

Processo n.º 386/2011

(Recurso civil e laboral)

Data: 19/Janeiro/2012

Recorrentes:

Recurso Final

- A

Recursos Subordinado

- S.T.D.M.

RECORRIDAS :

- As mesmas

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

I - RELATÓRIO

A, melhor identificada nos autos, patrocinada 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 Hotel Lisboa, 9º andar, acção de processo comum de trabalho, pedindo a condenação da Ré, a título de créditos laborais a pagar- lhe a quantia de **MOP\$584,537,00** acrescida dos respectivos juros a contar desde a notificação da ré para a tentativa de conciliação.

Julgada a causa, foi decidido absolver, porquanto a quantia de

MOP\$21.660,90 que lhe seria devida mostra-se já paga.

Da **decisão final vem recorrer a parte A.** alegando basicamente que as gorjetas devem integrar o salário do trabalhador.

A **STDM, Sociedade de Turismo e Diversões de Macau, S.A.R.L.** defende, no essencial, a manutenção do decidido, pronunciando-se pela correcção das fórmulas de cálculo, mas sem que delas tenha recorrido.

Esta sociedade, ré nos autos, **recorre ainda subordinadamente,** pedindo a nulidade da sentença, fundamentalmente, por considerar que há uma contradição insanável na sentença, já que, por um lado se considerou que a trabalhadora nunca gozou os dias de descanso e feriado e não se terá provado que nenhum montante lhe foi pago a esse título para compensação desse trabalho prestado, vista a resposta conjunta dos quesitos 1º a 5º.

Oportunamente, foram colhidos os vistos legais.

II - FACTOS

Vêm provados os factos seguintes:

A relação contratual entre a Autora e a Ré prolongou-se desde 1.07.1992 e 01.07.2002. (*al. A dos Factos Assentes*)

A Autora foi admitida como empregada de casino. (*al. B dos Factos Assentes*)

A Ré entregava à Autora um montante composto por várias prestações, a título fixo e variável.

(al. C dos Factos Assentes)

A entrega destas prestações foi sempre regular e periodicamente cumprida pela Ré . *(al. D dos Factos Assentes)*

O horário de trabalho da Autora foi sempre fixado pela Ré, prestando serviço por turnos. *(al. E dos Factos Assentes)*

O montante entregue pela Ré à Autora a título fixo foi de HKD\$10.00 por dia desde o início da relação contratual e até 30 de Abril de 1995 ; e desde Maio de 1995 até ao fim da relação contratual de HKD\$ 15,00. *(al. F dos Factos Assentes)*

As gorjetas dadas a cada um dos trabalhadores pelos clientes da Ré eram diariamente reunidas, contabilizadas e, em cada dez dias, distribuídas pela Ré por todos os trabalhadores dos casinos que a Ré explorou. *(al. G dos Factos Assentes)*

Todos os dias de descanso que a Autora poderia usufruir ao longo da sua relação contratual com a Ré não eram remunerados. *(al. H dos Factos Assentes)*

No dia 08 de Julho de 2003, a Autora declarou ter recebido a quantia de MOP\$22.471,22, a título de pagamento da compensação relativa aos direitos a descansos semanais, anuais, feriados obrigatórios e rescisão por acordo do contrato de trabalho, conforme documento a fls. 75 dos autos, cujo teor se dá por reproduzido. **(al. I dos Factos Assentes)**

A Autora recebeu a quantia de MOP\$11.235,61, no âmbito da queixa apresentada junto da então DSTE, a título de compensação referente a descansos semanais, anuais e feriados obrigatórios, conforme documentos a fls. 157 a 159 dos autos, cujo teor se dá por reproduzido. *(al. J dos Factos*

Assentes)

Durante a relação contratual entre a Autora e a Ré aquela nunca gozou de dias de descanso semanal, anual e feriados obrigatórios. *(arts. 1^o a 5^o da Base Instrutória)*

Entre os anos de 1992 e 2002, a Autora auferiu, ao serviço da Ré, as quantias anuais constantes da certidão fiscal de fls. 16, cujo teor se dá por reproduzido. *(arts. 6^o a 16^o da Base Instrutória)*

Segundo o sistema vigente na empresa Ré, quaisquer dias de descanso que a Autora pudesse vir a gozar durante a relação contratual não seriam remunerados. *(art. 18^o da Base Instrutória)*

A Autora poderia pedir dias de descanso, não remunerados, ficando o seu pedido dependente de autorização da Ré e por forma a não por em causa o funcionamento da empresa. *(art. 19^o da Base Instrutória)*

Aquando da celebração do contrato com a Autora, a Ré informou esta que ela partilharia eventualmente de uma determinada quantia, incerta, variável, a título de gorjetas recebidas pelos clientes dos casinos. *(art. 21^o da Base Instrutória)*

As gorjetas dadas pelos clientes da Ré eram contabilizadas, guardadas e administradas por uma comissão paritária, composta por um funcionário do Departamento de Inspeção de Jogos/Membro do Governo, um membro do departamento da Tesouraria da Ré, um gerente de andar e um ou mais trabalhadores/croupiers das mesas de jogo. *(art. 20^o da Base Instrutória)*

A Autora recebeu a quantia de MOP\$22.471,22 descrita na declaração referida em I) dos factos assentes. *(art. 24^o da Base Instrutória.)*

III - FUNDAMENTOS

1. As questões que são colocadas no recurso principal estão interrelacionadas pelo que a sua análise será feita conjuntamente.

Isto é, só fará sentido analisar a questão do recurso principal relativa à inclusão das gorjetas no salário da trabalhadora se se entender que há condições para proceder ao respectivo cálculo e não se tiver a sentença por nula, tal como a ré vem suscitar.

E sobre esta questão não lhe assiste razão.

A ré pede a nulidade da sentença, fundamentalmente, por considerar que há uma contradição insanável na sentença, já que, por um lado se considerou que a trabalhadora nunca gozou os dias de descanso e feriado e não se terá provado que nenhum montante lhe foi pago a esse título para compensação desse trabalho prestado, vista a resposta conjunta dos quesitos 1º a 5º.

Ora, independentemente do ónus da prova que caberia à entidade patronal no sentido de contrapor a um não pagamento reclamado pelo trabalhador no sentido de que satisfez as suas obrigações, ou pelo menos a uma repartição ponderada desse ónus, vista a dificuldade da comprovação do facto negativo alegado pelo trabalhador, o certo é que vem comprovado, tal não deixa de resultar da matéria assente, que o patrão só pagava os dias que o empregado

trabalhasse e esse pagamento era em singelo, tal como resulta da matéria especificada. A própria ré não deixa de assumir esta posição, facto corroborado pela documentação junta aos autos.

Ora, daqui resulta, como está bem de ver, que, provando-se que a trabalhadora nunca escansou nesses dias, tendo recebido apenas a quantia de **MOP22.471,22**, a título de compensação, tendo sido já decidido com trânsito em julgado que esse montante recebido não correspondeu a uma quitação remissiva da dívida da entidade patronal, mantém-se em aberto o apuramento das compensações que se evidenciam como devidas.

Assim se passa à análise das questões colocadas no recurso principal.

2. O objecto do presente recurso passa implicitamente 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.

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.

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

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.

3. 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.

4. 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

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

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 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 douta doutrina citada pelo TUI, não se deixa de assinalar, como acima se referiu, que a realidade fáctica diverge em ambos os ordenamentos e num ponto que se nos afigura essencial, qual seja o de em Portugal o rendimento mínimo estar

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>

garantido por lei.

5. 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 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.

6. 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.

7. 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).

8. 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 .

Donde resultam aos fórmulas seguintes que aqui se entendem ser as correctas:

No âmbito do	Descansos semanais	Descansos anuais	Feriados Obrigatórios
DL101/84/M	x1⁶	x1	x1⁷
DL24/89/M	x2	x1⁸	x3

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

⁶ - Na Jurisprudência uniforme deste TSI até 31/3/11 não havia compensação no âmbito do DL101/84/M, de 25 de Agosto

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 a fórmula era **x2**

	Ano	Salário Médio Diário
1	1992	263
2	1993	224
3	1994	361
4	1995	422
5	1996	468
6	1997	468
7	1998	472
8	1999	434
9	2000	461
10	2001	488
11	2002	540

10. Trabalho prestado em dia de descanso semanal

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

(sob a alçada do Decreto-Lei n.º 24/89/M):

Ano	número de dias vencidos e não gozados (A)	remuneração diária média em MOP (B)	Quantia indemnizatória (A x B x 2)
1992	26	263	13,676
1993	52	224	23,296
1994	52	361	37,544
1995	52	422	43,888
1996	52	468	48,672
1997	52	468	48,672
1998	52	472	49,088
1999	52	434	45,136
2000	52	461	47,944
2001	52	488	50,752
2002	26	540	28,080
		Total das quantias →	436,748

11. Descanso anual

Ano	número de dias vencidos e não gozados (A)	remuneração diária média em MOP (B)	Quantia indenizatória (A x B x 1)
1992	3	263	789
1993	6	224	1,344
1994	6	361	2,166
1995	6	422	2,532
1996	6	468	2,808
1997	6	468	2,808
1998	6	472	2,832
1999	6	434	2,604
2000	6	461	2,766
2001	6	488	2,928
2002	9	540	4,860
Total das quantias →			28,437

12. Feriados obrigatórios

Ano	número de dias vencidos e não gozados (A)	remuneração diária média em MOP (B)	Quantia indenizatória (A x B x 3)
1992	1	263	789
1993	6	224	4,032
1994	6	361	6,498
1995	6	422	7,596
1996	6	468	8,424
1997	6	468	8,424
1998	6	472	8,496
1999	6	434	7,812
2000	6	461	8,298
2001	6	488	8,784
2002	5	540	8,100
		Total das quantias →	77,253

13. Concluindo,

Os valores encontrados para a compensação dos descansos semanais, anuais e feriados obrigatórios alteram-se em conformidade com os mapas supra, mais se concluindo pela existência dos apontados vícios de facto e de direito nos apontados termos.

Ao montante global deve ser subtraído o montante já pago de MOP **MOP22.471,22.**

Tudo visto e ponderado, resta decidir,

IV - DECISÃO

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

- em julgar procedente o recurso da decisão final e, assim, em condenar a Ré STDM a pagar à A. a quantia apurada em conformidade com os mapas supra, ou seja, quantias essas pagas a título de compensação pelos descansos semanais, anuais e feriados obrigatórios, dela se subtraindo MOP22.471,22, **o que se computa numa condenação global de MOP\$519.966,78 (quinhentos e dezanove mil novecentos e sessenta e seis mil patacas e setenta e oito centavos)**, assim revogando o decidido;

- em condenar no pagamento dos juros de mora, a contar a partir do momento desta decisão, vista a alteração verificada em relação à liquidação feita em 1ª Instância.

- em julgar improcedente o recurso subordinado.

Custas dos recursos pela ré e na 1ª Instância na proporção dos decaimentos.

Macau, 19 de Janeiro de 2012,

João Augusto Gonçalves Gil de Oliveira

(Relator) (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
(Primeiro Juiz-Adjunto)

José Cândido de Pinho
(Segundo Juiz-Adjunto)