Processo n.º 847/2010

(Recurso civil e laboral)

Data: **15/Setembro/2011**

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

Recorrida: **A**

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

I - RELATÓRIO

A, patrocinada por advogada, melhor identificada nos autos, propôs contra a Ré, "**Sociedade de Turismo e Diversões de Macau (STDM)**", 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\$250.484,00** e ainda no pagamento de juros vencidos e vincendos sobre tal quantia desde a citação.

Veio esta, a final, a ser condenada a pagar a quantia de **MOP\$212.776,56** bem como o montante de juros a contar do trânsito da decisão.

Tendo sido proferido despacho saneador por força do qual não foi admitido o pedido reconvenicional vem a Ré recorrer, propugnando pela revogação do despacho que o não admitiu e conhecimento do mérito da reconvenção.

Desse despacho saneador, foi interposto recurso jurisdicional pela STDM, alegando, em síntese:

Sem prejuízo de melhor entendimento e Juízo, deve proceder a Reconvenção deduzida pela Ré e Recorrente,

Conhecendo-se dos dois pedidos ínsitos na mesma Reconvenção, Pelo que, salvo melhor entendimento, improcede o duto Despacho que considerou impeditivo o conhecimento da Reconvenção, “uma vez que não obedece aos requisitos substanciais previstos no artigo 17.º, n.º 1 do Código de Processo do Trabalho”,

Não existe falta de interesse processual nem falta de interesse em agir por parte da Ré e aqui Recorrente,

Nem inexiste acessoriedade, ou complementaridade ou dependência entre o pedido principal ou inicial ínsito na douta P. I.,

O pedido ascende a quantias altamente superiores ao que a A. poderia calcular com base na sua retribuição diária.

O pedido e a causa de pedir são os pretensos, hipotéticos e possíveis falta de

períodos de descanso ou de repouso semanal, anual e feriados obrigatórios.

Com base nesse pedido, deduz um quantum indemnizatório em que engloba quantias alheias à Ré e ora Recorrente,

Prestações de terceiros, os clientes dos casinos que, como doações remuneratórias ou liberalidades de terceiros, prestavam gratificações ou gorjetas nos casinos que a Ré e Reconvinte, ora Recorrente, explorou até ao termo da sua concessão em exclusivo por caducidade, em 31 de Março de 2002 (e não em «meados de 2002» como erradamente está assente na P. I. da Recorrida).

A acessoriedade, a complementaridade e a dependência do pedido reconvenional (parágrafo § 3º) do número 1 do artigo 17º do CPT está encontrado:

Primeiro, a Ré, Reconvinte e Reconvinda procurou a validade do seu contrato e das suas cláusulas de trabalho contínuo, mesmo em dias de repouso, o que foi sempre aceite pela Recorrida;

Segundo, mesmo que, porventura, tal contrato não fosse nem seja legal, o que não se considera mas equaciona por mera hipótese académica,

Então, nesse caso, deve a Recorrida e Reconvinda devolver o montante altíssimo de gratificações, luvas ou gorjetas recebidas pela Ré e provenientes dos clientes dos casinos,

Quantias pecuniárias estas, que a Reconvinda e Recorrida só auferiu em troco do trabalho contínuo nos casinos da Ré e Recorrente,

Nos termos, designadamente, dos artigos 9º do RJRT de 1984 e 12º do RJRT de 1989 (hoje, diplomas laborais revogados).

Portanto, a conexão e acessoriedade entre o pedido da P. I. e o pedido da reconvenção existe: o valor das luvas, prémios irregulares, gorjetas ou gratificações, não sendo curial nem possível a Ré e Recorrente ser condenada a prestar ou a repetir uma prestação pela qual não pode ser responsabilizada: as tais gorjetas dos clientes.

Pelo que o pedido indemnizatório da presente acção laboral constitui um locupletamento sem causa da Recorrida à custa da Recorrente.

Tendo em vista o peticionado nos artigos acima referidos e tendo em vista o valor da Reconvenção

Existe também, dependência entre o pedido principal e o pedido reconvenicional: a ser condenada a Ré pela falta de repouso ou de descanso, deverá tal indemnização desconsiderar ou subtrair as referidas gratificações ou gorjetas dos clientes e,

Sem conceder, deverá a contra-acção que é a Reconvenção proceder, condenando-se a A./Recorrida a devolver a quantia ilegitimamente obtida à custa das liberalidades prestadas pelos clientes e redistribuídas pela Ré a todos os seus ex-colaboradores, ex-prestadores de serviço, ex-empregados ou ex-trabalhadores, até 31 de Março de 2002.

Bem como, fica provado esse nexó entre as duas acções, com o prejuízo objectivo e grave que sobre a Recorrente impende com a presente acção judicial laboral em que são

exigidos pelo Autor e aqui Recorrido a peticionada quantia.

Tendo sido deduzida a presente Reconvensão no presente litígio justamente, em ordem à celeridade, oportunidade e rapidez processuais do processo laboral,

Escusando a Ré e Recorrente de instaurar novo pleito judicial para reaver o montante das gratificações ou gorjetas recebidas pelo Autor e Recorrido dos clientes dos casinos que a Ré explorou até final de Março de 2002,

Levando em linha de conta o expendido na Contestação / Reconvensão, para requerer a V. Exas do douto Tribunal ad quem que revoguem o douto Despacho recorrido, desde logo, na parte em que absolveu o Recorrido da instância por alegada falta de qualquer dos 3 (três) requisitos previstos nos 3 (três) §§ parágrafos do número I do artigo 17º do CPT, como ficou expresso no referido e mui Despacho que aqui se recorre interlocutoriamente.

Sobre o pedido Reconvencional, o locupletamento sem causa do Reconvindo à custa da Ré e Recorrente, no referido montante traduz o valor das luvas, gratificações, prémios irregulares ou gorjetas que aquela Recorrida recebeu e que,

De uma forma repetida e excessiva, procura agora no presente pleito, enriquecer-se novamente à custa da Ré e aqui Recorrente, ao peticionar uma quantia pecuniária por pretensa falta de descansos semanais, anuais e feriados obrigatórios,

Descurando-se o facto essencial de ter auferido um elevadíssimo rendimento ao longo dos anos em que prestou serviço e foi funcionária ou empregada da Ré e Recorrente,

Desde logo, por mor das luvas, gratificações ou gorjetas prestadas pelos clientes e

Distribuídas pela Ré e aqui a Recorrente.

O Mmo. Juiz a quo considerou não estarem preenchidos os fundamentos do instituto enriquecimento sem causa.

Houve revelia operante da parte A. e ora recorrida, pois, notificada para responder, contestar, impugnar a Reconvenção em sede de resposta à Contestação, manteve o silêncio.

Tal silêncio tem a cominação dada pelo número 1 do artigo 32º do CPT, i.e., consideram-se reconhecidos os factos articulados pelo autor e é logo proferida sentença, julgando a causa conforme for de direito.

Em consequência todos os factos alegados nos artigos 200º e seguintes da Contestação e Reconvenção deveriam ter sido considerados reconhecidos e, em consequência, provados.

O Tribunal a quo não se pronunciou sobre tal revelia operante em relação à Reconvenção da ora Recorrente, a qual é uma contra-acção, que deve seguir os mesmos termos de uma petição inicial.

A parte aqui recorrida deveria ter sido condenada de preceito no pedido reconvenicional.

A causa para o enriquecimento do Recorrido assentava na sua renúncia expressa à remuneração em dias de descanso (semanal, anual e feriados obrigatórios).

Apenas por ter aceitado não ser remunerada durante a relação laboral, a R., ora

Recorrente, permitiu à parte autora, participar no esquema das gorjetas entregues pelos clientes da recorrente.

Isto é, a causa deixou de existir no momento em que a acção foi intentada, passando, no entendimento da Recorrente, o A. a estar obrigado a restituir o indevidamente recebido a título de gorjetas.

Ao receber parte das gorjetas, cuja causa para o seu recebimento era o não ser remunerada nos seus dias de descanso, parece forçoso concluir que o Recorrido enriqueceu à custa do empobrecimento da Ré, ora Recorrente, quando intentou a presente acção.

Não é só quando não há nenhuma causa para as deslocações pecuniárias que o instituto do enriquecimento sem causa poderá ser invocado, como parece inferir-se daquilo que doutamente refere o despacho recorrido, mas, ao invés, quando a causa para essa deslocação deixa de existir.

Em conclusão, requer-se o conhecimento da reconvenção e dois (2) pedidos nela ínsitos, seguindo-se os demais termos do processo e, assim, fazendo sempre a costumada e habitual Justiça.

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

Deve considerar-se que o salário da parte 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), o trabalhador em causa optou por ganhar mais, tendo direito à correspondente retribuição em singelo.

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

Não podia a trabalhadora ter sido condenada no pagamento em dobro para compensar o não gozo dos descansos semanais.

As gorjetas dos trabalhadores de casinos não são parte integrante do conceito de salário, e bem assim as gorjetas auferidas pelos trabalhadores da STDM.

Não foram oferecidas **contra alegações**.

Oportunamente, foram colhidos os vistos legais.

II – FACTOS

Vêm provados os factos seguintes:

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

Factos provados através de julgamento de audiência :

A relação contratual entre a A. e a R. cessou no dia 23 de Agosto de 1993. (1º)

Desde o início da relação contratual até à sua cessação, nunca a A. gozou um dia de

descanso semanal remunerado por cada semana de serviço prestado, nem lhe pagou a respectiva compensação monetária. (3º)

Desde o início da relação contratual até ao seu fim, nunca a A. gozou seis dias de descanso anual remunerado por cada ano de serviço prestado, nem lhe pagou o serviço prestado pela A. no mesmo período. (4º)

Durante a vigência da relação contratual, nunca a A. gozou dias de descanso correspondentes aos feriados obrigatórios quer remuneração quer não remunerados, nem lhe pagou o serviço prestado pela A. nesses mesmos dias. (5º)

Durante o período em que prestava serviço à R., a A. auferiu os seguintes rendimentos: (6º)

No ano de 1989 - MOP\$ 53.116,00;
No ano de 1990 - MOP\$ 157.237,00;
No ano de 1991 - MOP\$ 164.872,00;
No ano de 1992 - MOP\$ 179.020,00;
No ano de 1993 - MOP\$ 89.640,00.

Antes da entrada da A. ao serviço da R., era do seu conhecimento que as gorjetas entregues pelos clientes aos trabalhadores não eram para seu benefício exclusivo, mas para todos os que naquela organização prestavam serviços (7º)

E tal fora-lhe expressamente esclarecida aquando da sua contratação. (8º)

Aquando da contratação da A. pela R., esta propunha o seguinte: (9º)

1. O rendimento seria pago à razão diária, mas apenas pelos dias em que fosse

efectivamente prestado trabalho;

2. Caso pretendesse gozar dias de descanso semanal, anual e feriados obrigatórios, tal não lhe era negado, simplesmente esses dias não seriam pagos.

A A. aceitou essas condições de trabalho. (10°)

A A. era livre de pedir o gozo de dias de descanso sempre que assim o entendesse, desde que tal gozo de dias não pudesse em causa o funcionamento da empresa da R .. (11°)

Aquando da contratação da A., como com todos os trabalhadores da R., a R. informava os trabalhadores de que a quota parte das gorjetas doadas pelos clientes da R., era variável. (12°)

A A. gozou 44 dias em 1993. (15°)

A - Recurso do Saneador

A Ré deduziu pedido reconvenional, peticionando a devolução do montante pecuniário auferido a título de gratificações ou de luvas ou de gorjetas e fosse considerado válido o contrato celebrado segundo o qual a A. renunciou às quantias pecuniárias auferidas em dia de descanso anual e nos dias feriados.

O Mmo Juiz indeferiu tal pedido, basicamente, por considerar que não se verificavam os requisitos do pedido reconvenional previstos no artigo 17° do CPT (Código de Processo de Trabalho).

O pedido da acção e da reconvenção não assentaria na mesma causa de pedir, não se verificaria uma situação de compensação, não existiria uma

relação de acessoriedade, complementaridade ou dependência.

Esta questão que ora vem colocada foi já apreciada por este Tribunal de Segunda instância que se pronunciou por diversas vezes sobre a inadmissibilidade do pedido reconvenicional tal como deduzido pela Ré.¹

E não nos afastamos ainda aqui do que tem sido decidido sobre esta matéria, sufragando a teses vertida na decisão ora recorrida.

Na verdade, estabelece o artigo 17º do CPT:

“1- O pedido do réu emerge do facto jurídico que serve de fundamento à acção;

2- O réu se propõe obter a compensação;

3- Entre o pedido do réu e a relação material subjacente à acção exista subsidiariedade, complementaridade ou dependência.”

Em resumo elencamos aqui as razões essenciais para não admitir a reconvenção na situação *sub judice*.

Muito embora exista uma relação entre os dois pedidos - que tem que ver com a relação laboral existente - para além disso não se observa qualquer outra conexão entre os dois pedidos. Na acção o trabalhador pede as compensações devidas pelo não gozo de determinados descansos; nem sequer se pode dizer que peticiona salários não pagos. Na reconvenção a entidade patronal pede a devolução das gorjetas entregues.

E sobre isto não se deixa de observar uma contradição insanável no

¹ Cfr., por todos, Ac. 537/2010, de 28/7/2011

pedido que formula, porquanto se pede as gorjetas porque elas não eram salário, então por que razão as entregou ao trabalhador? Se eram gorjetas com que legitimidade pede a devolução baseada em eventual enriquecimento em causa se se se tratava de dinheiro entregue pelos clientes? Será que irá devolver esse dinheiro aos clientes?

Se não, o enriquecimento que se configura reverte contra si.

Por outro lado, configurando-se essa entrega a que procedeu, como integrante do salário, - como adiante e reiteradamente se te sustentado nesta Instância – então, ainda aí, não faz sentido que se radique aí qualquer pedido reconvençional, por falta manifesta de fundamento para tal e por não autonomização de qualquer crédito da entidade patronal em relação ao pedido do trabalhador.

E quanto se vem dizendo tanto basta para concluir que não há lugar a qualquer compensação, já que não existe reciprocidade de créditos ou uma oposição de direitos entre as partes, configurando-se sem o mínimo fundamento a sua pretensão, não se podendo tutelar o recurso a um procedimento adjectivo que à partida se mostra destituído de sentido ou fundamento.

Essa falta manifesta de fundamento para esse pedido resulta do facto de não vir explicado o porquê da entrega indevida desses montantes, já que mesmo na perspectiva da Ré, sendo gorjetas puras, elas pertenciam aos trabalhadores, por outro lado; não se tratava de dinheiro que fosse da Ré razão porque não se compreende que seja esta a pedir o indevidamente entregue.

O pedido da Ré é um verdadeiro *non sense* que quase toca as raias da má-fé.

Como já se assinalou no processo acima citado “*Ora, o que a ré pede não é o reconhecimento e a conseqüente satisfação de nenhum crédito contra a autora-credora, mas sim a devolução de importâncias que a esta havia entregue. Mas os argumentos utilizados pela ré para a pretensão que formula, que se limitam a entrar em rota de colisão com a pretensão da autora, só acentuam a vertente exceptiva de que tais importâncias não devem fazer parte do salário; e nesse sentido é questão que pode ser, e é conhecida, enquanto parte integrante do núcleo do mérito substantivo da acção.*”

O que acaba de dizer-se conflui para a apreciação do último dos requisitos (nº3). Vistas as coisas pelo prisma acabado de referir, não se pode dizer que seja acessória, complementar ou dependente a relação material subjacente relativamente ao pedido da causa principal. Se tomarmos como referência a doutrina que emerge do Ac. do STJ de 22/11/2006, Proc. nº 06S1822, logo se torna patente que o caso não se assemelha à hipótese da norma. Na verdade, nenhuma daquelas características (acessoriedade, complementaridade e dependência) se verifica nas hipóteses em que a um pedido do autor é contraposto um pedido conflituante do réu assente numa questão autónoma. No caso, o que moveu a autora foi o não gozo de dias de descanso contemplados na lei com uma especial remuneração (portanto, violação da legislação laboral), em cujo cálculo a impetrante inclui as gorjetas; o que move a ré reconvinte é a devolução de somas de dinheiro de gorjetas que havia, admitamos por facilidade de raciocínio e exposição, “dado” (a título de liberalidade) ou “pago” (a título de remuneração). Mas a verdade é que, fosse a que título fosse, essa questão - se até poderia relevar em sede de abuso de direito, na medida em que a reconvinte age agora por causa de atitude que livremente tomou (o que pode configurar venire contra factum proprium: Ac. STJ de 17/04/2008, Proc. nº 07S4747) – é estudada na perspectiva do mérito da

acção. E quando os fundamentos em que os pedidos da acção e da reconvenção são completamente diferentes, como é o caso, a jurisprudência é unânime em não admitir a segunda (a título de exemplo Ac. do STJ de 19/01/2011, 557/06.2TTPRT.P1.S1).”

Donde se julgar improcedente este recurso interlocutório.

B - Recurso da decisão final

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

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

- Do **salário justo; determinação da retribuição 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.

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.²

Depois disso, sobrevieram algumas decisões do TUI³, 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.⁴

Por essa razão, nessa, bem como nas restantes questões, remetemo-nos para a Jurisprudência deste Tribunal de Segunda Instância, que sofreu apenas uma ligeira inflexão a partir de 31/3/2011, com o processo n.º 780/2007, de 31/3/2011, deste TSI.

² - 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.

³ - Processos 28/2007, 29/2007, 58/2007, de 21/7/07, 22/11/07 e 27/2708, respectivamente

⁴ - Cfr. processos, deste TSI, de 19/2/09, 314/2007, 346/2007, 347/2007, 360/2007, 370/2007

Fórmulas essas que não deixam aqui de ser seguidas.

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

A primeira questão que se deve apreciar é a da **caracterização da relação jurídica** existente, o que se reconduz, no fundo, a saber se estamos ou não perante um contrato de trabalho entre ambos celebrado.

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

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

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

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

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

O carácter de liberalidade e eventualidade das gorjetas é contrariado pelo facto de as mesmas, no caso dos casinos da STDM, serem por esta reunidos,

contabilizados e distribuídos e não se diga que o sistema de contabilização e distribuição pela empresa representa o sistema mais justo e que mais beneficia o trabalhador não é argumento decisivo, pois que sempre se pode entender que essa prática se insere no próprio processo contratual entre as partes e que por isso mesmo o trabalhador espera com uma forte probabilidade vir a auferir uma massa de rendimentos, só por via dela anuindo à celebração daquele contrato de trabalho.

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

Na perspectiva tributária de direito público, o imposto profissional é um imposto parcelar, estruturado cedularmente, mediante o qual se submete a regime específico de incidência, determinação da matéria colectável e taxa os rendimentos decorrentes do trabalho, por conta de outrem ou por conta própria. Englobam-se nesse tipo de rendimento as gratificações ou *gorjetas* espontânea e livremente entregues, na sequência de uma reiterada prática social, pelos beneficiários de um determinado serviço ou trabalho, e por causa deste, aos que executaram esses serviço ou trabalho.⁵

Não obstante o princípio da autonomia privada, há que ter em conta, principalmente no que respeita à liberdade de estipulação do conteúdo,

⁵ - Parecer da PGR n.º P001221988, de 18/11/88

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 STD, 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, 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.⁶

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

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

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

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

Para que haja erro manifesto na apreciação da prova tem de resultar da alegação da parte recorrente e dos elementos dos autos a probabilidade de

⁶ - Proc. 55/2008, de 19/1/09, *between* Lam Pik Shan and HK Wing On Travel Service Limited, *in* <http://www.hklii.org/hk>

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/indenização pecuniária a pagar ao trabalhador no caso de prestação de trabalho em algum desses dias.

Essa posição, no respeitante ao tipo do salário, releva para aplicação do n.º 6 do art.º 17.º do Decreto-Lei n.º 24/89/M, de 3 de Abril, na actual redacção dada pelo artigo único do Decreto-Lei n.º 32/90/M, de 9 de Julho, já que na hipótese de pagamento do trabalho prestado em dia de descanso semanal, por força do n.º 6, é ao disposto na sua alínea a) que se atende e já não ao determinado na sua alínea b).

7. Da lei aplicável.

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

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

Neste caso particular acompanhamos as fórmulas adoptadas na Jurisprudência quase unânime deste Tribunal, unanimidade que sofreu até ao momento apenas a excepção da compensação do trabalho prestado em dias de feriados obrigatórios e a inflexão a partir de 31/3/2011, **com o processo n.º 780/2007, de 31/3/2011, deste TSI.**⁷

⁷ - Vd. douto voto vencido nos Acórdãos 234/2005 e 257/2007, de 2/3/06 e 9/3/06, respectivamente

Donde passaram a resultar as seguintes fórmulas:

No âmbito do	Descansos semanais	Descansos anuais	Feriados Obrigatórios
DL101/84/M	x1⁸	x1	x1⁹
DL24/89/M	x2	x1¹⁰	x3

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

	Ano	Salário Médio Diário
1	1989	147.54
2	1990	436.77
3	1991	457.98
4	1992	497.28
5	1993	381.45

⁸ - Na Jurisprudência uniforme deste TSI até 31/3/11 não havia compensação no âmbito do DL101/84/M, de 25 de Agosto

⁹ - Na Jurisprudência uniforme deste TSI até 31/3/11 não havia compensação no âmbito do DL101/84/M, de 25 de Agosto

¹⁰ - Na Jurisprudência uniforme deste TSI até 31/3/11 a fórmula era **x2**

9. Trabalho prestado em dia de descanso semanal

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 fórmula **x2**, também nada há a alterar, considerando que a solução adoptada é concordante com a defendida pela recorrente.

11. Feriados obrigatórios

Como na sentença recorrida se entrou com o factor **X2** o valor encontrado situa-se necessariamente abaixo de devido (conforme acima referido a fórmula decidida neste Tribunal tem sido **X3**).

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 **improcedente o recurso interlocutório** interposto pela Ré, STDM,, e **improcedente o recurso da sentença proferida a final**, interposto pela Ré STDM, mantendo o que foi decidido na sentença proferida em 1ª Instância.

Custas do recurso interlocutório pela Ré, a í recorrente, e **custas da decisão final** pela Ré, a empregadora, também a í recorrente.

Macau, 15 de Setembro 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