Processo n.º 522/2011

(Recurso Laboral)

Data: 22/Março/2012

RECORRENTE : - A (XXX)

RECORRIDA : - S.T.D.M.

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

I - RELATÓRIO

A, patrocinado, primeiro pelo MP e, depois, por advogado, melhor identificado nos autos, propôs contra a Ré, "**Sociedade de Turismo e Diversões de Macau (STDM)**", com sede na Avenida do Hotel Lisboa, 9º andar, Macau, acção para efectivação do direito ao pagamento da compensação pelo dias de descanso semanal anual e feriados obrigatórios, por si não gozados, pedindo a condenação da Ré no pagamento da quantia *MOP\$193.158,92* e ainda no pagamento de juros vencidos e vincendos desde a cessação da relação laboral.

Veio esta, a final, a ser condenada a pagar a quantia de **MOP\$3.335,00** bem como o montante de juros desde o trânsito da decisão.

Da **decisão final vem recorrer a parte A.**, o trabalhador, alegando

basicamente que as gorjetas devem integrar o salário do trabalhador e defendendo a aplicação de outras fórmulas de cálculo para as diferentes compensações dos descansos não gozados.

A STDM, Sociedade de Turismo e Diversões de Macau, S.A.R.L. defende, no essencial, a bondade do decidido.

Oportunamente, foram colhidos os vistos legais.

II - Factos

Vêm provados os factos seguintes:

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

O A. começou a trabalhar para a R. em 11 de Outubro de 1992. (A)

O A. foi admitido como croupier de casino (庄荷), recebendo de dez em dez dias da entidade patronal, como contrapartida da sua actividade laboral, desde o início da relação contratual até a data da sua cessação, duas quantias, uma fixa, e ainda outra parte variável, em função do dinheiro recebido dos clientes de casino vulgarmente designado por gorjetas. (B)

As gorjetas eram distribuídas pela entidade patronal segundo critério por esta fixado. (C)

As gorjetas eram distribuídas por todos os empregados de casinos da R., e não apenas aos que têm “contacto directo” com clientes nas salas de jogo. (D)

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

Os empregados recebiam quantitativo diferente das gorjetas, consoante a respectiva categoria profissional, tempo de serviços e o departamento onde trabalha, fixada previamente pela entidade patronal.

(F)

As gorjetas eram provenientes do dinheiro recebido dos clientes de casinos. (G)

Dependentes, pois, do espírito de generosidade desses mesmos clientes. (H)

Pelo que o rendimento da A. tinha uma componente quantitativamente incerta. (I)

O A. como empregado de casino (压荷), foi expressamente avisada pela R. que era proibido de guardar com quaisquer gorjetas entregues pelos clientes de casinos. (J)

As gorjetas oferecidas a cada um dos seus trabalhadores pelos seus clientes eram reunidas e contabilizadas diariamente pela seguinte composição de 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, e depois distribuídas, de dez em dez dias, por todos os trabalhadores dos casinos da R. (K)

O A. prestou serviços em turnos, conforme os horários fixados pela R.. (L)

A ordem e o horário dos turnos são os seguintes:

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

O A. podia pedir à R. o gozo de dias de descanso nos quais não auferia qualquer remuneração.

(N)

Durante o período em que prestava serviço à R., o A. recebeu nos anos de 1992 a 1996 (doc. n.º 2 junto com a p.i.), os seguintes rendimentos:

- a) 1992 =MOP\$ 13.110,00;

b) 1993 =MOP\$ 105.469,00;

c) 1994 =MOP\$ 131.117,00;

d) 1995 =MOP\$ 157.095,00;

e) 1996 =MOP\$ 106.373,00. (1º)

O A. cessou a relação laboral com a R. em 9 de Outubro de 1996. (2º)

Durante a vigência contratual, o A. recebeu da R., na parte fixa, no valor de MOP\$ 10,00/dia, desde o início da relação contratual até 30 de Abril de 1995; MOP\$ 15,00/dia desde 1 de Maio de 1995 até à data de cessação da relação laboral. (3º)

Esta composição do rendimento foi concretizada no contrato verbal celebrado entre o A. e a R. (8º)

Nele foi acordado que o A. tem direito a receber as gorjetas conforme o método vigente na sua entidade patronal. (9º)

E foi considerado, do ponto de vista do A., o recebimento das gorjetas era uma das suas expectativas da remuneração do próprio trabalhador. (10º)

E o tal modo de pagamento (do rendimento variável) foi sempre regular e periodicamente cumprido pela R., o que se evidencia que, de ponto de vista da R., nunca deixou de considerar, quer a parte fixa quer a parte variável da remuneração do A., como contrapartida do serviço por este prestado. (11º)

Provado antes que durante o período em que prestou serviços à R., o A. nunca gozou descansos semanais. (12º e 13º)

No entanto, a R. não pagou ao A. qualquer compensação pecuniária adicional pelo serviço prestado nesses dias. (14º)

Nem a R. lhe concedeu outro dia de descanso. (15º)

Durante a vigência da relação contratual, o A. sempre prestou serviços e nunca gozou os seus

descansos anuais. (16º e 17º)

Nem a R. pagou ao A. qualquer compensação pecuniária adicional pelo serviço prestado nesses dias. (18º)

Durante a vigência da relação contratual, o A. prestou serviços nos feriados obrigatórios de 1 de Janeiro, 3 dias do Ano Novo Chinês, 1 de Maio e 1 de Outubro dos anos 1993, 1994, 1995 e 1996. (19º)

Nem a R. lhe pagou ao A. qualquer a compensação pecuniária adicional pelo serviço prestado nesses dias. (20º)

Até ao momento, a R. ainda não procedeu ao pagamento das quantias em dívida ao A. referentes aos dias de descanso semanal, descanso anual e feriados obrigatórios não gozados. (21º)

O A. era livre de pedir o gozo de dias de descanso sempre que assim o entendesse, desde que tal gozo não pusesse em causa o funcionamento da empresa da R. (26º)

Durante o período que durou a relação laboral, o A. gozou no total de 68 dias de descanso, com o conhecimento e autorização da R.:

- No ano de 1993, o A. gozou 10 dias de descanso;
- No ano de 1994, o A gozou 22 dias de descanso;
- No ano de 1995, o A. gozou 15 dias de descanso;
- No ano de 1996, o A. gozou 21 dias de descanso. (28º)”

III - FUNDAMENTOS

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

- **Da natureza jurídica do acordo celebrado entre as partes;**

- Do **salário justo; determinação da retribuição**; as gorjetas auferidas pelos trabalhadores de casino integram ou não o seu salário?

- Do **não gozo de dias de descanso semanal, descanso anual e feriados obrigatórios**;

. **prova dos factos; prova do impedimento do gozo**;

. **liberdade contratual**; da admissibilidade de renúncia voluntária ao gozo de dias de descanso semanal, anual, feriados obrigatórios;

- **Integração da natureza do salário**; mensal ou diário;

- **Determinação dos montantes compensatórios** dos dias de trabalho prestado em dias descanso e festividades.

- **Dos juros.**

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

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

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.

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.

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

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 corresponsividade 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

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

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 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.

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

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 existência de erro de julgamento, o que decorre da *indicação não só dos pontos considerados incorrectamente julgados*, como da indicação dos *concretos meios probatórios que impunham uma decisão diversa* (cfr. artigo 599º, n.º 1, a) e b) e 629º do CPC).

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

5. Da liberdade contratual.

Ao interpretar e aplicar qualquer legislação juslaboralística em sede do

processo de realização do Direito, temos que atender necessariamente ao “princípio do *favor laboratoris*”, princípio que para além de “orientar” o legislador na feitura das normas juslaborais (sendo exemplo paradigmático disto o próprio disposto no art.º 5.º, n.º 1, e no art.º 6.º do Decreto-Lei n.º 24/89/M, de 3 de Abril), deve ser tido pelo menos também como farol de interpretação da lei laboral, sob o qual o intérprete-aplicador do direito deve escolher, na dúvida, o sentido ou a solução que mais favorável se mostre aos trabalhadores no caso considerado, em virtude do objectivo de protecção do trabalhador que o Direito do Trabalho visa prosseguir.

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

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

E ainda da configuração do salário como mensal.

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

Da redacção do n.º 4 do artigo 26º decorre uma consequência importantíssima na interpretação das normas que atribuem as compensações pelo trabalho prestado nesses dias. É que o n.º 1 do art.º 26.º do Decreto-Lei n.º 24/89/M, atentos os termos empregues na redacção da sua parte final, - *os trabalhadores que auferem um salário mensal...não podendo sofrer qualquer dedução pelo facto de não prestação de trabalho nesses períodos* (períodos de descanso semanal e anual e feriados obrigatórios) - visa tão-só proteger o trabalhador contra eventual redução do seu salário mensal por parte do seu empregador sob pretexto de não prestação de trabalho nesses períodos e, por isso, já não se destina a determinar o desconto do valor da remuneração normal na compensação/indemnização pecuniária a pagar ao trabalhador no caso de prestação de trabalho em algum desses dias.

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

7. Da lei aplicável.

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

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

Neste caso particular acompanhamos as fórmulas adoptadas na Jurisprudência quase unânime deste Tribunal, unanimidade que sofreu até ao momento apenas a excepção da compensação do trabalho prestado em dias de feriados obrigatórios e a inflexão a partir de 31/3/2011, com o processo n.º 780/2007, de 31/3/2011, deste TSI.⁶

Donde resultam as seguintes fórmulas:

No âmbito do	Descansos semanais	Descansos anuais	Feriados Obrigatórios
DL101/84/M	X1⁷	X1	X1⁸
DL24/89/M	X2	X1⁹	X3

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

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

	Ano	Salário Médio Diário
	1992	159.88
	1993	292.97
	1994	364.21
	1995	436.38
	1996	295.48

9. **Trabalho prestado em dia de descanso semanal**

Em sede do **DESCANSO SEMANAL** importa alterar os montantes, face aos valores do salário relevante apurado, alterando-se a fórmula encontrada por vir recurso interposto quanto a essa questão.

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

⁹ - Na Jurisprudência uniforme deste TSI até 31/3/11 a fórmula era **x2**

Ano	número de dias vencidos e não gozados (A)	remuneração diária média em MOP (B)	Quantia indemnizatória (A x B x 2)
1992	12	159.88	3,837.12
1993	52	292.97	30,468.88
1994	52	364.21	37,877.84
1995	52	436.38	45,383.52
1996	40	295.48	23,638.40
Total destas quantias →			141,205.76
<i>Vs o total na sentença:</i>			<i>2.455,00</i>

10. Descanso anual

Em sede de **DESCANSO ANUAL**, importa igualmente recalcular os montantes apurados, mantendo-se a fórmulas x3 para o ano de 1992 e x 1 para os restantes anos, por não impugnadas em termos de recurso.

Nesta conformidade, no âmbito do

Decreto-Lei n.º 24/89/M			
Ano	número de dias vencidos e não gozados (A)	remuneração diária média em MOP (B)	Quantia indenizatória (A x B x 3)
1992	1,5	159.88	719.46
	(A)	(B)	Quantia indenizatória (A x B x 1)
1993	6	292.97	1,757.82
1994	6	364.21	2,185.26
1995	6	436.38	2,61,8.28
1996	5	295.48	1,477.40
Total destas quantias →			8,758.22
<i>Vs o total na sentença:</i>			<i>MOP\$320,00</i>

11. Feriados obrigatórios

Importa recalcular os montantes, face ao valor do salário diário, alterando a fórmula para x 3, por impugnada.

Ano	número de dias vencidos e não gozados (A)	remuneração diária média em MOP (B)	Quantia indemnizatória (A x B x 3)
1992	0	159.88	0
1993	6	292.97	5,273.46
1994	6	364.21	6,555.78
1995	6	436.38	7,854.84
1996	6	295.48	5,318.64
		Total das quantias →	25,002.72
		<i>Vs o total na sentença:</i>	<i>MOP\$560,00</i>

12. Concluindo,

Os valores encontrados para a compensação dos descansos semanais , anuais e feriados obrigatórios alteram-se em conformidade com os valores constantes dos mapas supra;

Conclui-se assim pela existência dos apontados vícios de interpretação dos factos 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 procedente o recurso da decisão final interposto pelo trabalhador, alterando a sentença proferida e condenando a Ré a pagar ao A. os montantes em conformidade com os valores calculados nos mapas supra;
- 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 (cfr. Ac. TUI69/2010, de 2/3/11).

Custas pela parte vencida, em ambas as instâncias, na proporção dos decaimentos.

Macau, 22 de Março de 2012,

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