988, bem como 3 dias do Ano Novo Chinês do ano 1989.

A Autora prestou serviços nos feriados obrigatórios de 1 de Maio e 1 de Outubro do ano 1989, de 1 de Janeiro, 3 dias do ano novo chinês, 1 de Maio e de Outubro dos anos 1990, 1991 e 1992, de 1 de Janeiro, 3 dias do ano novo chinês e 1 de Outubro do ano 1993, 3 dias do ano novo chinês e 1 de Outubro do ano 1994, 3 dias do ano novo chinês, 1 de Maio e 1 de Outubro do ano 1995, de 1 de Janeiro e 1 de Maio do ano 1996.

A Autora prestou serviços ainda nos restantes feriados obrigatórios de 1 dia de 10 de Junho, 1 dia de Chong Chao, 1 dia de Chong Yeong e 1 dia de Cheng Meng dos anos de 1989, 1990, 1991, 1992 e 1993, 1 dia de 10 de Junho e 1 dia de Chong Yeong do ano de 1994, 1 dia de 10 de Junho, 1 dia de Chong Chao e 1 dia de Cheng Meng do ano de 1995, 1 dia de Chong Yeong e 1 dia de Cheng Meng do ano de 1996.

À Autora nunca lhe tinha sido pago qualquer compensação salarial pelos serviços prestados quer nos feriados obrigatórios remunerados quer não remunerados.

A Autora prestou serviços à Ré nos seus descansos anuais.

A Autora nunca gozou descansos anuais, respeitantes ao período compreendido entre 01 de Setembro de 1984 a 20 de Dezembro de 1996.

A Ré nunca procedeu ao pagamento de qualquer quantia à trabalhadora (ora Autora) quer por descansos semanais quer por descansos anuais e feriados obrigatórios não gozados, quer remunerados quer não remunerados.

A Autora tinha direito de pedir licença, mas essas licenças sendo concedidas, não eram remuneradas, quer no que se refere a salário diário, quer em «gorjetas».

A Autora gozou de 80 dias de descanso em 1993, entre eles 1 dia de feriado obrigatório remunerado correspondente ao Dia do Trabalhador em 1 de Maio, 103 dias de descanso gozado em 1994, entre eles 2 dias de feriado obrigatório remunerado correspondente à Fraternidade Universal em 1 de Janeiro e ao Dia do Trabalhador em 1 de Maio, 2 dias de feriado obrigatório não remunerado correspondente à Fraternidade Universal Chen Ming em 5 de Abril e a Chong Chao (Bolo Lunar - dia Seguinte) em 21 de Setembro, 86 dias de descanso em 1995 entre eles 1 dia de feriado obrigatório remunerado correspondente a Fraternidade Universal em 1 de Janeiro e 1 dia de feriado obrigatório não remunerado correspondente a Chong Yeong (Culto dos Antepassados) em 1 de Novembro, 98 dias de descanso em 1996, entre eles 4 dias de feriado obrigatório remunerado correspondente ao 1º, 2º, e 3º dia do Novo

Ano Lunar em 19, 20 e 21 de Fevereiro e à Implantação da República Popular da China em 1 de Outubro, 2 dias de feriado obrigatório não remunerado correspondente ao Dia de Portugal em 10 de Junho e a Ching Chao (Bolo Lunar - dia Seguinte) em 28 de Setembro.”

III - FUNDAMENTOS

São dois os recursos a conhecer:

A - Recurso do saneador sobre a prescrição

B- Recurso da decisão final

A - Recurso da Saneador

1. A Ré, na douda contestação que apresentou, invocou a prescrição de todos os créditos reclamados pela Autora.

No entender da Ré, o prazo geral da prescrição é de cinco anos, nos termos do disposto no art. 303º, f) do Código Civil e interrompe-se pela citação ou notificação judicial de qualquer acto que exprima directa ou indirectamente a intenção de exercer o seu direito.

O Mmo Juiz *a quo* considerou que os créditos não estavam prescritos nos termos do seu despacho de fls 101 a 102.

2. A legislação de Macau respeitante às relações laborais a partir de 1984, ou seja, o DL 101/84/M, de 25 de Agosto e o vigente DL 24/89/M, de 3

de Abril, não contém um regime específico sobre a prescrição dos créditos emergentes das relações jurídico-laborais.

Reconhece-se que, na falta de norma laboral específica, é de aplicar a norma geral resultante do Código Civil, 20 anos no CC de 66 e 15 anos no CC de 99.

Importa indagar qual o prazo que se aplica, se o da lei velha ou o da lei nova? 20 anos do CC velho ou 15 anos do CC novo?

O novo prazo aplica-se aos prazos que já estiverem em curso, mas conta-se apenas o tempo decorrido na vigência da nova lei, salvo se daí resultar um prazo mais longo do que o da lei anterior, caso em que o prazo continua a correr segundo esta lei (artigo 290º do Código actual).¹

Claro que para a escolha do prazo aplicável, vista a salvaguarda feita na parte final daquele preceito, sempre importará indagar do prazo *a quo*, isto é, a partir de que momento se iniciará a sua contagem.

Em bom rigor pode dizer-se que é a nova lei que se aplica aos prazos que já estão a decorrer, importando não esquecer que a lei só dispõe para o futuro. Mas como no caso em apreço, em qualquer das situações a ponderar, o início do prazo sempre seria de computar antes da data da cessação da relação laboral, à data da vigência da nova lei, 1 de Novembro de 1999, sempre resultaria um prazo mais longo, teremos de fazer apelo à previsão da parte final do n.º 1 daquela norma e aplicar a lei antiga, já que ao abrigo da mesma

¹ - CCA, Pires de Lima e A. varela, nota ao artigo 299º

sempre faltará menos tempo para o prazo se completar.

Claro que para a escolha do prazo aplicável, vista a salvaguarda feita na parte final daquele preceito, sempre importará indagar do prazo *a quo*, isto é, a partir de que momento se iniciará a sua contagem.

O prazo a aplicar, visto o início do mesmo e o tempo decorrido até 1 de Novembro de 1999, é, pois, o prazo de 20 anos.

E não de 5 como se chega a defender, já que se não trata aqui de uma prestação renovável.

Importa não esquecer que os créditos não são os salários, mas sim as compensações por direitos não gozados. E esses direitos não são prestações renováveis, pela razão simples, desde logo, que não se chegaram a verificar.

E mesmo em relação aos salários dos trabalhadores, a prestação de trabalho não se coaduna com a natureza de uma qualquer prestação renovável, antes se traduzindo na contrapartida de um serviço prestado durante um certo período, sob direcção e instruções da entidade empregadora, correspondendo cada salário a um trabalho próprio, não se podendo dizer que o salário seguinte é a renovação do anterior.

Ainda, a não consideração de um prazo curto de prescrição insere-se num entendimento que leva a considerar que a relação de proximidade existente pode condicionar o exercício do direito pela parte do trabalhador, pelo que deve ele mostrar-se protegido, como acontecia anteriormente para o serviço doméstico e agora para as relações de trabalho em geral.

3. Estabelece o art. 306º do Código Civil de 1966 que “o prazo de prescrição começa a correr quando o direito puder ser exercido; se, porém, o beneficiário da prescrição só estiver obrigado a cumprir decorrido certo tempo sobre a interpelação, só findo esse prazo se inicia o prazo da prescrição”.

Não está prevista, de modo expresso, entre as causas bilaterais de suspensão reguladas no art. 318º do Código Civil de 1966, a situação que agora nos ocupa e relativa a créditos emergentes de relação de trabalho não-doméstico.

Com efeito, o Código Civil de 1966, prevendo embora a figura do contrato de trabalho, relegou para legislação especial a sua regulamentação – cfr. art. 1152º e 1153º do Código Civil de 1966.

O art. 318º do Código Civil de 1966, regulando sobre as causas bilaterais da prescrição, determina, entre o mais que agora não releva, que a prescrição não começa nem corre “entre quem presta o trabalho doméstico e o respectivo patrão, enquanto o contrato durar” (al. e) do art. 318º do Código Civil).

4. Por aplicação da regra geral, dir-se-á que o prazo de prescrição em relação a cada um dos créditos aqui reclamados iniciou o seu curso com o respectivo vencimento, uma vez que, a partir daí a parte Autora passou a estar em condições de exercer os seus direitos.

Assim, em relação aos créditos vencidos relativos ao período situado entre o início e o dia correspondente a vinte anos antes da tentativa de

conciliação ou da respectiva notificação ter-se-á verificado a prescrição.

5. Não há lacuna na presente situação.

A lacuna, como diz o Prof. Oliveira Ascensão, é uma fatalidade, uma incompleição do sistema normativo que contraria o plano deste². Fatalidade que vai ao ponto de se negar a sua própria existência, porquanto no ordenamento jurídico não pode haver verdadeiras lacunas, enquanto ausência de solução jurídica para o caso omissos.³

Só perscrutando, interpretando e valorando o ordenamento podemos dizer se há ou não uma lacuna.

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

6. Há uma regra relativa ao início da prescrição e as situações em

² - Int.Est. Dto, 1970, 309 e 355

³ - Galvão Telles, Int. Est. Dto, Reimp., 2001, 260

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

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

Se o legislador excepcionou para o serviço doméstico uma causa de suspensão de prescrição, a interpretação analógica está vedada em relação às normas excepcionais - art. 11º do CC66 e 10º do CC99.

7. E em termos de interpretação, ainda que o princípio não seja absoluto, estamos em crer que vale aqui o brocardo *ubi lex voluit dixit, ubi noluit tacuit*. Nem por razões teleológicas se aceita uma interpretação extensiva como se pretende. São por demasiado evidentes todas as razões que podiam justificar uma protecção do trabalhador por via desse instituto, dadas as particulares relações, teias, dependências, receios, anseios, instabilidades que se criam nas relações laborais, que nem vale a pena desenvolver por

demais o tema, aliás, bem focalizado na decisão recorrida. Mas são igualmente diferentes e visíveis as diferenças entre a relação laboral comum e o serviço doméstico. Este, a merecer um tratamento autónomo em Macau e no direito Comparado e apartar-se daquele.

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

Afigura-se não se estar perante uma situação não prevista nem regulada, não sendo legítimo ao aplicador da lei substituir-se ao legislador no aperfeiçoamento e melhoria do sistema laboral e protecção do trabalhador. Admite-se que possa haver alguma limitação na liberdade e na vontade do trabalhador, mas importa não esquecer que todas as situações que o legislador contemplou contêm sempre alguma razão que pode justificar a sua inércia e passividade. E dessa constatação será legítimo extrapolar para se considerar suspensa a prescrição quando se suspeite desse inibição? Afigura-se que essa há-de ser uma opção do legislador.

Nesta conformidade, sem necessidade de outros desenvolvimentos somos a julgar parcialmente procedente o recurso interposto e a considerar, um prazo normal de prescrição de 20 anos, a iniciar-se com o vencimento de cada uma das prestações em dívida, ou seja, estão prescritos os créditos vencidos **anteriores a 9 de Outubro de 1987**, vinte anos anteriores à data da notificação da tentativa de conciliação (art. 27º, n.º 3 do CPT) e momento em que a

empregadora se viu confrontada com a reclamação de tais créditos.

B - Recurso da decisão final

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

- Da **natureza jurídica do acordo celebrado entre as partes**;
- Do **salário justo; determinação da retribuição**; 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.
- **Dos juros**.

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.⁴

⁴ - 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 TUI⁵, 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.⁶

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

Ressalva-se a inflexão nessa Jurisprudência, a partir de 31/3/2011, v.g. com o processo n.º 780/2007, de 31/3/2011, deste TSI, apenas para os cálculos de algumas compensações relativamente aos descansos não gozados.

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.

⁵ - Processos 28/2007, 29/2007, 58/2007, de 21/7/07, 22/11/07 e 27/2708, respectivamente

⁶ - Cfr. processos, deste TSI, de 19/2/09, 314/2007, 346/2007, 347/2007, 360/2007, 370/2007

A primeira questão que se deve apreciar é a da **caracterização da relação jurídica** existente entre a recorrente e a 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 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 parte autora e a ré, em que aquela, mediante uma retribuição, sob autoridade, orientações e instruções desta, 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.⁷

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 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,

⁷ - Parecer da PGR n.º P001221988, de 18/11/88

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 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.⁸

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.

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>

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 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 e a inflexão a partir de 31/3/2011, com o processo n.º 780/2007, de 31/3/2011, deste TSI.⁹

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

Donde resultam as seguintes fórmulas:

No âmbito do	Descansos semanais	Descansos anuais	Feriados Obrigatórios
DL101/84/M	x1	x1	x1
DL24/89/M	x2	x1	x3

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

	Ano	Salário Médio Diário
1	1984	223.89
2	1985	352.34
3	1986	305.18
4	1987	321.34
5	1988	335.25
6	1989	389.89
7	1990	405.43
8	1991	401.30
9	1992	433.18
10	1993	444.52
11	1994	429.34

12	1995	501.01
13	1996	458.13

Importará reter que nos cálculos a efectuar só relevarão os créditos não prescritos, tal como acima decidido, ou seja, os **vencidos depois de 9 de Outubro de 1987**, vista a decisão acima tomada, levando-se em conta o termo da relação laboral, em 20 de Dezembro de 1996.

9. Trabalho prestado em dia de descanso semanal

Em sede do **DESCANSO SEMANAL** nada a alterar, uma vez que não obstante não terem sido consideradas compensações no âmbito do DL 101/84/M, não foi interposto recurso pelo trabalhador e foi adoptada a mesma fórmula **x2**, no âmbito do DL 24/89/M, na sentença recorrida, tal como é pacífico neste Tribunal.

10. Descanso anual

Em sede de **DESCANSO ANUAL**, considerando que as fórmulas da sentença no âmbito do DL 101/84/M se têm por correctas e as do âmbito do DL 24/89/M se mostram desconformes às ora adoptada por este Tribunal, defendendo o recorrente que neste âmbito deve ser utilizada a fórmula **x1**, importando apenas subtrair o montante das compensações relativas ao período da prescrição no âmbito daquele primeiro diploma e reduzir a metade o montante encontrado no âmbito do segundo.

Há assim que subtrair os montantes relativos aos anos de 1984, 1985,

1986 e a parte proporcional de 1987 (até 9/10/87), no âmbito do DL 101/84/M, o que significa que, a este título, haverá que condenar, apenas em **MOP3.078,35** e não em MOP8.917,28.

E no âmbito do DL 24/89/M, condenar apenas por **MOP 19.962,90**.

11. **Feriados obrigatórios**

Nada a alterar por se ter entrado na sentença com os critérios seguidos por este Tribunal de Segunda Instância.

12. **Dos juros**

Segue-se a Jurisprudência uniforme adoptada nas diferentes matérias e onde se inclui a questão dos juros.

Assim se tem decidido¹⁰ que, não tendo havido qualquer alteração nesta Instância dos valores encontrados, se consideram líquidos os créditos do trabalhador em causa sobre a Ré, tal como liquidados na 1ª instância, devendo ser a partir daí que se devem contar os juros de mora. Os juros são devidos a partir da liquidação operada na 1ª Instância, se ela vier a ser mantida na 2ª Instância. A remissão para o trânsito abrangerá as situações em que a liquidação só se assuma definitiva nesse momento.

Esta a orientação que tem sido adoptada e aqui se adopta, não tendo razão o recorrente quando pretende um cálculo de juros a partir de um momento de vencimento sobre uma quantia cuja liquidação não se mostra pacífica.

¹⁰ - Ac. TSI, proc. 2007-45-A, de 7/6

Este entendimento, aliás, recentemente confirmada em acórdão do TUI tirado em sede de uniformização de jurisprudência (Ac. de 2/03/2011, Proc. n. 69/2010).

13. **Concluindo,**

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

Apenas em relação aos descansos anuais, face ao recurso da STDM importará corrigir para menos o valor apurado conforme acima explicado.

Conclui-se assim pela não existência dos apontados vícios de erro de facto e de direito no recurso da decisão final.

Tudo visto e ponderado, resta decidir,

IV – DECISÃO

Nos termos e fundamentos acima expostos, acordam os Juízes que compõem o Colectivo deste Tribunal de Segunda Instância, em conferência, em:

- julgar parcialmente procedente o recurso interlocutório interposto pela STDM, julgando prescritos os créditos vencidos anteriores a 9 de Outubro de 1987;

- parcialmente procedente o recurso da decisão final, também por ela interposto e, assim, em condenar a Ré STDM a pagar à A. apenas a quantia de **MOP3.078,35**, no âmbito do DL 101/84/M, e em **MOP 19.962,90** no âmbito

do DL 24/89/M, pelos descansos anuais, conforme o acima consignado, assim revogando, nessa parte, o decidido;

- mantendo o mais que foi decidido na sentença proferida em 1^a Instância, à exceção dos juros que serão contados nos termos do Ac. Uniformizador do TUI, Ac. de 2/03/2011, Proc. n.º 69/2010.

Custas do recurso do recurso interlocutório e da decisão final pela Ré e pela A., na proporção dos respectivos decaimentos.

Macau, 7 de Julho de 2011,

João A. G. Gil de Oliveira (vencido apenas quanto às fórmulas na parte divergente da Jurisprudência dominante deste Tribunal até 31/3/11, de acordo, designadamente, com os Acs n.ºs 330/05, de 11/5/06; 76/06, de 22/6/06 e 295/06, de 5/10/06)

Ho Wai Neng

José Cândido de Pinho