

Processo n.º 879/2010

(Recurso Civil e Laboral)

Data: 10/Novembro/2011

Recorrente: A (A)

Recorrida: S.T.D.M.

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

I - RELATÓRIO

A, melhor identificado nos autos, primeiro patrocinado pelo MP, depois, por advogado, veio interpor contra **Sociedade de Turismo e Diversões de Macau, S.A.R.L.**”, Sociedade Anónima de Responsabilidade Limitada, com sede em Macau, Região Administrativa Especial de Macau, no, ... andar, acção de processo comum de trabalho, pedindo a condenação da Ré, a título de créditos laborais a pagar- lhe *a quantia de MOP\$402.154,39*, acrescida dos respectivos juros a contar da cessação da relação laboral.

Julgada a causa, num primeiro momento, foi proferida decisão, condenando-se a Ré a pagar ao A. uma dada importância com base no raciocínio de os dias de descanso gozados eram a pedido, o que nada tinha a ver com os feriados que obrigatoriamente o patrão devia conceder ao

trabalhador, partindo-se desse princípio para considerar não gozados os dias de descanso devidos por lei.

No cálculo as gorjetas não foram consideradas como integrantes do salário.

Este TSI veio a anular o julgamento com base no fundamento de que, tendo-se provado que o trabalhador gozou alguns dias, ainda que a pedido, não seria de desprezar a hipótese de alguns desses dias poderem respeitar aos dias de descanso devidos, importando apurar essa matéria e não sufragando o douto entendimento do Mmo juiz a quo de que seria de considerar não gozados todos os devidos, pois que este gozo não se compaginava com uma situação a pedido, não estando na mera disponibilidade das partes.

Procedeu-se a novo julgamento e, diz-se na sentença agora sob recurso que *“infelizmente e apesar do esforço a que a prova foi submetida, como da decisão da matéria de facto consta, não foi possível apurar os dias em que o autor trabalhou, o que se compreende dado o número de anos decorridos sobre os factos.”*

Daí retirou o Mmo Juiz a conclusão de que face a tal falta de prova e não acolhida a sua tese anterior, teria de **absolver a ré do pedido**.

Desta decisão vem recorrer o autor alegando, em síntese:

O acórdão de 18/03/2010, anulou a segunda sentença de fls. 272 e ss. ao abrigo do disposto no n.º 4 do art. 629º do CPCM, ou seja, por ter considerado deficientes e obscuras as

respostas aos quesitos 5.º e 9.º, 6.º, 8.º e 10.º e 7.º da Base Instrutória, mas não se pronunciou sobre o acerto do raciocínio probatório subjacente à conclusão firmada a fls. 165 da primeira sentença de «que o autor não suspendeu a sua prestação de trabalho nos períodos que alega e peticiona.».

Por isso, o acórdão de 18/03/2010 não apreciou o acerto do raciocínio ou do exame crítico das provas, aliás irrepreensível, explanado a fls. 164 a 165 da primeira sentença (i) quanto à confissão da ré de que a prestação de trabalho não foi suspensa por efeito da lei e (ii) quanto às consequências do incumprimento do ónus da alegação/prova de que os dias de suspensão "ad hoc" da prestação de trabalho (com perda de remuneração) referidos no quesito 12.º da Base Instrutória, coincidiram com os dias de suspensão remunerada da prestação de trabalho previstos na lei.

Não se formou pois, caso julgado impeditivo de que o Tribunal a quo seguisse na sentença ora recorrida o raciocínio feito na primeira sentença de fls. 162 e ss., ou seja, que retirasse as consequências que muito bem entendesse das provas que lhe cumpria conhecer, v.g., do facto alegado pela ré de que a relação laboral foi contratualmente regulada com independência em relação à lei.

Assim, nada obstava a que o Tribunal a quo, na fundamentação da sentença ora recorrida formulasse o juízo de que o autor não suspendeu a sua prestação de trabalho nos períodos que alega e peticiona, por tal conclusão pressupor, não apenas os factos assentes no despacho saneador e provados na audiência de julgamento, mas também o "exame crítico das provas que lhe cumpre conhecer" de que fala o disposto no art. 562.º, n.º 3 do CPCM.

Houve erro no julgamento da matéria dos quesitos 5.º e 9.º, 6.º, 8.º e 10.º e 7.º da Base Instrutória.

Isto porque da conjugação dos factos especificados nas alíneas I), J) e K) dos Factos Assentes com a resposta negativa ao quesito 16 da Base Instrutória, resulta que o Autor trabalhava em turnos rotativos ininterruptos, só suspendendo a prestação do trabalho quando o pedisse e tal lhe fosse autorizado pela Ré.

Esta conclusão é, de resto, a única consistente com a posição da Ré assumida nos artigos 36.º, 37.º, 96.º, 97.º, 117.º a 120.º, 122.º, 124.º, 137.º, 145.º, 150.º, 162.º, e 166.º a 170.º da Contestação.

*Acresce que não tendo a Ré feito a prova que lhe competia dos dias de suspensão ad hoc da prestação de trabalho do Autor, nem que esses dias tivessem **coincidido** com os dias de suspensão da prestação de trabalho impostos por lei, afigura-se provado por força do disposto no art. 788.º, n.º 2 e 335.º, n.º 2 e 3 do CCM, que o Autor não gozou dos dias remunerados de descanso obrigatório a que tinha direito por força da lei.*

As respostas aos quesitos 5.º e 9.º, 6.º, 8.º e 10.º e 7.º da Base Instrutória resultam de um erro de percepção na produção de prova, dado que, dos depoimentos transcritos das testemunhas B (B) e C (C) resulta claramente que o Autor provou o que lhe competia, ou seja, de que não gozou os dias de descanso obrigatório remunerado a que tinha direito durante o período em que trabalhou para a Ré.

Sendo que o que não ficou provado neste nem em nenhum outro depoimento, foi apenas a matéria do quesito 16 da Base Instrutória, cuja prova competia exclusivamente à Ré, por se tratar de defesa por excepção.

Acresce que a Ré não instou as testemunhas do Autor nem produziu qualquer contraprova destinada a tornar duvidosos os factos constitutivos do direito do Autor.

Os pontos concretos da matéria de facto a que respeitam os quesitos 5.º a 10.º da Base Instrutória foram, assim, incorrectamente julgados, pelo que requer que as respectivas respostas sejam alteradas para **PROVADO**.

À mesma conclusão se chega por via das regras do ónus da prova, dado que, perante a imputação de não ter respeitado o regime legal imperativo da suspensão remunerada da prestação do trabalho, a Ré contrapôs, nos artigos 122.º e 137.º da Contestação, que o regime convencional de descansos ad hoc justificava a derrogação das regras imperativas do regime legal, sem que, no entanto, tivesse alegado e provado os factos integradores do cumprimento do regime legal a que estava adstrita ou quaisquer factos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito invocado pelo Autor, como lhe impunha o disposto no art. 335.º, n.º 2 do CCM e a presunção de culpa estabelecida no art. 788.º, n.º 1 do mesmo diploma.

Ou seja, a Ré não negou que o Autor tivesse prestado trabalho nos períodos de descanso obrigatório previstos na lei, nem alegou ou provou que remunerou e compensou esse trabalho de acordo com a lei, tendo mesmo ficado provado na alínea K) da Matéria de Facto Assente que os dias de descanso que o Autor podia pedir não eram remunerados.

Sucede que a alegação (não provada) do cumprimento de um qualquer acordo que derogue a aplicação do regime imperativo dos descansos obrigatórios, não é suficiente para elidir a presunção do incumprimento culposos do regime legal imperativo da suspensão remunerada da prestação do trabalho.

Sendo certo que, sem conceder, mesmo em caso de dúvida, sempre os factos alegados pelo Autor a que se reportam os quesitos 5.º a 10.º da Base Instrutória, **deviam ter sido considerados como constitutivos do direito** por força do disposto no art. 335.º, n.º 3, do CCM.

Assim, a sentença recorrida ao não dar como provados todos os factos constitutivos do direito do A. violou o disposto no art. 335.º, n.º 2 e 3, 339.º e 788.º, n.º 1, todos do CCM.

Deveria, pois, o Tribunal a quo ter dado como provados os factos constitutivos do direito do A condenado a Ré no pagamento do valor de MOP390.720,04 ou subsidiariamente, condenado, pelo menos, no valor de MOP186.620,32, face às respostas dos quesitos 6.º, 8.º e 10.º, 12.º e 13.º da Base Instrutória conjugadas com o especificado nas alíneas I), J) e K) dos Factos Assentes, bem como o reconhecimento pela Ré nos artigos 36.º, 37.º, 96.º e 97.º da Contestação de que a suspensão da prestação de trabalho, quando concedida, não era remunerada.

Nestes termos, entende, deve ser dado provimento ao presente recurso com as legais consequências, designadamente, revogando-se a sentença recorrida e condenando-se a Ré no pagamento do valor de MOP390.720,04 pelo trabalho prestado nos períodos de suspensão obrigatória da prestação de trabalho ou **SUBSIDIARIAMENTE**, no valor de MOP 186.620,32 correspondente à remuneração da totalidade dos dias de descanso remunerados previstos na lei.

A Sociedade de Turismo e Diversões de Macau, S.A., contra alega, em síntese conclusiva:

Salvo melhor opinião, a douda sentença recorrida não padece de qualquer "erro quanto aos limites objectivos do caso julgado".

Se o novo julgamento foi ordenado pelo Venerando Tribunal de Segunda Instância, precisamente, porque entendeu que não ficou provado se o A. trabalhou nos dias de descanso semanal e anual, como alegava e lhe cumpria provar, tampouco, especificado quantos são os dias em causa, não poderia o Tribunal a quo, fazer tábua rasa do que havia sido decidido e fundamentar a nova sentença no sentido do que peticiona o A., ora recorrente, no pretendido pressuposto de que "o autor não suspendeu a sua prestação de trabalho nos períodos que alega e peticiona",

Tanto mais considerando que, na sequência da segunda audiência de julgamento, o douto Tribunal a quo conclui que, "apesar do esforço a que a prova foi submetida, (...), não foi possível apurar os dias em que o autor trabalhou e aqueles em que não trabalhou (...)".

Neste sentido, a Ré, ora recorrida, acompanha totalmente o entendimento do douto Tribunal a quo quando refere que, "por força do caso julgado decorrente do trânsito em julgado da Douta decisão do Tribunal de Segunda Instância, o raciocínio feito na primeira decisão não mais pode ser seguido nestes autos".

Efectivamente, o A. não logrou provar em que dias trabalhou e em que dias não trabalhou enquanto durou a relação laboral mantida com a Ré.

Em particular, as testemunhas inquiridas pelo A. em audiência não revelaram conhecimento pessoal e directo sobre os dias em que o A. gozou dias de descanso, remetendo-se a referências genéricas, à sua experiência pessoal durante o período em que trabalharam para a Ré, ora recorrida, e ao que ouviram o A. dizer a este respeito. Sendo certo que as regras de experiência comum permitem concluir que o A. gozou necessariamente dias de descanso durante os 8 anos em que trabalhou para a R., ora recorrida.

Da conjugação dos factos constantes das alíneas I), J) e K) dos factos assentes com a resposta ao quesito 14 da douta Base Instrutória, não poderiam resultar respostas diferentes das respostas oferecidas aos quesitos 5º, 7º e 9º, cuja prova cabia ao A. fazer, nos termos do artigo 335º, n.º 1 do Código Civil.

Pelo que as respostas aos quesitos 5º, 7º e 9º da douta Base Instrutória, devem manter-se inalteradas; se outro não for o entendimento de V. Exas..

O A. não pode pretender escamotear que "Àquele que invocar um direito cabe fazer a prova dos factos constitutivos do direito alegado". Isto é, foi o A. que invocou o direito de ser indemnizado, logo era a ele que cabia fazer prova dos factos constitutivos do direito alegado. In casu, os factos constitutivos do direito alegado constavam dos quesitos 5º, 7º e 9º da douta Base Instrutória e foram julgados não provados.

Só se o A. tivesse produzido prova consistente relativamente aos quesitos 5º, 7º e 9º é que a ora R. podia e devia opor contraprova a respeito dos mesmos factos, destinada a torná-los duvidosos conforme resulta do artigo 339º do Código Civil.

A prova dos factos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito invocado também só incumbe àquele contra quem a invocação é feita caso os factos constitutivos do direito invocado estejam provados, o que não foi o caso.

Termos em que entende não ter existido qualquer violação das regras do ónus da prova, sendo de manter o decidido pelo Tribunal a quo, em conformidade.

Caso assim não se entenda, o que se admite por mera cautela de patrocínio,

Das formas de cálculo das compensações arbitradas ao(à) A. a título de trabalho prestado em dia de descanso semanal, anual e feriados obrigatórios

Admitindo a Recorrida, apenas por cautela e por hipótese, que de forma alguma se concede, a obrigação de indemnizar a Recorrente, devem ser as seguintes as fórmulas aplicáveis para aferir das compensações adicionais devidas, salvo melhor entendimento:

Trabalho alegadamente prestado em **dias de descanso semanal:**

iv. Decreto-Lei n.º 101/84/M: salário diário x0 (e não x1, porque uma parcela já foi paga);

v. Decreto-Lei n.º 24/89/M: salário diário x1 (e não x2, porque uma parcela já foi paga);

vi. Decreto-Lei n.º 32/90/M: salário diário x0 (e não x1, porque uma parcela já foi paga).

Trabalho alegadamente prestado em **dias de descanso anual:**

iv. Decreto-Lei n.º 101/84/M: salário diário x0 (e não x1, porque uma parcela já foi paga);

v. Decreto-Lei n.º 24/89/M: salário diário xl (e não x3, porque uma parcela já foi paga e a R. não impediu o(a) A. de gozar quaisquer dias de descanso);

vi. Decreto-Lei n.º 32/90/M: salário diário xl (e não x3, porque uma parcela já foi paga e a R. não impediu o(a) A. de gozar quaisquer dias de descanso).

Trabalho alegadamente prestado em **dia feriado obrigatório**:

iv. Decreto-Lei n.º 101/84/M: salário diário x0 (e não xl, porque uma parcela já foi paga);

v. Decreto-Lei n.º 24/89/M: salário diário xl (e não x2, porque uma parcela já foi paga);

vi. Decreto-Lei n.º 32/90/M: salário diário xl (e não x2 porque uma parcela já foi paga).

Caso se entenda que as fórmulas supra expostas não são adequadas para o cálculo de uma indemnização eventualmente 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.

Deve, assim, o presente recurso ser julgado improcedente,

mantendo-se a decisão recorrida,

Caso assim não se entenda, o que não se concede e admite por mera cautela de patrocínio, devem os cálculos da indemnização dota) Recorrente ser efectuados em conformidade com as fórmulas supra referidas,

Foram colhidos os vistos legais

II - FACTOS

Vêm provados os factos seguintes:

“1. O autor começou a trabalhar para a Ré STDM, a 1 de Julho de 1990 e cessou a sua relação laboral em 5 de Setembro de 1998.

2. Foi admitido como empregado de casino, recebia de dez em dez dias, da ré, duas quantias, uma fixa, e outra variável, em função do dinheiro recebido dos clientes dos casinos, dependente do espírito de generosidade destes, vulgarmente designado por gorjetas.

3. As "gorjetas" eram distribuídas pela ré segundo critério por esta fixado, a todos os trabalhadores dos casinos da ré, e não apenas aos que tinham contacto directo com os clientes nas salas de jogo.

4. O autor, entre os anos de 1990 a 1998, auferiu as seguintes quantias, pagas pela ré:

- a) 1990 - MOP. 36.499,00;
- b) 1991 - MOP. 88.421,00;

- c) 1992 - MOP. 116.554,00;
- d) 1993 - MOP. 123.416,00;
- e) 1994 - MOP. 129.326,00;
- f) 1995 - MOP. 159.950,00;
- g) 1996 - MOP. 167.938,00;
- h) 1997 - MOP. 137.476,00;
- i) 1998 - MOP. 106.894,00.

5. Foi acordado entre o autor e a ré que o autor tinha direito a receber as "gorjetas" conforme o método vigente na ré.

6. A ré pagou sempre regular e periodicamente ao autor a sua parte nas "gorjetas".

7. O autor, como empregado de casino, era expressamente proibida pela ré de guardar para si quaisquer "gorjetas" que lhe fossem entregues pelos clientes do casino.

8. As "gorjetas" sempre integraram o orçamento normal do autor, o qual sempre teve a expectativa do seu recebimento com continuidade periódica.

9. O autor prestou serviço por turnos, conforme os horários fixados pela entidade patronal.

10. A ordem e o horário dos turnos eram os seguintes:

- 1. 1° e 6° turnos, das 07h00, às 11h00 e das 03h00 até às 07h00;
- 2. 3° e 5° turnos, das 15h00 às 19h00 e das 23h00 às 03h00 (do dia seguinte);
- 3. 2° e 4° turnos, das 11h00 às 15h00 e das 19h00 às 23h00.

11. O autor podia pedir licença para ter dias de descanso sem qualquer remuneração.

12. A ré nunca pagou ao autor qualquer compensação ou acréscimo salarial.

13. Autor e ré acordaram que o autor poderia pedir os dias de descanso que pretendesse gozar e que pelos que lhe fossem concedidos não receberia qualquer importância.

14. Autor e ré acordaram que aquele só receberia remuneração pelos dias em que efectivamente trabalhasse.

15. A quantia referida em B) dos factos assentes foi de HKD\$10,00 por dia desde o início do trabalho até 30/04/1995 e de HKD\$15,00 por dia desde 01/05/1995 até ao final da relação laboral.”

III - FUNDAMENTOS

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

- **Do caso julgado**
- **ónus da prova**
- **Erro de julgamento da matéria de facto**
- **Da natureza jurídica do acordo celebrado entre recorrente e parte recorrida;**
- **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.

2. Segundo a sentença recorrida, a acção foi julgada improcedente por três razões :

- *porque por força do caso julgado, o raciocínio feito na primeira decisão não pode mais ser seguido nestes autos, de forma que não podem mais ser retiradas consequências do facto alegado pela ré que a relação laboral foi contratualmente regulada com independência em relação à lei;*

- *porque também por força do caso julgado, há a ponderar que os dias em que efectivamente se provou que o autor trabalhou e que eram dias de descanso semanal, anual e de feriado obrigatório podem ser considerados;*

- *porque nesta segunda oportunidade não se logrou provar nenhum dia de descanso legal em que o autor tivesse trabalhado, cabendo essa prova ao autor, haverá que julgar improcedente a acção.*

Não existe caso julgado na presente situação.

Para que este se verifique é necessário que se observe o mesmo pedido, as mesmas partes e a mesma causa de pedir, *mutatis mutandis*, para o caso em apreço que tenha havido uma decisão sobre o mesmo objecto a decidir e que a fundamentação usada em ambas as situações esteja coberta em ambas os casos,

tendo sido apreciada toda a fundamentação que serviu de suporte a uma e outra decisão.

Isto é, de uma forma mais simples, na primeira situação o TSI foi muito claro ao anular o julgamento, enquanto disse que o fazia porque se observava um *non liquet* sobre os dias efectivamente gozados; tendo o trabalhador gozado alguns, ainda que a pedido, não se sabia se eles coincidiam ou não com aqueles que eram devidos.

Não foi posto em crise o douto entendimento do Mmo Juiz no sentido de que o pedido nada releva; o que foi posto em crise foi a presunção que retirou dessa irrelevância para concluir que nenhum dos descansos legais foi gozado.

A preocupação do TSI foi muito linear e era de ordem matemática; havia que apurar em nome da certeza qual o número dos descansos legais efectivamente não gozados. Se o eram a pedido ou não isso realmente nada interessava.

Não há aí, pois, caso julgado.

Como não há na segunda vertente acima referida de que só são devidas as compensações pelos dias em que o autor trabalhou, devendo descansar. Isso nada tem a ver com a decisão proferida; isso tem a ver os fundamentos do pedido e resulta da lei.

Importa então ver o que se provou a esse propósito.

3. Assim se entra na análise das questões relativas ao ***ónus da prova*** e ao ***erro de julgamento da matéria de facto***.

Desde já se constata que enquanto no primeiro julgamento se provou que o “*autor gozou os dias de descanso que solicitou à ré para gozar e esta autorizou*” e daí este Tribunal ter concluído que houve alguns dias gozados, só que não se sabia quais e quantos, o que esteve na base da decisão proferida, no segundo julgamento essa matéria já não se provou.

Isto é, não se provou que o autor trabalhou em alguns dias de descanso.

E tanto bastaria para que o Mmo Juiz com base nisso viesse a absolver a Ré do pedido, sendo certo que era ao autor que incumbia a prova do facto por si alegado, integrante do pedido das referidas compensações, o que decorre linearmente do disposto no artigo 335º, n.º 1 do CC.

Compreende-se a dificuldade do Mmo Juiz em apurar o que se lhe pedia: a concretização dos dias em que o trabalhador descansou.

Mas o que já não se compreende tão facilmente é que com as mesmas provas, desta feita, nem sequer se tenha provado que o autor gozou os dias de descanso que pediu, o que é diferente de poder gozar quando pedia e lhe era concedido.

Ora esta dúvida, perante uma diferente resposta aos quesitos em causa - os respeitantes a saber se o autor trabalhou nos dias de descanso semanais,

anuais e feriados obrigatórios -, levam-nos a interrogarmo-nos sobre o acerto da matéria de facto fixada, **importando reapreciar a prova produzida**, o que não se deixa de fazer ao abrigo do artigo 629º, n. 1, al. a), do CPC.

Em termos de ónus da prova cabia ao autor provar que trabalhou nos dias de descanso legais, mas já cabe à ré, quanto ao que por si foi sustentado nos autos, provar que este era pago ao dia, só recebia quando trabalhava e só descansava quando pedia, sustentando até que a relação laboral firmada estabelecia regras próprias que derogavam as regras gerais do RJRL.

Neste balanceamento dos diferentes ónus de prova, importa assim fixar a matéria apurada e só na sua falta haverá que resolver o litígio de acordo com tais o ónus.

Claro que isto não elimina nem dispensa a prova do trabalhador de que por norma trabalhava sempre nesses dias de descanso. É aqui, então, que temos necessidade de *pôr a mão na massa*, analisar a prova que se configura como controvertida e que o recorrente suscita seja reapreciada.

E neste enquadramento, a que não é estranho todo o conhecimento público e notório do funcionamento dos casinos, plasmado, aliás, em centenas de outros casos, descendo ao que as testemunhas disseram, o seu posicionamento, ouvindo os seus depoimentos e conhecimento da situação em concreto - matéria aqui confrontada a partir dos elementos e excertos destacados

pelo recorrente - , situação, aliás, muito semelhante às delas próprias testemunhas, somos a concluir que o autor não gozou os dias devidos, os dias a que legalmente tinha direito relativamente aos descansos semanais, anuais e feriados obrigatórios. Se se prova que o autor gozou tão somente os dias que pedia, isso mais não é do que a confirmação que não gozava os feriados legais, o que se confirma a partir dos apontados excertos probatórios, o que resulta dos montantes pagos anualmente ao trabalhador, o que resulta da própria estrutura organizativa do trabalho por turnos, em suma, o que resulta da própria posição da ré que sustenta nos autos um regime próprio contratualizado e que se não compaginava com a estrita observância das regras laborais que não são supletivas mas impositivas.

E perante um *non liquet* sobre o número de dias e quais os dias efectivamente gozados, se gozados, aí, a regra do ónus da prova jogará contra a ré no sentido de demonstrar que esses dias coincidiam com os descansos legais.

Percebe-se a preocupação do Mmo Juiz na busca da justiça absoluta, na justiça do caso concreto, mas uma posição excessivamente formal e rigorista pode negar a justiça que se almeja, devendo o julgador elevar-se por vezes acima do texto e apreender do contexto a realidade que tem de julgar.

Sem pretender padronizar ou formatar o julgador, com todo o respeito pelo *munus* do Juiz, este Tribunal não deixou de ser sensível, no caminho percorrido e que conduziu à reapreciação com alteração da matéria de facto,

situação pouco comum, à ponderação prosseguida por todos os restantes juízes quanto a tal julgamento de facto.

Donde sermos, tudo visto, re-analisando criticamente as provas produzidas nos excertos que vêm destacados, tal como acima referido, a concluir que **o autor não gozou os dias de descanso referentes ao descansos semanais, anuais e feriados obrigatórios.**

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

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

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

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

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

Jurisprudência não pode depender unicamente do critério de cada julgador, devendo ser implementada pelo legislador.³

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

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.

5. 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 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

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

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.

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

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

particular.

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

O carácter de liberalidade e eventualidade das gorjetas é contrariado pelo facto de as mesmas, no caso dos casinos da STDm, serem por esta reunidos, contabilizados e distribuídos e não se diga que o sistema de contabilização e distribuição pela empresa representa o sistema mais justo e que mais beneficia o trabalhador não é argumento decisivo, pois que sempre se pode entender que essa prática se insere no próprio processo contratual entre as partes e que por isso mesmo o trabalhador espera com uma forte probabilidade vir a auferir uma massa de rendimentos, só por via dela anuindo à celebração daquele contrato de trabalho.

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

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

executaram esses serviço ou trabalho.⁴

Não obstante o princípio da autonomia privada, há que ter em conta, principalmente no que respeita à liberdade de estipulação do conteúdo, determinadas normas que não podem ser afastadas pela vontade das partes, as quais limitam a liberdade contratual, impondo, pelo menos, um conteúdo mínimo imperativo.

As *gorjetas* dos trabalhadores da STDM, na sua última *ratio* devem ainda ser vistas como "*rendimentos do trabalho*", sendo devidos em função, por causa e por ocasião da prestação de trabalho, ainda que não originariamente como corresponsabilidade 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.

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

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.⁵

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

7. 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

⁵ - Proc. 55/2008, de 19/1/09, *between* XXX and HK XX Travel Service Limited, *in*

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

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.

8. 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.

9. 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).

10. 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 TSI⁶ (para os descansos anuais e semanais no âmbito do Decreto-Lei n.º 101/84/M e anuais no âmbito do Decreto-Lei n.º 24/89/M)

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

11. Os rendimentos do trabalhador deste processo constam da matéria acima dada como provada.

9. Trabalho prestado em dia de descanso semanal

Assim, configura-se o seguinte quadro para o **DESCANSO SEMANAL**:

Ano	número de dias vencidos e não gozados (A)	remuneração diária média em MOP (B)	Quantia indemnizatória (A x B x 2)
-----	--	--	--

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

1990	3	198.36	1,190.16
1991	6	242.25	2,907.00
1992	6	319.33	3,831.96
1993	6	338.13	4,057.56
1994	6	354.32	4,251.84
1995	6	438.22	5,258.64
1996	6	460.10	5,521.20
1997	6	376.55	4,518.60
1998	4,5	427.58	3,848.22
		TOTAL	35,385.18

11. Trabalho prestado em dia de descanso anual

Ano	número de dias vencidos e não gozados (A)	remuneração diária média em MOP (B)	Quantia indenizatória (A x B x 1)
1990	25	198.36	4,959
1991	52	242.25	12,597
1992	52	319.33	16,605.16
1993	52	338.13	17,582.76

1994	52	354.32	18,424.64
1995	52	438.22	22,787.44
1996	52	460.10	23,925.20
1997	52	376.55	19,580.60
1998	52	427.58	22,234.16
		TOTAL	158,695.96

10. Feriados obrigatórios

Visto o objecto do pedido e do recurso quanto aos valores da remuneração e factor de cálculo.

Ano	número de dias vencidos e não gozados (A)	remuneração diária média em MOP (B)	Quantia indemnizatória (A x B x 2)
1990	1	198.36	396.72
1991	6	242.25	2,907.00
1992	6	319.33	3,831.96
1993	6	338.13	4,057.56
1994	6	354.32	4,251.84
1995	6	438.22	5,258.64
1996	6	460.10	5,521.20

1997	6	376.55	4,518.60
1998	5	427.58	4,275.80
		TOTAL	35,019.32

11. Concluindo,

Pelas razões acima invocadas altera-se a matéria de facto em conformidade com o que acima ficou explicitado;

Em consequência condena-se a Ré a pagar ao autor as compensações pelos descansos não gozados, considerando a gorjeta como integrante do seu salário, de acordo com os cálculos encontrados nos mapas supra.

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 **procedente o recurso da sentença recorrida**, interposto pelo autor A e, revogando o que foi decidido na sentença proferida em 1ª Instância, condena-se a ré STDM a pagar ao autor as quantias calculadas de acordo com os mapas acima referidos..

Custas do recurso pela Ré, a empregadora, aqui recorrida.

Macau, 10 de Novembro de 2011,

(Relator)

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)

(Primeiro Juiz-Adjunto)

Ho Wai Neng

(Segundo Juiz-Adjunto)

José Cândido de Pinho