

Processo n.º 215/2011

(Recurso civil e laboral)

Data: 12/Janeiro/2012

RECORRENTES : - A
- S.T.D.M.

RECORRIDOS : - Os mesmos

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

I – RELATÓRIO

A melhor identificado nos autos, patrocinado por advogada, veio interpor contra **Sociedade de Turismo e Diversões de Macau, S.A.R.L.** (澳門旅遊娛樂有限公司), também melhor identificada nos autos, acção de processo comum de trabalho, formulando o pedido de condenação da Ré, a pagar-lhe, a título de créditos laborais a quantia de **MOP\$339.897,00**, acrescida dos respectivos juros, desde a citação até integral e efectivo pagamento.

Julgada a causa, foi proferida douta sentença, condenando-se a Ré a pagar ao A., o montante de **MOP\$177.489,12 referentes aos dias de descanso semanal, anual e feriados obrigatórios**, acrescido de juros de mora à taxa legal desde o trânsito em julgado da decisão.

Dessa decisão vem recorrer a **STDM, Sociedade de Turismo e Diversões de Macau, S.A.R.L.**, R. alegando, em síntese, erro na subsunção da

matéria de facto, que as gorjetas não devem integrar o salário do trabalhador, pugnando ainda pela aceitação da liberdade contratual na relação existente e pela aplicação de outras fórmulas de cálculo e de descontos do que entende ter sido pago.

O A., parte trabalhadora, recorre também pugnando pela aplicação de diferentes fórmulas no que respeita às compensações dos dias de feriado obrigatório.

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 obtidos através de auto-confirmação e de prova documental (factos provados):

A ré teve por objecto até 31 de Março de 2002 a exploração de jogos de fortuna ou azar em casino e mantendo-se o objecto da industria hoteleira, de turismo, transportes aéreos, marítimos e terrestres, construção civil, operações em títulos públicos e acções nacionais e estrangeiros, comércios de importação e exportação. (A)

A R. foi, até 31 de Março de 2002, a única concessionária de jogos de fortuna ou azar em Macau, designadamente a proprietária e, ou, operadora de todos os casinos aqui existentes. (B)

A 1 de Abril de 1966, o A. iniciou a sua relação contratual com a R., sob a direcção efectiva e fiscalização por parte desta. (C)

A sua função foi inicialmente a de Assistente de Clientes da R., e a partir de 1969 passou a exercer as funções de croupier. (D)

A relação contratual entre A. e R. cessou no dia 31 de Dezembro de 1993. (E)

O horário de trabalho do A. foi sempre fixado pela R., em função das suas necessidades, por turnos diários, em ciclos de três dias, num total de 8 horas, alteradas de 4 em 4 horas, existindo o período de descanso de 8 horas diárias durante dois dias e um período de 16 horas de descanso no terceiro dia. (F)

O A. recebia de dez em dez dias da R., desde o início da relação contratual, até à data da sua cessação, duas quantias, uma fixa, no valor de MOP\$ 4,10 diária desde o início da relação contratual até 30 de Junho de 1989, de HKD\$ 10,00 diária a partir de 1 de Julho de 1989 até ao fim da relação contratual com a Ré, e ainda outra parte variável, em função do dinheiro recebido dos clientes de casinos vulgarmente designado por gorjetas. (G)

As gorjetas oferecidas a cada um dos trabalhadores da R. pelos seus clientes eram reunidas, contabilizadas diariamente pelos seguintes indivíduos: um funcionário do Departamento de Inspeção de Jogos de Fortuna ou Azar, um membro do departamento de tesouraria da R., um “floor manager” (gerente do andar) e trabalhadores das mesas de jogo da R., e depois distribuídas, de dez em dez dias, por todos os trabalhadores dos casinos da R.. (H)

Tais gorjetas eram distribuídas por todos os trabalhadores da R. e não apenas pelos que tinham contacto directo com os clientes nas salas de jogo e nessa distribuição interna das gorjetas, os trabalhadores recebiam quantitativo diferente consoante a respectiva categoria, tempo de serviços e departamento em que trabalhavam. (I)

Factos provados através da audiência:

As gorjetas oferecidas a cada um dos trabalhadores da R. pelos seus clientes eram reunidas, contabilizadas diariamente pelos seguintes indivíduos: um funcionário do Departamento de Inspeção de Jogos de Fortuna ou Azar, um membro do departamento de tesouraria da R., um “floor manager” (gerente do andar) e trabalhadores das mesas de jogo da R., e depois distribuídas, de dez em (sic.) dias, por todos os trabalhadores dos casinos da R.. (3º)

Tais gorjetas eram distribuídas por todos os trabalhadores da R. e não apenas pelos que tinham contacto directo com os clientes nas salas de jogo e nessa distribuição interna das gorjetas, os trabalhadores recebiam quantitativo diferente consoante a respectiva categoria, tempo de serviços e departamento em que trabalhavam. (4º)

Desde o início da relação contratual até a sua cessação, nunca o A. gozou seis dias de descanso por cada ano de serviço prestado, nem lhe pagou o serviço prestado pela A. (sic.) no mesmo período. (6º)

Durante a vigência da relação contratual, nunca o A. gozou seis dias de descanso correspondentes aos feriados obrigatórios, quer remunerados quer não remunerados, nem lhe pagou o serviço prestado pelo A. nesses mesmos dias. (7º)

Durante o período em que prestava serviço à R., ao A. auferiu os seguintes rendimentos: (8º)

- a) No ano de 1989: MOP\$ 52.426,00;
- b) No ano de 1990: MOP\$ 58.133,00;
- c) No ano de 1991: MOP\$ 61.508,00;
- d) No ano de 1992: MOP\$ 70.691,00;
- e) No ano de 1993: MOP\$ 78.204,00;
- f) No ano de 1994: MOP\$ 84.963,00;
- g) No ano de 1995: MOP\$ 94.609,00;
- h) No ano de 1996: MOP\$ 101.660,00;
- i) No ano de 1997: MOP\$ 104.022,00;
- j) No ano de 1998: MOP\$ 117.949,00;
- j) No ano de 1999: MOP\$ 42.630,00;

Antes da entrada do aqui 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 serviço, mas não abrangem as motoristas. (9º)

E tal fora-lhe expressamente esclarecida aquando da sua contratação. (10º)

O A. quando foi trabalhar para a R., foi informada (sic.) que todos os dias de descansos da A. (sic.) não correspondia qualquer remuneração. (11º)

O A. era livre de pedir o gozo de dias de descanso sempre que assim o entendesse, desde que tal gozo de dias não pusesse em causa o funcionamento da empresa da R.. (12º)

Aquando da contratação do 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. (13º)

O horário do A. foi fixado por R. em turnos diários, no 1º dia – o turno das 9h00 a 17h00; 2º dia – turno das 17h00 até 1h00 do dia seguinte; retomava o horário do turno do 1º dia. (14º)

Aliás, o A. não tinha direito de auferir as gratificações dos clientes da R. distribuídas aos trabalhadores dos casinos desta. (16.º)

O A. enquanto motorista da STDM, funções que desempenhou, só desde de ano 1980 até ao fim da sua relação contratual com a R., tinha direito a gozar 2 dias de descanso remunerado por cada mês, no total, 24 dias por cada ano. (18º)

O A. trabalhou para a R. entre 1 de Outubro de 1969 e 1 de Abril de 1999. (20º)

III - FUNDAMENTOS

1. O objecto dos presentes 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.

Vista a natureza das questões **serão tratadas unitariamente.**

As diferentes questões foram abordadas em vários e abundantes arestos dos Tribunais de Macau, referindo-se que em praticamente todos eles se

conseguiu uma unanimidade de entendimento, tanto na 1ª Instância, como neste Tribunal de Segunda instância.¹

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

Perante tais decisões daquele Alto Tribunal, essa questão, bem como as outras que se colocavam, foram já tratadas devidamente numa série de acórdãos deste Tribunal de Segunda Instância e nesta secção em particular, aí se explicando, com o devido respeito, as razões do não acatamento da interpretação do TUI, cientes de que a responsabilidade pela uniformização da Jurisprudência não pode depender unicamente do critério de cada julgador, devendo ser implementada pelo legislador.³

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

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.

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

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

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 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.⁴

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

As *gorjetas* dos trabalhadores da STDM, na sua última *ratio* devem ainda ser vistas como "*rendimentos do trabalho*", sendo devidos em função, por causa e por ocasião da prestação de trabalho, ainda que não originariamente como correspectividade dessa mesma prestação de trabalho, mas que o passam a ser a partir do momento em que pela prática habitual, montantes e forma de distribuição, com eles o trabalhador passa a contar, estando nós seguros de que sem essa componente o trabalhador não se sujeitaria a trabalhar com um salário

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

que na sua base é um salário de miséria.

Não se deixam de encontrar no Direito Comparado situações em que a gorjeta integra o valor da remuneração, assim acontecendo no Brasil, compreendendo-se na remuneração do empregado, para todos os efeitos legais, além do salário devido e pago directamente pelo empregador, como contraprestação do serviço, as gorjetas que receber e considerando-se gorjeta não só a importância espontaneamente dada pelo cliente ao empregado, como também aquela que for cobrada pela empresa ao cliente, como adicional nas contas, a qualquer título, e destinada à distribuição aos empregados.

Salvaguardando a diferença de sistemas, assim acontece igualmente nos EUA.

Assim acontece em Hong Kong, onde 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 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

⁵ - Proc. 55/2008, de 19/1/09, *between* Lam Pik Shan and HK Wing On Travel Service Limited, *in* <http://www.hklii.org/hk>

feriados obrigatórios;

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

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

Para que haja erro manifesto na apreciação da prova tem de resultar da alegação da parte recorrente e dos elementos dos autos a probabilidade de existência de erro de julgamento, o que decorre da *indicação não só dos pontos considerados incorrectamente julgados*, como da indicação dos *concretos meios probatórios que impunham uma decisão diversa* (cfr. artigo 599º, n.º 1, a) e b) e 629º do CPC).

No que ao ónus da prova respeita só importaria apreciar a questão em caso de falta de prova dos factos alegados pela parte a quem cabia o ónus de provar os factos integrantes do seu direito (cfr. o n.º 1 do art. 335º do CC), de forma a daí retirar as devidas consequências.

5. Da liberdade contratual.

Ao interpretar e aplicar qualquer legislação juslaboralística em sede do processo de realização do Direito, temos que atender necessariamente ao “princípio do *favor laboratoris*”, princípio que para além de “orientar” o legislador na feitura das normas juslaborais (sendo exemplo paradigmático disto

o próprio disposto no art.º 5.º, n.º 1, e no art.º 6.º do Decreto-Lei n.º 24/89/M, de 3 de Abril), deve ser tido pelo menos também como farol de interpretação da lei laboral, sob o qual o intérprete-aplicador do direito deve escolher, na dúvida, o sentido ou a solução que mais favorável se mostre aos trabalhadores no caso considerado, em virtude do objectivo de protecção do trabalhador que o Direito do Trabalho visa prosseguir.

Do que acima fica exposto decorre que se A. e Ré podiam acordar nos montantes da retribuição (e o problema que se põe nessa sede não é já o do primado da liberdade contratual mas sim o da determinação da vontade das partes quanto à integração dessa retribuição) já o mesmo não acontece quanto ao gozo dos dias de descanso, férias e feriados e sua remuneração.

6. Da errada interpretação e aplicação do n.º 4, do art. 26º do RJRT - da violação do n.º 2 do art. 564º do CPC

E ainda da configuração do salário como mensal.

As características e natureza do trabalho, tal como vem provado, harmonizam-se mais com o considerar que se tratava de um salário mensal, estando a remuneração não já dependente do resultado de trabalho efectivamente produzido, nem, tão-pouco, do período de trabalho efectivamente prestado.

Da redacção do n.º 4 do artigo 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 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	Feritados Obrigatórios
DL101/84/M	x1⁷	x1	x1⁸
DL24/89/M	x2	x1⁹	x3

8. Os rendimentos da Autora deste processo constam do mapa abaixo discriminado:

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

⁷ - Na Jurisprudência uniforme deste TSI até 31/3/11 não havia compensação no âmbito do DL101/84/M, de 25 de Agosto

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 a fórmula era **x2**

	Ano	Salário Médio Diário
1	1989	145.63
2	1990	161.48
3	1991	170.86
4	1992	196.36
5	1993	217.23
6	1994	236.01
7	1995	262.80
8	1996	282.39
9	1997	288.95
10	1998	327.64
11	1999	118.42

9. Trabalho prestado em dia de descanso semanal

Em sede do descanso semanal nada a alterar, vista a correcção da fórmula utilizada.

10. Descanso anual

Em sede do descanso anual também nada a alterar, visto o objecto do recurso, não obstante a incorrecção da fórmula utilizada.

11. Feriados obrigatórios

Como na sentença recorrida se entrou com o factor **x2** o valor encontrado situa-se necessariamente abaixo do devido (conforme acima referido, a fórmula decidida neste Tribunal tem sido **x3**).

Assim, havendo recurso do trabalhador nessa parte, tal valor deverá ser alterado em conformidade com a fórmula **x3**, condenando-se a Ré a pagar ao A. a quantia de MOP 40.444,89 e não MOP 26.963,26, como se verifica na sentença recorrida.

12. **Concluindo,**

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

No que respeita aos feriados obrigatórios importa considerar o factor compensatório **x3** e, assim, condenar a Ré no pagamento da quantia de **MOP 40.444,89.**

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 da sentença proferida a final**, interposto pela STDM e procedente o recurso do trabalhador, condenando a Ré STDM a pagar ao A. o montante compensatório de **MOP 40.444,89, título de feriados obrigatórios, revogando**

nessa parte o decidido e mantendo, no mais, a decisão da sentença recorrida.

Custas dos recursos pela Ré, recorrente e recorrida.

Macau, 12 de Janeiro de 2012,

João Augusto Gonçalves Gil de Oliveira

(Relator) (vencido apenas quanto às fórmulas adoptadas 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

(Primeiro Juiz-Adjunto)

José Cândido de Pinho

(Segundo Juiz-Adjunto)