

Processo n. 824/2012 (Recurso Laboral)

Relator: Cândido de Pinho

Data do acórdão: 15 de Novembro de 2012

Descritores:

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

SUMÁRIO:

I- Nos termos do art. 17º do CPT, no âmbito de uma acção proposta pelo trabalhador contra a sua entidade patronal para pagamento de créditos laborais devidos por dias de descanso não gozados nem pagos, não é possível deduzir reconvenção para devolução das gorjetas recebidas pelos trabalhadores, por falta dos respectivos requisitos.

II- 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.

III- 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*).

IV- 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*).

V- 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° 824/2012

Acordam no Tribunal de Segunda Instância da RAEM

I- Relatório

A, com os demais sinais dos autos, moveu contra a **STDM** acção de processo comum de trabalho pedindo a condenação desta no pagamento da indemnização no valor de *Mop\$ 175.676,38*, correspondente aos dias de *descanso semanal, anual e feriados obrigatórios* não gozados desde o início da relação laboral até ao seu termo.

*

Na contestação, a ré suscitou a excepção de *prescrição*, defendeu-se por *impugnação* e deduziu *reconvenção* contra a autora.

*

No despacho saneador, o tribunal de 1ª instância julgou prescritos os créditos anteriores a 19/11/1991, e decidiu pela improcedência do pedido reconvenicional.

*

Deste despacho saneador foi interposto recurso pela **STDM**, em cujas alegações foram apresentadas as seguintes **conclusões**:

1. As acções de simples apreciação, positiva ou negativa, visam “obter unicamente a declaração da existência ou inexistência de um direito ou de um facto”. A classificação de uma acção como de simples apreciação depende do pedido formulado pelo Autor (entenda-se Reconvinte no caso concreto dos presentes autos);
2. Salvo mais duto entendimento, o pedido reconvenicional formulado pela Ré e Reconvinte nos presentes autos não visa a obtenção de uma declaração de

“existência ou inexistência de um direito ou de um facto”, mas sim a “prestação de uma coisa ou de um facto” [cfr. a alínea b) do n.º 2 do artigo 11.º do CPC], in casu, a devolução do montante auferido a título de gorjetas;

3. A Ré e Reconvinte não *pede* que lhe seja reconhecido o direito ao valor das gorjetas, mas sim que esse valor lhe seja devolvido. Por outras palavras, não pede a declaração da existência de um direito, mas sim a devolução de algo que considera, desde já, por direito, pertencer-lhe;
4. Nestes termos, em face do alegado nos artigos 257.º e 260.º da Contestação, assim como tendo em conta a formulação do pedido, a final, entende a aqui Recorrente que a acção reconvençional deverá ser classificada como *Declarativa de Condenação* e não de *Simples Apreciação*, falecendo, assim, o fundamento para a absolvição da instância do Autor e Reconvindo, com base na classificação da acção reconvençional como de *Simples Apreciação*;
5. A Ré e Reconvinte, não obstante expressamente referido na Contestação, formulou um pedido reconvençional subsidiário, ou cautelar, nos termos previstos e admissíveis pelo n.º 2 do artigo 238.º do CPC;
6. O pedido reconvençional deduzido pela Ré é subsidiário, ou cautelar, no sentido de que esta pede a devolução do indevidamente prestado a título de gorjetas caso, a final, veja a ser decidido que estas fazem parte do salário;
7. Caso se considere que não, mormente que as gorjetas fazem parte do salário, a Ré e Reconvinte coloca em causa a validade do contrato, tal como alegado no artigo 252.º a 254.º da sua Contestação;
8. É certo que de seguida, a Ré defende a validade do contrato, mormente no Ponto II. da sua Contestação, com a epígrafe “DA VALIDADE DO CONTRATO CELEBRADO”, mas saliente-se, a título subsidiário em relação ao pedido reconvençional, tal como expressamente alegado antes da epígrafe referida (*“Ou caso assim não se entenda, o que não se concede, apenas se admitindo por mera cautela de patrocínio, sempre se dirá que:”*);
9. Nestes termos, salvo mais douto entendimento, deverá proceder o pedido reconvençional formulado pela Ré nos presentes autos, porquanto não é a obtenção de uma declaração de *“existência ou inexistência de um direito ou de um facto”* o que a Reconvinte pretende, mas sim a *“prestação de uma coisa ou de um facto”* [cfr. a alínea b) do n.º 2 do artigo 11.º do CPC], *in casu*, a devolução do montante auferido a título de gorjetas;

Ainda concluindo,

10. É certo que o instituto do enriquecimento sem causa é um instituto subsidiário [confira-se, em especial, o preceito do número 1 do artigo 467.º do Código Civil (doravante abreviada mente designado por “CC”), em vigor desde 1999], mas pode ser aqui trazido à colação porque, nos termos do número 1 do artigo 470.º do mesmo diploma legal, o que for prestado com a intenção de cumprir uma obrigação pode ser repetido, se esta não existia no momento da prestação;
11. Ora é visível e patente que as gorjetas ou gratificações prestadas pelos terceiros, ou clientes, não eram uma obrigação legal da Reconvinte, pelo que a mesma pode repetir a obrigação, que, sublinhe-se, não existia, assim se requerendo a devolução das quantias monetárias que prestou ao ora Reconvindo e que este procura, agora através da presente acção laboral, enriquecer-se, novamente e, ao que parece, injustificada mente;
12. A causa para o enriquecimento do aqui Recorrido assentava na sua renúncia expressa à remuneração em dias de descanso (repouso semanal, repouso anual e os feriados obrigatórios remunerados);
13. Tal como exposto em toda a Contestação e, bem assim, na Reconvenção, apenas porque o Autor aceitou não ser remunerado durante a relação laboral no que respeita aos dias de descanso, a Ré, ora Recorrente, permitiu ao Autor, ora Recorrido, participar no esquema das gorjetas entregues pelos Clientes da Recorrente;
14. Isto é, a causa deixou de existir no momento em que a acção foi intentada, passando, no entendimento da Recorrente, o Autor a estar obrigado a restituir o indevidamente recebido a título de gratificações ou de gorjetas;
15. Ao receber parte das luvas, gratificações ou gorjetas, cuja causa para o seu recebimento era o não SEI remunerado ou retribuído nos seus dias de descanso, parece forçoso concluir que o Reconvindo e ora Recorrido se enriqueceu à custa do empobrecimento da Ré, Reconvinte e aqui Recorrente;
16. Concorde-se com a natureza subsidiária do instituto do enriquecimento sem causa. Mas não é só quando não há nenhuma causa para as deslocações pecuniárias que o instituto poderá ser invocado, mas, também, quando a causa para essa deslocação deixa de existir;
17. Assim, existe lugar para, numa acção de trabalho ou processual laboral, à luz do CPT e do Regime Jurídico das Relações de Trabalho de 1984 (aprovado pelo

Decreto-Lei n.º 101/84/M, de 25 de Agosto - **RJRT de 1984**) e de 1989 (aprovado pelo Decreto--Lei n. o 24/89/M, de 3 de Abril - **RJRT de 1989**), e ambos, hoje, revogados, recorrer ao instituto civilístico do locupletamento sem causa, nos termos dos artigos 467.º a 476.º do CC.

Termos em que se requer a procedência da Reconvenção deduzida na Contestação e o seu conhecimento pelo douto Tribunal *a quo*, revogando-se o douto Despacho Saneador que a indeferiu, prosseguindo-se deste modo os autos com o conhecimento do mérito da mesma, fazendo V. Exas., assim, a habitual e costumada Justiça.

*

Não houve contra-alegações.

*

O processo prosseguiu, entretanto, os seus normais trâmites e, a final, foi proferida sentença que julgou a acção parcialmente procedente e, em consequência, condenou a ré a pagar à autora a quantia de HK\$ 1.340,00, acrescida de juros legais.

*

É dessa sentença que **o autor** da acção interpôs o presente recurso, tendo **concluído** do seguinte modo as suas alegações:

A - Ao abrigo do disposto no art. 25º do RJRT, as gorjetas são parte integrante do salário do recorrente, sob pena de, não o sendo, o salário não ser justo;

B - A Sentença recorrida viola o Princípio da Igualdade, pois os direitos dos trabalhadores nas mesmas circunstâncias do recorrente têm vindo a ser acauteladas pelos Tribunais da RA.E.M., existindo sobre a questão Jurisprudência Assente e que considera serem as gorjetas parte integrante dos salário dos trabalhadores da recorrida.

C - Ao não considerar as gorjetas parte integrante do salário do recorrente, a Sentença proferida viola o constante do art. 25º do RJRT, o art. 23º, nº 3 da Declaração Universal dos Direitos do Homem, o art. 7º do Pacto Internacional sobre os Direitos Económicos, Sociais e Culturais, entre outros, com a consequente abertura de portas à violação do direito a uma existência decente e minimamente digna, sujeitando os trabalhadores a uma subsistência miserável, indigna, semelhante a uma

possível “escravatura moderna”.

D - Tendo considerado provado que a R., recorrida, pagava ao recorrente quantias nas quais se incluíam as gorjetas recebidas e distribuídas aos trabalhadores pela própria, não pode vir o MMº Juiz *ad quo, a posteriori* e em sede de Sentença, decidir que, afinal, tais montantes não integram o seu salário.

E - Inexiste qualquer identidade ou paralelismo entre a situação dos trabalhadores dos casinos em Portugal e os de Macau, porque aqueles recebem, desde logo, da entidade patronal um salário justo, i.e., que permite a sua normal subsistência, nunca inferior ao salário mínimo Nacional, sendo que caso as gorjetas não fizessem parte integrante do salário dos trabalhadores de Macau, seria o seu salário miserável e incapaz de prover à sua alimentação, quanto mais às restantes necessidades do ser humano.

F - Também, em Portugal, as gorjetas não são recebidas e distribuídas ao belo prazer da entidade patronal, segundo regras e critérios desconhecidos dos trabalhadores, sendo a questão clara e transparentemente regulada por Lei.

G - A Lei 7/2008 veio, e bem, regular estas situações em que se integra o recorrente, prevendo claramente que o sistema de recebimento de “gorjetas” criado pela R. e a que A. esteve sujeita, não foge do que se vem alegando, sendo certo que as gorjetas são parte integrante do salário dos trabalhadores.

H - De acordo com o disposto no art. 17º, nºs 1, 3 e 6 do D.L. nº 24/89/M, a fórmula correcta de cálculo da indemnização do recorrente por trabalho efectivo prestado em dias de descanso semanal é 2 x valor da remuneração média diária x número de dias de descanso semanal vencidos e não gozados e não a constante da Douta Sentença proferida.

I - De acordo com o disposto nos arts. 20º, nº 1 e 19º, nºs 2 e 3 do D.L. nº 24/89/M, a fórmula de cálculo da indemnização do recorrente por trabalho efectivo prestado em dias de feriado obrigatório é 3 x valor da remuneração média diária x os feriados obrigatórios vencidos e não gozados e não qualquer outra fórmula.

J - A Douta Sentença proferida padece da nulidade prevista no art. 571º, nº 1 alínea c) do Código de Processo Civil.

L - Atento o inderrogável Princípio do *Favor Laboratoris*, elaborado atentas as especificidades do Direito de Trabalho e a necessidade de proteger o trabalhador, encontrando-se a solução jurídica que lhe seja mais favorável, urna vez que é a parte débil em qualquer relação laboral, deve sempre encontra-se a solução que mais

favorável seja à ora recorrente.

Termos em que, nos melhores de Direito, sempre com o mui Douto suprimento de V.Exas, Venerando Juizes, deverá ser declarada nula a Sentença proferida quanto à não integração das gorjetas no salário do recorrente, devendo ainda computar-se correctamente as indemnizações devidas pelo trabalho prestado em dias de descanso semanal e feriados obrigatórios, assim se fazendo a esperada e mais sã JUSTIÇA!

*

A STDM apresentou resposta ao recurso, concluindo as suas alegações do seguinte modo:

- A. A Sentença recorrida não padece de quaisquer nulidades e não merecem qualquer censura as decisões nela contidas.
- B. Há inúmeras decisões judiciais da RAEM que, à semelhança da Sentença recorrida, determinam que as gorjetas oferecidas pelos clientes de casino não fazem parte da remuneração ou salário dos trabalhadores.
- C. É esse, inclusivamente, o entendimento perfilhado pelo Tribunal de Última Instância desta RAEM, exposto nos Acórdãos de 21.9.2007, 22.11.2007, 27.2.2008 e dois de 23.9.2011, proferidos no âmbito dos Processos n.º 28/2007, 29/2007, 58/2007, 46/2011 e 47/2011.
- D. Não se pode confundir, como faz o ora Recorrente, uma discordância dos fundamentos ou da decisão - uma opinião diferente - com uma violação do princípio da igualdade, particularmente quando não se encontra determinado, *ad eternum sed retractum*, o tratamento jurídico de situações como a dos presentes autos.
- E. A ter de se estabelecer um *standard* ou uma “bitola” para julgar do Direito, vingar-se necessariamente o entendimento do T.U.I., enquanto órgão supremo da hierarquia dos tribunais da RAEM.
- F. Não existe qualquer violação do princípio da igualdade *in casu*, não só porque a jurisprudência da RAEM não é unânime, como também porque a decisão e os fundamentos do Tribunal a quo seguem integralmente o entendimento perfilhado pelo mais alto tribunal da RAEM.
- G. Os rendimentos auferidos pelo Sr. A durante a vigência do seu contrato de

trabalho tinham uma componente fixa e uma variável.

- H. Não se verifica na legislação de Macau qualquer especificidade que possa levar o julgador a um entendimento diverso sobre o conceito de salário daquele que é seguido pela doutrina e jurisprudência em geral.
- I. A retribuição em sentido jus-laboral 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;
 - (iv) como contrapartida do seu trabalho.
- J. 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.
- K. “Dar gorjetas” não cabe (nem pode caber) à ora Recorrida, não se enquadrando tal prestação na relação sinalagmática típica de um contrato de trabalho e não sendo a Recorrida obrigada a substituir-se ao Cliente de casino.
- L. O pagamento de gorjetas não tem carácter de obrigatoriedade.
- M. Estando o recebimento de gorjetas dependente do *animus donandi* de terceiros alheios à ora Recorrida, que são estranhos à relação jurídico-laboral estabelecida entre A. e R., tais quantias não constituem salário.
- N. O facto de o processo de distribuição das gorjetas ser definido pela ora Recorrida - quando a lei é omissa - não implica a descaracterização da natureza das gorjetas.
- O. Se em países como Portugal - e mais recentemente na RAEHK - existe um quantitativo imposto por lei como retribuição mínima garantida, em Macau o salário é fixado sempre por acordo entre empregador e trabalhador.
- P. Há que olhar para cada relação laboral individualmente e, *in casu*, analisar em concreto a situação do Sr. A, para verificar que os seus rendimentos sempre

foram superiores à média dos trabalhadores de Macau.

- Q. O Sr. A acedia a uma atribuição patrimonial muito elevada em virtude de trabalhar para a ora Recorrida, sendo-lhe garantida uma simbólica retribuição fixa, mas uma importante oportunidade de ganho, que efectivamente se concretizava.
- R. Logo, o rendimento total do Sr. A decorrente da execução do seu contrato de trabalho com a Recorrida é um salário justo para efeitos do n.º 1 do art. 25.º do RJRTCT.
- S. Não é contraditório concluir que, da globalidade dos rendimentos auferidos pelo Sr. A, apenas parte se pode qualificar *stricto sensu* como salário, sob pena de “rendimento” e “salário” serem considerados conceitos fungíveis o que, conforme resulta da doutrina, da jurisprudência e dos presentes autos, não corresponde à realidade.
- T. A Lei das Relações de Trabalho (“LRT”), aprovada pela Lei 7/2008, de 18 de Agosto, não se aplica ao caso dos autos (*cf.* n.º 1 do art. 93º da LRT), pelo que a sua invocação é irrelevante.
- U. À luz do direito aplicável *in casu*, as gorjetas não integram o conceito de retribuição.
- V. Devem ser os seguintes os multiplicadores aplicáveis na fórmula destinada ao cálculo do *quantum* indemnizatório devido ao Recorrente:
- a) Trabalho prestado em dias de descanso semanal:
 - i. Decreto-Lei n.º 101/84/M: salário diário x0;
 - ii. Decreto-Lei n.º 24/89/M: salário diário x1;
 - iii. Decreto-Lei n.º 32/90/M: salário diário x0.
 - b) Trabalho prestado em dias de descanso anual:
 - i. Decreto-Lei n.º 101/84/M: salário diário x0;
 - ii. Decreto-Lei n.º 24/89/M: salário diário x0;
 - iii. Decreto-Lei n.º 32/90/M: salário diário x0.

c) Trabalho prestado em dia feriado obrigatório:

- i. Decreto-Lei n.º 101/84/M: salário diário x0;
- ii. Decreto-Lei n.º 24/89/M: salário diário x1;
- iii. Decreto-Lei n.º 32/90/M: salário diário x1.

W. Caso se entenda que as fórmulas supra expostas não devem ser as adoptadas para o cálculo de uma eventual indemnização devida ao Recorrente, remete-se para as utilizadas nos Acórdãos do Tribunal de Última Instância proferidos no âmbito dos Processos n.º 28/2007, 29/2007, 58/2007, 46/2011 e 47/2011, datados de 21.9.2007, 22.11.2007, 27.2.2008 e 23.9.2011.

*

Em recurso subordinado, a mesma STDM concluiu as alegações como segue:

- A. Conforme resulta da posição defendida e mantida pela ora Recorrente Subordinada nestes autos, não merece qualquer censura a fórmula de cálculo adoptada pelo Tribunal *a quo* para apurar os montantes putativamente devidos ao ora Recorrido Subordinado, na parte em que a mesma faz relevar para efeito do cálculo apenas a remuneração fixa (ou base) deste.
- B. No entanto, atenta a factualidade assente nos autos e o Direito ao qual é subsumível tal factualidade, andou mal o Tribunal *a quo* quando determinou os multiplicadores aplicáveis ao cálculo do *quantum* indemnizatório.
- C. Assim, na eventualidade de vir a ser confirmada a obrigação de indemnizar o ora Recorrido Subordinado, devem ser os seguintes os multiplicadores aplicáveis na fórmula destinada ao cálculo do *quantum* indemnizatório:

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 x0 (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 x0 (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);

D. Caso assim não se entenda, devem ser aplicadas ao referido cálculo 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 improcedente, mantendo-se a decisão recorrida e, em qualquer caso devem os cálculos da eventual indemnização do ora Recorrente ser efectuados em conformidade com as fórmulas referidas, Fazendo V. Exas., mais uma vez, a devida e costumada JUSTIÇA.

*

Cumpre decidir.

II- Os Factos

A sentença impugnada deu por provada a seguinte factualidade:

1. *O autor começou a trabalhar para a Ré STDM, em 20 de Julho de 1966 e cessou a sua relação laboral em 11 de Agosto de 1993.*
2. *Foi admitido como empregado de casino, recebia de dez em dez dias, da ré, duas quantias, uma fixa, no valor de HKD\$10,00 por dia, desde 01/07/1989 até à data da cessação, e outra variável, esta em função do dinheiro recebido dos clientes dos casinos, dependente do espírito de generosidade destes, vulgarmente designada 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 1991 a 1993, auferiu as seguintes quantias, pagas pela ré:*
 - a) *1991 - MOP.182.679,00;*
 - b) *1992 - MOP.188.255,00;*
 - c) *1993 - MOP.104.315,00;*
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 proibido 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. *1º e 6º 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. *O autor nunca gozou dias de descanso remunerados.*
13. *Durante o tempo em que trabalhou para a ré, o autor nunca gozou qualquer dia descanso em cada período de sete dias.*
14. *O autor nunca gozou dias de descanso por cada período de um ano civil.*
15. *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.*
16. *Autor e ré acordaram que aquele só receberia remuneração pelos dias em que efectivamente trabalhasse.*

III- O Direito

1- Recurso do despacho saneador

A respeito da decisão tomada no despacho saneador sobre a *reconvenção* deduzida pela ré da acção, o tribunal “a quo” julgou pela inexistência *in casu* do instituto de enriquecimento sem causa, ao contrário do que era

defendido pela ré reconvinente.

Ora bem. O pedido reconvenicional consistia devolução das quantias que a STDM havia dado à autora a título de gorjetas. A recorrente STDM entendia que a manutenção das gorjetas na esfera do trabalhador constituiria um enriquecimento ilícito (*art. 467º do CC*) por parte deste. Razão para pedir a sua devolução.

Começando já pela abordagem deste ponto (devolução), tem razão a recorrente ao dizer que a reconvenção tem uma natureza que não se confunde com o de uma simples apreciação e que não visa, portanto, a obtenção judicial de uma mera declaração do reconhecimento do direito. O que a ré reconvinente pretendia era, sim, a condenação do autor a devolver-lhe as quantias que lhe havia pago a título de gorjetas.

Mas, já não compreendemos a recorrente quanto ao exercício que desenvolve a partir desse axioma. Isto é, deixamos de poder acompanhar a alegante a partir da constatação da natureza do pedido reconvenicional. É que nós não percebemos em que medida é que a natureza da reconvenção neste caso concreto impedia a 1ª instância de decidir como decidiu. Nem sequer é obstáculo à decisão tomada, a circunstância de a reconvinente ter formulado o seu pedido reconvenicional com carácter subsidiário ou cautelar.

E não percebemos, na medida em que a decisão do tribunal “a quo” não teve por fundamento a natureza da acção reconvenicional, nem o seu carácter. Sublinhe-se que a decisão recorrida não absolveu da instância, ao contrário do que a recorrente tem por pressuposto (inverídico) nas suas alegações (ver fls. 5 das alegações de recurso, penúltimo parágrafo). O tribunal “a quo” julgou “*improcedente o pedido reconvenicional...*”, o que significa que absolveu do pedido. Isto é, julgou improcedente o pedido, não deu razão à reconvinente e não condenou o autor a devolver as gorjetas, por ter considerado que não poderia operar na situação em apreço o instituto do enriquecimento sem causa. Bem ou mal foi este o fundamento principal invocado.

Por conseguinte, não se pode sufragar o recurso nesta parte.

Mas, se isto se diz quanto a este aspecto, igual conclusão haverá que retirar quanto ao eixo em torno do qual se discute a decisão aqui impugnada. Haveria enriquecimento sem causa se as gorjetas não fizessem parte do salário. Todavia, e como este TSI tem repetidamente afirmado, a tese da STDm quanto a este ponto não tem merecido o nosso aplauso.

Veja-se o que noutros arestos já dissemos, nomeadamente o que consta do *Ac. deste TSI de 27/10/2011, no Proc. n.º 300/2011*, e que aqui de novo reiteramos:

“A recorrente STDm entendia que a manutenção das gorjetas na esfera do trabalhador constituiria um enriquecimento ilícito (*art. 467.º do CC*) por parte deste.

Quanto a nós, os argumentos da reconvincente/recorrente falecem totalmente, face àquela que tem sido a jurisprudência deste tribunal em matéria de composição do salário dos trabalhadores do casino em inúmeros processos contra a mesma recorrente, STDm.

Esta questão apenas mereceria outra mais detalhada análise, porventura em diferente perspectiva, se o problema substantivo tivesse outros contornos e se o TSI, estudando-os, não tivesse já feito um permanente trilho no mesmo sentido: o de que o salário daqueles trabalhadores envolve uma parte fixa e outra variável (as gorjetas).

Lembremos, por exemplo, o que dissemos no *Ac. proferido no Proc. n.º 128/2009, de 7/07/2011*:

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

Socorramo-nos do aresto lavrado no Ac. de 19/03/2009, Proc. n.º 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, vêm 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. Mas, o certo é que, para estes casos, 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, entre os mais recentes, vejam-se os acórdãos proferidos nos Processos n.ºs 780/2007, de 31/03/2011, 423/2008, de 23/06, por exemplo”.

Quer dizer, a causa para a percepção daqueles valores a título de gorjeta foi encontrada! A entrega daquele dinheiro aos trabalhadores do casino não foi feita a pretexto de mera liberalidade ou inerte generosidade do ponto de vista jurídico, é o que asseveramos. Mas mesmo que fosse (mas não é, insiste-se), não pareceria ser mais do *venire contra factum proprium* a atitude da STDM em aparecer subitamente em reconvenção a pedir a devolução de uma importância em dinheiro de que a STDM livremente abriu mão.

A verdade é que se não fosse salário, também pensamos que em caso algum a STDM poderia vir pedir a devolução de algo que lhe não foi dado pelos jogadores afortunados, e portanto não era coisa sua, mas que, em vez disso, foi dado para ser distribuído pelos trabalhadores. Quer dizer, até nesta óptica, sempre seriam importâncias que pertenceriam aos trabalhadores, pelo que nunca pela via reconvenção poderiam integrar a esfera da STDM.

É a posição que mantemos e que, por isso, torna impossível o preenchimento dos requisitos do enriquecimento sem causa”.

Em face do texto transcrito, que ao caso em apreço acode perfeitamente, somos a negar procedência ao recurso interposto pela STDM quanto à decisão do saneador sobre o pedido reconvenção.

*

2- Recurso da sentença

2.1- *Da nulidade*

O recorrente, autor da acção, defende que a sentença recorrida é nula nos termos do art. 571º, nº1, al. c), do CPC.

Trata-se, salvo o devido respeito, de uma arguição mal concebida, na medida em que em lado nenhum da sentença se descobre o vício que a norma citada tem por condição. Isto é, não nos parece haver qualquer oposição entre fundamentos e decisão – nem o recorrente a aponta especificamente – mas, quando muito o que pode existir é – como o recorrente o assevera ao dizer que o “...*juiz a quo errou manifestamente na aplicação do direito...*” uma má, por errada, solução jurídica. Ora, isso é completamente diferente da nulidade a que a disposição citada se refere.

Improcede, pois, o recurso nesta parte.

*

2.2- *Do mérito da sentença*

Recorreu o autor, por considerar que o salário não era só composto pela parte fixa, mas também da variável (gorjetas) e por entender que as fórmulas de cálculo da indemnização para os créditos referentes aos dias de descanso semanal, anual e feriados obrigatórios não foram correctamente apurados.

Recorreu, igualmente, a ré STDM, subordinadamente, na parte que lhe é desfavorável, no que respeita ao *quantum* indemnizatório.

Como se vê, é parcialmente coincidente a matéria de ambos os recursos. Por isso mesmo, apreciá-la-emos em conjunto.

*

2.2.1 – *Do salário*

O autor centra a atenção do seu recurso em redor do cômputo salarial, tanto pelas partes que compõem o salário no caso concreto, como pelas fórmulas de cálculo que a sentença erigiu para apuramento do valor indemnizatório.

Já atrás demos a conhecer a nossa posição sobre este particular aspecto, acolhendo aquela que é 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.

Portanto, quanto à primeira parte do recurso, damos por terminada a *vexata quaestio*: Do salário fazem parte a remuneração-base e ainda o valor das gorjetas. Não falemos mais nisso. Está resolvido o litígio nessa parte!

*

2.2.2- Do valor indemnizatório

Tenhamos em conta que, face à prescrição dos eventuais créditos anteriores a 19/11/1991 decidida no despacho saneador, já só estão em apreciação os créditos subjugados à disciplina do DL n.º 24/89/M.

A sentença aplicou o factor **1** aos descansos semanais, **3** ao descanso anual e **2** aos feriados obrigatórios. O autor defende que os factores aplicáveis aos descansos semanais e feriados obrigatórios deve ser o **2** e **3**, respectivamente. A STD, por seu turno, defende no seu recurso subordinado que devam ser **1, 0 e 1**, respectivamente, para os descansos semanais, anuais e feriados obrigatórios.

Vejam os.

a) Descanso semanal

Na vigência do DL n. 24/89/M

Vale aqui o disposto no art. 17.º, 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**, tal como o defende a trabalhadora autora no seu recurso, que assim procede, e não 1, como concluiu a sentença recorrida e tal como o defende a STDM no seu recurso subordinado, que assim improcede.

Assim, atendendo à remuneração total auferida nos anos de 1991, 1992 e 1993, tal como provado, e conseqüentemente, aos valores diários respectivos, alcançaremos o seguinte montante indemnizatório:

<i>Ano</i>	<i>Nº de dias de descanso semanal</i>	<i>Salário médio diário</i>	<i>Factor: X2</i>	<i>Valor da indemnização</i>
1991	06	507,44	“	06.089,28
1992	52	522,93	“	54.384,72
1993	31	447,70	“	27.757,40

TOTAL: **88.231,40**

*

b) 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, o que não foi provado!

Como compensar, então, 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.

Assim, valem aqui *mutatis mutandis*, as considerações que se podem tecer relativamente ao modo de compensar o trabalhador que preste trabalho nos dias de descanso anual ao abrigo do diploma de 1984. Sendo elas também prestáveis à interpretação do DL 24/89/M, somos a concluir: 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**. Todavia, a sentença fixou o **factor 3**, o que o autor aceitou nas suas alegações de recurso, mas a que a recorrente STDM contrapôs o factor **0**. Por isso, é de proceder parcialmente o recurso da STDM nesta parte.

<i>Ano</i>	<i>Nº de dias de descanso anual</i>	<i>Salário médio diário</i>	<i>Factor: XI</i>	<i>Valor da indemnização</i>
1991	0,5	507,44	“	253,72
1992	6	522,93	“	3.137,58
1993	4	447,70	“	1.790,80

TOTAL: 5.182,10

*

c) Feriados obrigatórios

Na vigência do DL n. 24/89/M

Esta lei trouxe inovações: introduziu uma indenização especial, chamemos-lhe assim, que a lei anterior não previa e alargou o leque dos dias *feriados 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 feriados...*”: 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**.

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**.

A sentença recorrida, porém, utilizou o factor **2**. Assim, procede (embora parcialmente, na medida em que o valor a atribuir fica aquém da pretensão a este título manifestada na petição inicial) o recurso do autor da acção e improcede o subordinado.

A indemnização é a que segue, considerando, porém, que em 1991 não tinha direito a gozo de feriados remunerados no período que vai de 19/11 a 31/12, atendendo à prescrição decidida no saneador.

<i>Ano</i>	<i>Nº de dias de feriados obrigatórios</i>	<i>Salário médio diário</i>	<i>Factor: X3</i>	<i>Valor da indemnização</i>
1991	0	507,44	“	-----
1992	6	522,93	“	9.412,74
1993	5	447,70	“	6.715,50

TOTAL: 16.128,24

Face ao exposto, o valor indemnizatório global é de **Mop\$ 109.541,74**.

IV- Decidindo

Face ao exposto, acordam em:

A- Quanto ao recurso do saneador

Negar provimento ao recurso do saneador interposto pela STDM relativamente à parte em que absolveu a autora do pedido reconvenicional.

Custas pela recorrente STDM.

B- Quanto aos recursos da sentença

1- *Conceder parcial provimento ao recurso independente interposto da sentença pelo autor e*

2- *Conceder parcial provimento ao recurso subordinado da sentença interposto pela STDm, nos termos acima mencionados.*

3- Em consequência, revoga-se a sentença nos moldes expostos, condenando-se a STDm a pagar ao autor a quantia de **Mop\$ 109.541,74**, acrescida dos juros legais, calculados pela forma decidida pelo TUI no seu acórdão de 2/03/2011, no processo n. 69/2010.

Custas pelas partes em ambas as instâncias na proporção do decaimento.

TSI, 15 / 11 / 2012

José Cândido de Pinho

Choi Mou Pan

Lai Kin Hong (Subscreve
com declaração de voto que
se junta)

Processo nº 824/2012
Declaração de voto

Subscrevo 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, 15NOV2012

O juiz adjunto

Lai Kin Hong