

Processo n. 688/2011 (Recurso Laboral)

Relator: Cândido de Pinho

Data do acórdão: 08 de Março de 2012

Descritores:

- *Contrato de trabalho*
- *Salário*
- *Gorjetas*
- *Descanso semanal, anual, feriados obrigatórios*

SUMÁRIO:

I- A composição do salário, através de uma parte fixa e outra variável, admitida pelo DL n. 101/84/M, de 25/08 (arts. 27º, n.2 e 29º) e pelo DL n. 24/89/M, de 3/04 (arts. 25º, n.2 e 27º, n.1) permite a integração das gorjetas na segunda.

II- Ao abrigo do DL 24/89/M (art. 17º, n.1,4 e 6, al. a), tem o trabalhador direito a gozar um dia de **descanso semanal**, sem perda da correspondente remuneração (“sem prejuízo da correspondente remuneração”); mas se nele prestar serviço terá direito ao dobro da retribuição (*salário x2*).

III- Se o trabalhador prestar serviço em **feriados obrigatórios remunerados** na vigência do DL 24/89/M, além do valor do salário recebido efectivamente pela prestação, terá direito a uma indemnização equivalente a mais dois de salário (*salário médio diário x3*).

IV- Na vigência do DL 24/89/M, terá o trabalhador a auferir, durante os dias de **descanso anual**, o triplo da retribuição, mas apenas se tiver sido impedido de os gozar pela entidade patronal. À falta de prova do impedimento desse gozo de descanso, tal como sucedeu com o DL n. 101/84/M, que continha disposição igual (art. 24º, n2), também aqui, ao abrigo do art.21º, n.2 e 22º, n.2, deverá receber também um dia de salário (*salário médio diário x1*).

Proc. n° 688/2011

Acordam no Tribunal de Segunda Instância de R.A.E.M.

I- Relatório

A, com os demais sinais dos autos, representada pelo Ministério Público, moveu contra a **STDM** acção de processo comum de trabalho pedindo a condenação desta no pagamento de Mop\$137.675,75, como compensação pelos *descansos semanais, feriados obrigatórios e descansos anuais* não gozados desde o início ao termo da relação laboral entre ambos.

*

O processo prosseguiu os seus normais termos, vindo a ser proferida sentença, a qual viria a julgar parcialmente procedente o pedido e, em consequência, foi a STDM condenada a pagar à autora a indemnização de Mop\$ 125.367,02, acrescida de juros legais.

*

É dessa sentença que ora vem interposto o presente recurso jurisdicional, em cujas alegações a recorrente, STDM, formula as seguintes **conclusões**:

- A) *Resulta provado nos presentes autos que o rendimento global auferido pelo ora Recorrido durante a vigência do seu contrato de trabalho era composto por duas partes - uma quantia fixa no valor de MOP\$12,80 e uma parte variável proveniente das gorjetas dos Clientes (cfr. als. B) e C) dos factos assentes e resposta ao quesito 1º e reproduzidas na Sentença a fls. 138v e 139).*
- B) *O legislador de Macau sempre entendeu por salário a prestação, susceptível de avaliação em dinheiro, seja qual for a sua designação ou forma de cálculo, devida em função da prestação de trabalho e fixada ou por acordo entre empregador e trabalhador, ou por regulamento ou por norma convencional ou por norma legal.*

- C) *Não se verifica na legislação de Macau qualquer especificidade que possa levar o julgador a um entendimento diverso do conceito de salário daquele que é seguido pela doutrina e jurisprudência em geral.*
- D) *A retribuição caracteriza-se por quatro elementos essenciais e cumulativos, a saber:*
- (i) é uma prestação regular e periódica;*
 - (ii) realizada em dinheiro ou em espécie;*
 - (iii) a que o trabalhador tem direito por título contratual e normativo e que corresponde a um dever jurídico da entidade patronal; e*
 - (iv) como contrapartida do seu trabalho.*
- E) *As gratificações suportadas por terceiros (e não pela entidade empregadora) não constituem o salário ou a retribuição de um trabalhador porquanto não correspondem a um dever jurídico da entidade patronal perante o trabalhador, mas sim a uma prestação efectuada por um terceiro.*
- F) *As gorjetas eram (e são) gratificações dadas pelos clientes aos trabalhadores da ora Recorrente “para partilhar na alegria dos ganhos conseguidos” (cfr. refere a Sentença a fls. 143), sendo óbvio que a ora Recorrente não pode ser obrigada a substituir-se ao Cliente quando este não dá uma gorjeta ou dá uma gorjeta menor*
- G) *Aliás, um trabalhador não pode exigir judicialmente à sua entidade empregadora o pagamento de gorjetas quando esse pagamento não ocorra voluntariamente.*
- H) *“Dar gorjetas” não cabe (nem pode caber) à ora Recorrente, não se enquadrando tal prestação na relação sinalagmática típica de um contrato de trabalho e não sendo a ora Recorrente obrigada a substituir-se ao Cliente que não deu uma gorjeta ou deu uma gorjeta menor.*

- I) *Afirmar o contrário poderá levar ao extremo de, deixando os Clientes de casinos da ora Recorrente de “dar gorjetas”, os trabalhadores virem exigir desta o pagamento de uma quantia que não existia, que não tinha carácter de obrigatoriedade, que a ora Recorrente não tinha recebido por qualquer forma ou meio e da qual não podia, mesmo que quisesse, dispor.*
- J) *O pagamento de gorjetas não tem carácter de obrigatoriedade.*
- K) *É, aliás, pacífico que as gorjetas dadas por terceiros aos trabalhadores não constituem retribuição ou salário - mesmo as auferidas por empregados de casino - porquanto não correspondem a uma prestação do empregador, mas sim de um terceiro, e não são juridicamente obrigatórias, tendo uma natureza eventual.*
- L) *Estando em causa nos autos gorjetas comprovadamente oferecidas por terceiros, dependendo o seu recebimento do animus donandi desses terceiros, aos quais a ora Recorrente é alheia e que são estranhos à relação jurídico-laboral estabelecida entre A. e R., só se pode entender que tais quantias não constituem salário.*
- M) *Não se provou nestes autos que os montantes entregues pelos Clientes dos casinos a título de gorjetas ingressavam no património da ora Recorrente ou que esta retirava para si parte das gorjetas.*
- N) *Resultou provado nos autos que a intervenção que a ora Recorrente tinha relativamente às gorjetas percebidas se resumia a reunir, contabilizar e distribuir o respectivo valor pelos trabalhadores, sendo que “não havia liberdade por parte da Ré em decidir pela não distribuição das mesmas pelos seus trabalhadores” (cfr. Sentença a fls. 142).*
- O) *A ora Recorrente nada mais era do que uma mera intermediária, que se limitava a gerir o dinheiro das gorjetas e a criar as linhas orientadoras para a sua distribuição pelos trabalhadores.*
- P) *O simples facto de haver um processo de distribuição das gorjetas definido pela ora Recorrente - quando não existe um procedimento*

definido por lei - não pode implicar a descaracterização das gorjetas enquanto tal.

- Q) Vinga, pois, a posição 'defendida pelo Tribunal de Última Instância da RAEM que determina que “ (...) de acordo com o bom direito, as gorjetas recebidas pelos empregados de casino, em Macau, não fazem parte do salário (...) ”.*
- R) Conforme escreve Monteiro Fernandes, há “ (...) que distinguir entre as unidades de cálculo da retribuição e os seus períodos de pagamento, (o salário pode ser determinado com base no dia ou na semana, mas pago somente ao final de cada mês). (...) Significa isto que a retribuição pode ser estipulada com base na hora ou no dia de trabalho e, no entanto, vencer-se - ou seja, tornar-se exigível - somente de semana a semana ou de mês a mês (...) ”.*
- S) A ora Recorrente e o ora Recorrido, ao celebrarem o contrato de trabalho em causa nos autos, quiseram que a remuneração correspondesse a uma quantia diária, devida apenas por cada dia de trabalho efectivo, ainda que fosse paga com uma periodicidade diferente.*
- T) Tendo-se provado nos autos que o ora Recorrido era remunerado ao dia (cfr. al. B) da Matéria de Facto Assente e resposta ao quesito 15º da base instrutória reproduzidas a fls. 138v e 140 da Sentença), não pode concluir-se, como faz o Tribunal a quo, que o Recorrido era remunerado ao mês.*
- U) A decisão recorrida, neste aspecto, foi proferida contra os factos que o Tribunal a quo deu como provados e, em consequência, em violação do disposto no n.º 3 do art. 562.º do cód. proc. civ..*
- V) Não andou bem o Tribunal a quo ao entender ser nula a renúncia do ora Recorrido ao direito de repouso (cfr. fls. 145 da Sentença recorrida).*
- W) Nem a Lei Básica nem o cód. civ. consagram a irrenunciabilidade de qualquer direito, excepto o direito à vida.*

- X) *O RJRTCT não refere a irrenunciabilidade do gozo de dias de descanso, permitindo até ao trabalhador que, voluntariamente, abdique do gozo desses dias para neles trabalhar e o art. 69.º do cód. civ. dispõe que é válida e eficaz a limitação voluntária de direitos de personalidade se não disser respeito a interesses indisponíveis.*
- Y) *Permitindo a lei a prestação voluntária de trabalho durante os dias de descanso, é manifesto que o direito ao gozo de dias de descanso semanal, anual e feriados obrigatórios é um direito de que o trabalhador pode livremente renunciar e dispor.*
- Z) *Sendo o próprio legislador a permitir que um trabalhador não goze de dias de descanso semanal, anual e feriados obrigatórios, não se pode entender que o exercício de tal “direito de não gozo” ou “renúncia ao gozo” é contrário à ordem pública, como pretende o Tribunal a quo.*
- AA) *Não tendo o legislador voluntaria e propositadamente consagrado a irrenunciabilidade dos direitos em questão, devem os mesmos ser considerados livremente renunciáveis e, bem assim, considerada eficaz qualquer limitação voluntária dos mesmos.*
- BB) *Assim sendo, não nos cingindo apenas à letra da lei e tentando reconstruir a partir dos textos o pensamento legislativo (cfr. art. 8.º do cód. civ.), é válida a renúncia do ora Recorrido ao gozo e compensação de dias de descanso, tendo andado mal o Tribunal a quo ao entender o contrário.*
- CC) *Acresce que o ora Recorrido, ao celebrar o contrato de trabalho com a ora Recorrente, nunca renunciou ao pagamento de qualquer remuneração ou salário, mas tão só a uma eventual compensação devida pelo não gozo de dias de descanso semanal, anual e feriados obrigatórios.*
- DD) *Não constituindo a “compensação especial” pelo não gozo de dias de descanso semanal, anual e feriados obrigatórios um crédito salarial - por não constituir salário nos termos da lei - o direito ao seu eventual recebimento é passível de renúncia.*

EE) O ora Recorrido validamente renunciou à remuneração devida pelos dias de descanso gozados e, bem assim, à compensação adicional devida pelo seu não gozo.

FF) Por cautela de patrocínio e na hipótese, que apenas como tal se concebe, sem de forma alguma se conceder, de a ora Recorrente vir a ser condenada, a final, no pagamento de uma indemnização ao ora Recorrido, devem ser as seguintes as fórmulas aplicadas para aferir das eventuais compensações adicionais devidas

a) Trabalho prestado em dias de descanso semanal:

- i. Decreto-Lei n.º 101/84/M: salário diário x0 (porque uma parcela já foi paga);*
- ii. Decreto-Lei n.º 24/89/M: salário diário x1 (porque uma parcela já foi paga);*
- iii. Decreto-Lei n.º 32/90/M: salário diário x0 (porque uma parcela já foi paga).*

b) Trabalho prestado em dias de descanso anual:

- i. Decreto-Lei n.º 101/84/M: salário diário x0 (porque uma parcela já foi paga);*
- ii. Decreto-Lei n.º 24/89/M: salário diário x1 (porque uma parcela já foi paga e a R. não impediu o A. de gozar quaisquer dias de descanso);*
- iii. Decreto-Lei n.º 32/90/M: salário diário x1 (porque uma parcela já foi paga e a R. não impediu o A. de gozar quaisquer dias de descanso).*

c) Trabalho prestado em dia feriado obrigatório:

- i. Decreto-Lei n.º 101/84/M: salário diário x0 (porque uma parcela já foi paga);*

ii. Decreto-Lei n.º 24/89/M: salário diário x1 (porque uma parcela já foi paga);

iii. Decreto-Lei n.º 32/90/M: salário diário x1 (porque uma parcela já foi paga);

GG) Caso assim não se entenda, devem ser aplicadas as fórmulas adoptadas nos Acórdãos do Tribunal de Última Instância proferidos no âmbito dos Processos n.º 28/2007, 29/2007 e 58/2007, datados de 21 de Setembro de 2007, 22 de Novembro de 2007 e 27 de Fevereiro de 2008, respectivamente.

Nestes termos e nos melhores de direito aplicáveis, deve o presente recurso ser julgado procedente, por provado, revogando-se a decisão recorrida em conformidade, fazendo-se, mais uma vez, a habitual JUSTIÇA!

*

Não houve contra-alegações.

*

Cumpre decidir.

II- Os Factos

A sentença deu por assente a seguinte factualidade:

Da Matéria de Facto Assente:

- Entre o A. e a R. foi estabelecida uma relação laboral em 16 de Maio de 1990, a qual cessou em 14 de Janeiro de 1995 (*alínea A) dos factos assentes*).
- De relação referida em A) dos factos assentes, o A. recebia uma

quantia fixa no valor de MOP\$12,80 por dia, desde o início até à data de cessação *(alínea B) dos factos assentes)*.

- As gorjetas eram provenientes do dinheiro dado pelos clientes dos casinos da R. *(alínea C) dos factos assentes)*.
- Ao gozo de dias de descanso pelo A. não corresponderia qualquer remuneração *(alínea D) dos factos assentes)*.
- As gorjetas eram diariamente reunidas e contabilizadas e, de dez em dez dias, distribuídas *(alínea E) dos factos assentes)*.
- O A. prestou serviços em turnos, conforme os horários fixados pela R. de seguinte *(alínea F) dos factos assentes)*.
 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 do dia seguinte;
 3. 2º e 4º turnos: das 11H00 até 15H00, e das 19H00 até 23H00.

Da Base Instrutória:

- Dessa relação, o A. recebia ainda uma outra parte variável proveniente das gorjetas *(resposta ao quesito da 1º da base instrutória)*.
- As gorjetas são distribuídas pelos trabalhadores, consoante a respectiva categoria, tempo de serviços e o departamento em que trabalha por critério fixada previamente pela R. *(resposta ao quesito da 2º da base instrutória)*.
- Os rendimentos efectivamente recebidos pelo A. entre os anos de 1990 a 1995 eram de *(resposta ao quesito da 5º da base instrutória)*:
 - MOP\$48.523,00 em 1990;

- MOP\$80.490,00 em 1991;
 - MOP\$81.941,00 em 1992;
 - MOP\$78.119,00 em 1993;
 - MOP\$82.019,00 em 1994;
 - MOP\$3.126,00 em 1995.
-
- A contabilização do quantitativo de gorjetas entregues pelos clientes aos trabalhadores da R. era feita exclusivamente por esta *(resposta ao quesito da 6º da base instrutória)*.
 - Os trabalhadores da R. eram expressamente proibidos de guardar quaisquer gorjetas entregues pelos clientes do casinos *(resposta ao quesito da 7º da base instrutória)*.
 - Desde o início até a cessação da relação, nunca o A. descansou um período consecutivo de 24 horas em cada período de 7 dias, sem perda do respectivo rendimento *(resposta ao quesito da 8º da base instrutória)*.
 - O A. nunca gozou 6 dias por ano sem perda do respectivo rendimento *(resposta ao quesito da 9º da base instrutória)*.
 - Desde início da relação até à data da cessação, nunca o A. descansou nos dias de 1 de Janeiro, 3 dias do Ano Novo Chinês, 1 de Maio, 1 de Outubro, tendo trabalhando nesses dias *(resposta ao quesito da 10º da base instrutória)*.
 - Sem que a R. tivesse proporcionada qualquer compensação salarial ao A. *(resposta ao quesito da 11º da base instrutória)*.
 - Nem compensado com outro dia de descanso *(resposta ao quesito da 12º da base instrutória)*.
 - O A. tinha o direito de pedir licença, mas na duração da licença era sem remuneração *(resposta ao quesito da 13º da base instrutória)*.

- Os casinos explorados pela R. há de funcionar 24 horas por dia e 365 dias por ano (*resposta ao quesito da 14º da base instrutória*).
- O Autor aceitou que caso pretendesse gozar de descanso, tais dias não seriam retribuídos (*resposta ao quesito da 17º da base instrutória*).

III- O Direito

Como em outras vezes temos feito, importa começar por abordar a questão da *liberdade contratual*. Pergunta-se: é possível que as partes da relação laboral afastem o conteúdo das normas que conferem o direito ao descanso semanal, anual e feriados obrigatórios?

Toda a gente tem estado de acordo que as normas laborais sedimentam a opinião do favorecimento da parte mais fraca económica ou socialmente, que é o trabalhador. E é por isso que, quando o legislador positiva direitos em favor do trabalhador fá-lo de forma impostergável. Isto é, não se tem entendido ser permitido que, contra a vontade do legislador vertida na norma, o trabalhador acorde com o empregador um regime de trabalho que lhe retire direitos. Estamos, pois, a falar de direitos irrenunciáveis, que de alguma maneira, o art. 30º, da Lei Básica traduz ou acolhe à luz do princípio da inviolabilidade da dignidade humana. Pode o trabalhador acordar com o empregador o valor do salário, dentro de certos limites. O que não pode é prescindir de certos direitos nascidos apenas em seu exclusivo benefício. É o caso, por exemplo, do *direito ao descanso*.

Disso, aliás, nos dá conta o art. 5º, do DL n.101/84/M e 5º, do DL n.24/89/M ao estabelecer o *princípio do tratamento mais favorável*.

E não se diga que o acordo firmado entre recorrente e recorrido neste caso concreto é mais favorável ao trabalhador. Tanto no caso da natureza do contrato, no da composição do salário, como no do gozo de dias de descanso e feriados, nada do que se provou encaixa bem no princípio, antes pelo contrário.

Assim, mesmo que se tivesse provado a renúncia a tais direitos, ela seria inoperativa, porque prejudicial aos interesses do trabalhador.

Portanto, trabalhar nesses dias de descanso não pode significar uma renúncia totalmente abdicativa do correspondente direito. Pode acontecer que o trabalhador preste voluntariamente serviço nesses dias (ver art. 17º, n.5, do DL n. 101/84/M), mas para isso mesmo é que a própria lei prevê formas substitutivas compensatórias (v. art. 566º, do Cod. Civil). Ou seja, tanto é um direito forte (embora não intangível) que só pode ser quebrado num contexto favorável ao trabalhador. E isto é o que a própria lei prevê, de nada valendo a invocação dos *usos e costumes*, porque estes, pelo modo como a recorrente os desenha, não afastam minimamente as normas imperativas a que nos vimos referindo. O trabalho praticamente contínuo dos “croupiers”, devido à escassez de mão-de-obra especializada para o serviço nas bancas dos casinos de Macau, teria que ser compensado como manda a lei e nunca como o terá querido o empregador ou como, em tese geral, o admitisse o próprio trabalhador. Os usos e costumes nunca poderiam sobrelevar-se ao domínio normativo.

-

Por outro lado, cumpre dizer que o *impedimento* por parte do trabalhador em gozar aqueles dias de descanso não seria necessário à aquisição do direito a compensação. De facto, a lei não faz depender a compensação de qualquer obstáculo criado pelo empregador ao descanso do trabalhador. Pura e simplesmente abstrai dele. Por isso, não urgia a prova de que o trabalhador foi obrigado a trabalhar contra a sua vontade naqueles dias.

*

A recorrente STDM também discorda da sentença quanto à composição do salário e quanto à parte relativa aos factores multiplicativos inseridos nas fórmulas adoptadas para o apuramento dos valores indemnizatórios.

Vejamos o primeiro aspecto.

A recorrente começou a trabalhar para a recorrida como empregada do casino, recebendo como contrapartida diária uma quantia fixa, desde o início até á cessação da relação laboral. Para além disso, recebia uma quantia variável em função de gorjetas recebidas dos clientes do casino, que a recorrida reunia, contabilizava e posteriormente distribuía por todos os seus empregados. E tanto a parte fixa, como a variável, haviam sido acordadas verbalmente entre recorrente e recorrido.

Ora, tal como o TSI tem defendido, o contrato em causa é de trabalho, porque reúne todas as características próprias deste.

Socorramo-nos do aresto proferido neste *TSI de 19/03/2009, Proc. n. 690/2007*:

*“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 autora e a ré, 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”.*

Concordamos com a posição e nada mais temos a acrescentar-lhe.

No que se refere ao **valor do salário**, pergunta-se: Será que ele apenas é constituído pela parte fixa ou também englobará a parte variável em resultado das gorjetas?

Também neste ponto estamos de acordo com a posição deste TSI, no sentido de que as gorjetas não foram sendo atribuídas a título de mera liberalidade. A liberalidade, em princípio, para assim ser entendida, não deveria ter sido atribuída com carácter de regularidade. E o que está demonstrado nos autos é, precisamente, o contrário.

Depois, não eram gorjetas que o trabalhador do casino guardava para si vindas directamente do cliente apostador. Se assim fosse, poderia dizer-se que o empregador a elas era totalmente alheio, que nenhuma interferência exercia nem na sua distribuição, nem no seu quantitativo e que, portanto, apenas pagava ao seu subordinado o valor remuneratório previamente determinado. Mas não. Eram somas de dinheiro que o trabalhador recebia, sim, mas que tinha que entregar à sua entidade patronal, de quem, posteriormente, apenas recebia uma parte. Locupletamento à custa alheia seria a situação se, tendo o jogador entregue pessoalmente o dinheiro ao trabalhador, a entidade patronal dela, sem mais, se apropriasse totalmente.

Mais, haveria aí uma manifesta superioridade de parte a roçar a ilicitude se, contra a vontade do empregado, este fosse obrigado a abrir mão daquilo que o jogador voluntariamente lhe tinha dado. Nenhuma relação laboral assente numa base lícita toleraria tal atitude de ingerência na vida do trabalhador por parte do empregador se não tivesse havido entre ambos um acordo que permitisse a distribuição das gorjetas, que não haviam sido dadas a este, mas àquele. Só um modelo de distribuição pré-determinado confere licitude à acção do empregador. Mas, ao mesmo tempo que assim acontece, não podemos deixar de pensar que, afinal, a entidade empregadora tinha alguma margem de superioridade nessa relação, pois era ela quem geria o dinheiro e, posteriormente, o distribuía segundo um esquema para o qual nenhuma contribuição o trabalhador dera. Ou seja, há aqui assim uma atitude que é própria da supremacia do empregador e que revela bem que este não era um simples “guardador” ou mero “depositário” do dinheiro proveniente das gorjetas.

De resto, mal se compreenderia que qualquer trabalhador aceitasse trabalhar por tão poucas patacas diárias (a parte fixa), se não soubesse que, a elas, acresceria uma quantia bem mais razoável em resultado da distribuição da soma de todas as gorjetas recebidas por si e pelos restantes colegas do casino. Se o salário tem uma função social, que visa conferir dignidade de vida ao trabalhador e ao seu agregado familiar, e de que o empregador dos tempos modernos já não pode alhear-se, então parece que esta entrega permanente ao trabalhador de dinheiro recebido do jogador não pode deixar de ter um sentido remuneratório.

E neste quadro, todos – jogadores, trabalhadores e empregador - ficam bem. Os primeiros, porque satisfeitos, cumprem o seu desejo de generosidade e altruísmo (mas é questão que aqui não tem valor jurídico); os segundos, porque, ao cabo e ao resto, vêem devidamente compensado o resultado do seu trabalho; e o último, porque vê feliz e empenhado o seu empregado, a quem vai pagar com dinheiro que nem sequer sai do seu bolso.

E, já agora, não deixaria de ser contraditório e injusto, e por isso mal se perceberia, que a reclamada “unidade do sistema” consentisse que, para efeito de salário, a gorjeta assim distribuída ficasse de fora do conceito, enquanto para efeito tributário já passasse a ser considerada como

“rendimento do trabalho variável” (cfr. art. 2º, Lei n. 2/78/M, de 25 de Fevereiro).

Tudo isso, para concluir que a composição do salário, através de uma parte fixa e outra variável, admitida pelo DL n. 101/84/M, de 25/08 (arts. 27º, n.2 e 29º) e pelo DL n. 24/89/M, de 3/04 (arts. 25º, n.2 e 27º, n.1) permite a integração das gorjetas na segunda.

É para nós, portanto, questão ultrapassada a de que o salário integra uma parte fixa e outra variável. Problema é como calculá-lo: se ao dia, se ao mês e qual o seu valor.

Verdade que o trabalhador recebia uma quantia fixa *diária*. Verdade também que nos dias em que não trabalhava não recebia remuneração. Todavia, a ausência de remuneração nesses dias não advém de qualquer acordo prévio.

Aliás, a questão está consolidada neste TSI em termos tais que deles não somos capazes de divergir. Veja-se, por exemplo, o que foi dito no *Ac. de 14/09, no Rec. N. 407/2006*:

“...a “quota-parte” de “gorjetas” a ser distribuída ao Autor, em montante definido unilateralmente pela Ré, integra precisamente o salário mensal do Autor, pois caso contrário e vistas as coisas à luz de um homem médio colocado na situação concreta do ora Autor, ninguém estaria disposto a trabalhar por conta da Ré em tantos anos seguidos nos seus casinos em horários de trabalho por esta fixados...ou seja, em horários de turnos necessariamente árduos para qualquer pessoa humana, se tivessem de ser cumpridos continuamente em anos seguidos, sabendo entretanto, de antemão, que a prestação fixa do seu salário era de valor muito reduzido”.

E também o *Ac. de 15/07/2010, Proc. n. 928/2010*:

“...o qual o trabalhador estava obrigado a trabalhar por turnos de seguinte forma:

1º e 6º turnos: das 07h00 às 11h00, e das 03h00 às 07h00;

3º e 5º turnos: das 15h00 às 19h00, e das 23h00 às 03h00 do dia seguinte;

2º e 4º turnos: das 11h00 às 15h00, e das 19h00 às 23h00

Como se sabe, é por imposição legal e pelos termos do contrato de concessão para exploração dos jogos de fortuna e azar que os casinos têm de funcionar ininterruptamente durante 24 horas. Ora, se é compreensível e justificável a fixação dos turnos, nos termos que vimos *supra*, pela entidade patronal para fazer face à necessidade de assegurar o funcionamento contínuo legalmente imposto dos seus casinos, já custa perceber como é quê é possível os seus trabalhadores afectados aos casinos, em vez de auferirem um salário mensal, que é única forma de pagamento

conciliável com a organização dos turnos durante 24 horas para assegurar a continuidade do funcionamento dos casinos, auferirem antes um salário diário determinado em função do número de dias de trabalho em que quis trabalhar e efectivamente prestou serviço. Na verdade, basta dar uma vista de olhos aos turnos fixados e à forma como os turnos estão organizados e distribuídos durante as 24 horas, em especial o 5º turno que se inicia às 23h00 num dia e termina às 03h00 de madrugada no dia seguinte, já se apercebe da impossibilidade prática de determinar o período de trabalho diário para efeitos de cálculo do alegado salário diário”.

Assim sendo, tal como este TSI tem admitido em casos similares, é de considerar que o salário era **mensal**, para cujo apuramento médio diário entrará o valor conjunto da parte fixa e da variável, tal como feito nos autos.

Neste sentido, por recentes, vejam-se os acórdãos proferidos nos Processos n.ºs 780/2007, de 31/03/2011, 423/2008, de 23/06/2011, 924/2010, de 20/10/2011, 159/2011, de 15/12/2011, por exemplo.

Assim sendo, não merece qualquer censura a sentença recorrida neste ponto.

*

Vejamos agora o segundo aspecto.

Descanso semanal

Na vigência do DL n. 24/89/M

Vale aqui o disposto no art. 17º, n.1, 4 e 6, al. a).

Assim:

N.1: Tem o trabalhador direito a gozar um dia de descanso semanal, sem perda da correspondente remuneração (“sem prejuízo da correspondente remuneração”).

N.4: Mas, se trabalhar nesse dia, fica com direito a gozar outro dia de descanso compensatório e, ainda:

N.6: Receberá em dobro da retribuição normal o serviço que prestar em dia de descanso semanal.

Ora, como o trabalhador trabalhou o dia de descanso semanal terá direito ao *dobro* do que receberia, mesmo sem trabalhar (n.6, al. a)).

Numa 1ª perspectiva, se o empregador pagou o *devido* (pagou o dia de descanso), falta pagar o *prestado*. E como o *prestado* é pago em *dobro*, tem o empregador que pagar duas vezes a “*retribuição normal*” (o diploma não diz o que seja *retribuição normal*, mas entende-se que se refira ao valor remuneratório correspondente a cada dia de descanso, que por sua vez corresponde a um trinta avos do salário mensal).

Numa 2ª perspectiva, se se entender que o empregador pagou um dia de salário pelo *serviço prestado*, continuam em falta:

- Um dia de *salário* (por conta do dobro fixado na lei), e ainda:
- O *devido* (o valor de cada dia de descanso, que não podia ser descontado, face ao art. 26º, n.1).

Portanto, a fórmula será sempre: **AxBx2**. A recorrente STDM defende ser aplicável o factor multiplicador 1 e a sentença decidiu ser o **3**.

Assim, nesta parte a sentença tem que ser revogada.

Em consequência, e considerando o mapa de **fls. 20 vº da sentença**, que por comodidade aqui fazemos nosso, adaptando-o, porém, à fórmula de cálculo acima definida no que concerne ao factor multiplicador, o valor indemnizatório a atribuir será de **Mop\$ 106.724,00 (160.086,00:3x2)**.

*

Descanso anual

- Na vigência do DL n. 24/89/M

São seis os dias a que o trabalhador tem direito em cada ano civil e, tal como na legislação anterior, *sem perda de salário* (art.21º, n.1). Se a duração da relação for inferior a um ano, o período de descanso será proporcional segundo a regra do n.2.

No que respeita à violação do direito ao descanso anual, dispõe o art. 24º que “*O empregador que impedir o trabalhador de gozar o período de descanso anual pagará ao trabalhador, a título de indemnização, o triplo*”

da retribuição correspondente ao tempo de descanso que deixou de gozar” (bold nosso).

O *triplo*, diz a norma. Contudo, o pressuposto nela estabelecido é o de que o trabalhador tenha sido *impedido* de exercer o seu direito! Ora, este impedimento deveria ter sido provado e o facto que mais se aproximava desse desiderato era o do art. 20º da base instrutória, que mereceu resposta negativa.

Como compensar o trabalhador que prestou serviço nos dias de descanso anual sob o império deste diploma?

A nosso ver, o legislador nenhuma alteração introduziu em relação ao que havia plasmado no corpo de normas do diploma de 1984. Na verdade, em tudo são iguais os textos legais quanto a este aspecto. Por isso, se concluímos que o trabalhador tem direito a mais um dia de valor remuneratório ao abrigo do DL n. 101/84/M, não se vê motivo para, com base em preceitos precisamente iguais no DL n. 24/89/M (arts. 21º, n.1 e 22º, n. 2), se entender que neste último o legislador não ponderou a hipótese, que não previu o caso e que não lhe deu estatuição.

Claro que o art. 24º deste último preceitua uma fórmula de cálculo de compensação para as situações em que o empregador **impedir** o seu empregado de gozar o dia de descanso anual. É verdade. Mas será legítimo pensar que, ao estatuir dessa maneira para esse caso, omitiu o legislador a solução para os casos ali não incluídos? Não, a nosso ver. A forma como o preceito está redigido reforça ainda mais a ideia de que, fora esta situação excepcional (que o legislador quis expressamente introduzir, numa clara opção pela defesa da parte contratual mais desfavorecida), em todos os restantes casos a solução é aquela que já vinha do articulado de 1984 e ao qual nenhuma alteração quis introduzir. E temos que pensar, não esqueçamos, que o legislador se exprimiu da maneira mais correcta e adequada ao seu pensamento (art. 8º, n.3, do Cod. Civil).

Portanto, em nossa opinião não existe qualquer lacuna que deva ser suprida pela técnica analógica.

Ou o empregador pagou o *devido* ou o *prestado*. No primeiro caso, falta pagar o *prestado*; no segundo, falta pagar o *devido*. A fórmula não pode deixar de ser sempre esta: **salário médio diário x 1**, o que, aplicada, corresponde ao valor indemnizatório de *Mop\$ 6.312,70*, tal como decidido na sentença (*ver mapa de fls. 21 da sentença ou fls. 148 dos autos*), que assim não merece censura.

*

Feridos obrigatórios

- Na vigência do DL n. 24/89/M

Esta lei trouxe inovações: introduziu uma indemnização especial, chamemos-lhe assim, que a lei anterior não previa e alargou o leque dos dias *feridos remunerados*, pois aos previstos na lei anterior, somaram-se agora os três dias do *Ano Novo Chinês* (cfr. art. 19º, n.3). Portanto, o gozo desses dias é feito, não apenas sem perda de remuneração (já era assim na lei anterior), como ainda deve ser extraordinariamente compensado.

Se o trabalhador prestar serviço nesses dias, diz o diploma, além da remuneração normal, receberá ainda um acréscimo salarial não inferior ao *dobro* da retribuição normal (art. 20º, n. 1). O que quer dizer não inferior? Quer dizer que pode ser igual, mas não descer desse limite. E até pode ser superior, mas nesse caso só o empregador poderá fixar o valor, singularmente ou por acordo com o empregado. O que não pode é o tribunal, arbitrariamente subir acima dessa barreira.

Aqui chegados, de novo pensemos nas duas perspectivas acima avançadas: a de o trabalhador ter sido pago pelo valor do *devido* e a de ter sido remunerado pelo valor do serviço *prestado*. É bom que se equacionem estas duas acepções para se ver até que ponto a solução pode diferir.

1ª Perspectiva (pagamento do *devido*)

O empregador pagou ao trabalhador o valor remuneratório que, pela lei, sempre lhe seria *devido* (ou seja, pagou a “*remuneração correspondente aos feridos...*”: art. 19º, n.3, até porque não lhos podia descontar: art.26º, n.1).

Sendo assim, falta pagar ao trabalhador o seguinte: a remuneração do trabalho efectivamente *prestado* (um dia de salário), mais um *acrécimo em dobro*, nos termos do art. 20º, n. 1(mais dois dias). Tudo perfaz **3 (três) dias de valor pecuniário.**

2ª Perspectiva (pagamento do *prestado*)

Nesta óptica, o empregador o que fez foi pagar ao trabalhador em singelo o valor do serviço *prestado*.

Todavia, falta pagar o *acrécimo em dobro* (2 x salário) e ainda o valor do *devido* (um dia). Tudo perfaz **3 (três) dias** de valor pecuniário, e não **1**, como o defende a recorrente, nem **2** como o decidiu a 1ª instância.

Como se vê, qualquer que seja o prisma por que se encare a situação, o resultado é o mesmo. A fórmula é, em ambas, **salário diário x 3.**

Acontece que o trabalhador/autor não apresentou recurso jurisdicional e a STDM defende que o factor é o **1**. Assim sendo, está o tribunal de recurso impedido de ultrapassar o limite decisório da sentença recorrida, nos termos do art. 589º, nº4, do CPC, pelo que a confirmará nesta parte. O que equivale a dizer que a indemnização a atribuir será de **Mop\$ 11.473,00.**

*

Face ao exposto, o montante indemnizatório global é de **Mop\$ 124.509,70.**

IV- Decidindo

Face ao que vem de ser dito, acordam em conceder parcial provimento ao recurso e, confirmando e revogando a sentença como acabado de expor, condenar a STDM a pagar a A a quantia de **Mop\$ 124.509,70**, acrescida de juros legais calculados pela forma decidida pelo TUI no seu acórdão de 2/03/2011, no processo n. 69/2010.

Custas:

- Pela STDM em ambas as instâncias na proporção do decaimento;
- Pela autora apenas na 1^a instância, em função do decaimento, por não ter contra-alegado no recurso.

TSI, 08 / 03 / 2012

José Cândido de Pinho

Choi Mou Pan

Lai Kin Hong (com declaração de voto)

Processo nº 688/2011
Declaração de voto

Subcrevo o Acórdão antecedente à excepção da parte que diz respeito à existência dos direitos do trabalhador à compensação e aos factores de multiplicação para efeitos de cálculos de indemnização pelo trabalho prestado nos descansos semanais e anuais e nos feriados obrigatórios, em tudo quanto difere do afirmado, concluído e decidido, nomeadamente, nos Acórdãos por mim relatados e tirados em 27MAIO2010, 03JUN2010 e 27MAIO2010, nos processos nºs 429/2009, 466/2009 e 410/2009, respectivamente.

RAEM, 08MAR2012

O juiz adjunto

Lai Kin Hong