

Processo n.º 898/2012

(Recurso Laboral)

Data:

21/Fevereiro/2013

RECORRENTES :

Recurso Final

A

Recurso Subordinado :

STDM

RECORRIDOS :

Os Mesmos

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

I - RELATÓRIO

A, mais bem identificado nos autos, patrocinado primeiro pelo MP e depois por advogada constituída, 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 de MOP\$856.776,32 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\$17.407,65** bem como o montante de juros a contar da notificação da data da sentença.

Da **decisão final vem recorrer a parte A.**, a trabalhadora, 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 a bondade do decidido e **recorre subordinadamente** pugnando pela correcção das fórmulas aplicáveis.

Oportunamente, foram colhidos os vistos legais.

II - Factos

Vêm provados os factos seguintes:

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

De facto

1. O autor começou a trabalhar para a Ré STDM, em data anterior a 2 de Outubro de 1964 e cessou a sua relação laboral em 23 de Fevereiro de 2000.

2. Foi admitido como empregado de casino, recebia de dez em dez dias, da ré, duas quantias, uma fixa de MOP\$4.10 por dia, desde o início da relação laboral até 30/06/1989, 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 1984 a 2000, auferiu as seguintes quantias, pagas pela ré:

- a) 1984 - MOP. 120.709,00;
- b) 1985 - MOP. 130.213,00;
- c) 1986 - MOP. 119.642,00;
- d) 1987 - MOP. 137.789,00;
- e) 1988 - MOP. 147.856,00;
- f) 1989 - MOP. 165.076,00;
- g) 1990 - MOP. 183.554,00
- h) 1991 - MOP. 171.995,00;
- i) 1992 - MOP. 216.090,00;
- j) 1993 -MOP. 218.420,00;
- k) 1994 - MOP. 259.391,00;
- l) 1995 -MOP. 280.687,00;
- m) 1996 - MOP. 291.917,00;
- n) 1997 - MOP. 287.502,00;
- o) 1998 - MOP. 279.576,00;
- p) 1999 - MOP. 254.780,00;
- q) 2000 - MOP. 44.600,00.

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. 3º e 5º turnos, das 15h00 às 19h00 e das 23h00 às 03h00 (do dia seguinte);
 3. 2º e 4º 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 partir de, pelos menos, um de Setembro de 1992 até ao fim da relação laboral, o Autor, devido à sua promoção a chefe, podia gozar 30 dias de descanso remunerado por ano.
 13. O autor nunca gozou qualquer dia de descanso semanal durante o tempo em que trabalhou para a ré.
 14. A ré não lhe pagou qualquer compensação por não ter gozado tais dias de descanso.
 15. O autor prestou serviço nos feriados obrigatórios do período em que durou a sua relação laboral.
 16. Ao autor nunca foi pago qualquer acréscimo salarial pelos serviços prestados nos feriados obrigatórios.
 17. O autor nunca gozou dias de descanso anual.
 18. E não recebeu qualquer compensação salarial por não os ter gozado.
 19. 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.
 20. Autor e ré acordaram que aquele só receberia remuneração pelos dias em que efectivamente trabalhasse.
 21. A quantia referida em B) dos factos assentes foi de MOP\$10,00 por dia desde 01/07/1989 até 28/02/1992 e de MOP\$30,00 por dia, desde 01/03/1992 até ao fim da relação contratual.

III - FUNDAMENTOS

1. O objecto dos presentes recursos (principal e subordinado) passa pela análise das seguintes questões:

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

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.

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

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

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, 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 o empregado e a empregadora, em que esta, mediante uma retribuição, sob autoridade, orientações e instruções daquela, 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

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

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.

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

Assim acontece em Hong Kong, onde ainda recentemente o *Court of*

Final Appeal decidiu ratificar o entendimento do *Court of Appeal* no sentido de que as gorjetas deviam integrar o salário com argumentos próximos dos acima expendidos.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 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*

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>

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, 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 fórmulas seguintes que aqui se entendem ser as correctas:

No âmbito do	Descansos semanais	Descansos anuais	Feriados Obrigatórios
--------------	-----------------------	------------------	--------------------------

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

DL101/84/M	x1⁷	x1	x1⁸
DL24/89/M	x2	x1⁹	x3

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

	Ano	Salário Médio Diário
1	1984	335.30
2	1985	361.70
3	1986	332.34
4	1987	382.75
5	1988	410.71
6	1989	458.54
7	1990	509.87
8	1991	477.76
9	1992	600.25
10	1993	606.72
11	1994	720.53
12	1995	779.69
13	1996	810.88

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**

14	1997	798.62
15	1998	776.60
16	1999	707.72
17	2000	825.93

Importará reter que nos cálculos a efectuar só relevarão **os créditos não prescritos**, tal como definido no saneador, ou seja, os posteriores a 23/3/89.

Há, assim, que refazer os cálculos a partir dos valores integrantes do salário do trabalhador, na certeza de que o objecto principal do recurso é circunscrito pelo próprio recorrente ao conceito de salário, não se pronunciando sobre as fórmulas.

Donde terem de se alterar os factores de cálculo adoptados pelo Mmo Juiz *a quo*, na medida em que impugnadas pelo próprio recorrente e as fórmulas na medida em que impugnadas pela recorrente STDM no recurso subordinado.

9. Trabalho prestado em dia de descanso semanal

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

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

(- vista a prescrição dos créditos anteriores - a **23/3/89**, 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 1)
1989	39	458.54	17,883.06
1990	52	509.87	26,513.24
1991	52	477.76	24,843.52
1992	41	600.25	24,610.25
1993	22	606.72	13,347.84
1994	22	720.53	15,851.66
1995	22	779.69	17,153.18
1996	22	810.88	17,839.36
1997	22	798.62	17,569.64
1998	22	776.60	17,085.20
1999	22	707.72	15,569.84
2000	2	825.93	1,651.86
Total das quantias →			209,918.65

10. Descanso anual

Em sede de **DESCANSO ANUAL**, importa igualmente recalcular os montantes apurados, adoptando-se a formula **X 1, visto o recurso subordinado e a data da prescrição.**

No âmbito do

Decreto-Lei n.º n.º 24/89/M			
Ano	dias vencidos mas não gozados nesse ano (A)	valor da remuneração diária média nesse ano em MOP (B)	Quantia indemnizatória em MOP (A x B x 1)
1989	4,5	458.54	2,063.43
1990	6	509.87	3,059.22
1991	6	477.76	2,866.56
1992	6	600.25	3,601.50
1993	6	606.72	3,640.32
1994	6	720.53	4,323.18
1995	6	779.69	4,678.14
1996	6	810.88	4,865.28
1997	6	798.62	4,791.72
1998	6	776.60	4,659.60
1999	6	707.72	4,246.32

2000	1	825.93	825.93
		Total de todas as quantias →	43,621.20

11. Feriados obrigatórios

Não vem interposto recurso quanto a esta matéria, sendo o recorrente muito claro ao pedir apenas o recálculo quanto aos feriados semanais e anuais.

12. Concluindo,

Os valores encontrados para a compensação dos descansos semanais e anuais 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 parcialmente **procedentes os recursos da decisão final e subordinado**, interpostos pelo trabalhador e empregadora, 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. TUI n.º 69/2010, de 2/3/11).

Custas dos recursos e por via desta decisão, em ambas as instâncias, pelo A. e Ré, na proporção dos respectivos decaimentos.

Macau, 21 de Fevereiro de 2013,

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