

**Processo n. 257/2011** (Recurso cível e laboral)

**Relator: Cândido de Pinho**

**Data do acórdão: 6 de Outubro de 2011**

**Descritores:** - Salário

- Gorjetas

-Descanso semanal, anual, feriados obrigatórios  
(remunerados e não remunerados)

### **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*).

**Proc. N° 257/2011**  
(recurso c ível e laboral)

## **Acordam no Tribunal de Segunda Instância da RAEM**

### **I- Relatório**

**A**, com os demais sinais dos autos, moveu acção comum de trabalho contra a STDM pedindo a condenação desta no pagamento de Mop\$ 208.090,00, como compensação pelos *descansos semanais, feriados obrigatórios e descansos anuais* não gozados desde o início até ao fim da relação laboral.

\*

Os autos prosseguiram até ao seu termo na 1ª instância, tendo sido proferida na oportunidade sentença, que julgou parcialmente procedente a acção e, em consequência, sido condenada a STDM a pagar ao autor as quantias indemnizatórias de Hk\$ 4.757,50 acrescidas de juros de mora legais.

\*

Desta sentença foi interposto recurso jurisdicional pela autora, tendo as respectivas alegações terminado com as seguintes **conclusões**:

*A - Ao abrigo do disposto no art. 25º do RJRT, as gorjetas são parte integrante do salário da 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 da recorrente têm vindo a ser acauteladas pelos Tribunais da R.A.E.M., existindo sobre a questão Jurisprudência Assente e que considera serem as gorjetas parte integrante dos salários dos trabalhadores da recorrida.*

*C - Ao não considerar as gorjetas parte integrante do salário da 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 conseqüente 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 à 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 nº7/2008 veio, e bem, regular estas situações em que se integra a 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. nº24/89/M, a fórmula correcta de cálculo da indemnização da 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, nº1 e 19º, nºs 2 e 3 do D.L. nº*

24/89/M, a fórmula de cálculo da indemnização da 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 Doutra 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, uma vez que é a parte débil em qualquer relação laboral, deve sempre encontra-se a solução que mais favorável seja à ora recorrente.*

\*

Contra-alegou a STDM, concluindo a sua **peça** alegatória do seguinte modo:

- 1- Com todo o respeito por entendimento diverso, as gratificações ou gorjetas recebidas dos clientes pelos empregados de casino **não fazem parte do salário.***
- 2- A **retribuição ou salário**, em sentido jurídico (laboral), encerra quatro elementos essenciais e cumulativos:*
  - i. É uma prestação regular e periódica;*
  - ii. 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 pelo seu trabalho.*
- 3- No caso dos autos, estando em causa gorjetas comprovadamente oferecidas por clientes de casino, **dependendo o seu recebimento do***

*animus donandi de terceiros, estranhos à relação jurídico-laboral, nunca poderia o(a) trabalhador(a) ter exigido à sua entidade empregadora o seu pagamento inexistindo aquela oferta por parte dos clientes.*

- 4- *Se, por hipótese, em determinado mês, não existissem quaisquer gorjetas entregues pelos clientes da Recorrida a distribuir pelo(a) A., ora Recorrente, e restantes trabalhadores, nenhum dever jurídico impendia sobre a Recorrida no sentido de suprir aquela falta e nenhum direito de crédito podiam os seus trabalhadores exigir a este respeito.*
- 5- *Com efeito, é sabido que em anos em que o montante das gorjetas era inferior ao do ano anterior (variação que se constata pela análise dos rendimentos do(a) A., ora Recorrente), nunca o(a) Recorrente reclamou da ora Recorrida o seu pagamento.*
- 6- ***O(A) Recorrente sabia que a parte do rendimento respeitante às gorjetas dependia exclusivamente das liberalidades dos clientes de casino, nada podendo exigir à ora Recorrida a esse título caso essa parte do seu rendimento fosse zero.***
- 7- *Creemos que o facto da definição dos critérios de distribuição das gorjetas caber, em Macau, à entidade empregadora não altera a natureza não salarial daquelas prestações.*
- 8- *Tampouco as gorjetas que o(a) A. recebeu enquanto trabalhou para a R. se transmutam em remuneração por efeito das alíneas 4) e 5) do artigo 2º da nova Lei das Relações de Trabalho (LRT), aprovada pela Lei n.º 7/2008, de 18 de Agosto.*
- 9- *Na verdade, mesmo que se entenda que à luz dessas disposições as gorjetas dadas por clientes de casino integram a remuneração dos trabalhadores, sempre se dirá que, como se sabe, a LRT não se aplica ao caso dos autos, nem a outras situações totalmente passadas anteriormente à sua entrada em vigor (cfr. o seu artigo 93º, n.º 1).*

- 10-** *Mais: o facto da alínea 5) do artigo 2º da nova LRT especificar que as “gorjetas cuja cobrança seja incontornável pelo empregador” integram se no conceito de “remuneração” demonstra apenas que, à luz do direito anterior, tais quantias não integravam os conceitos de retribuição - precisamente, porque as normas equivalentes que vigoravam enquanto durou a relação laboral não continham qualquer referência semelhante (vide artigos 27º, n.º 2, e 25º, n.º 2, do Regime Jurídico das Relações Laborais de 1984 e de 1989, respectivamente).*
- 11-** *Dispõe o artigo 25º, n.º 1 do RJRT que “Pela prestação dos seus serviços ou actividade laboral, os trabalhadores têm direito a um salário justo.”.*
- 12-** *Salvo o devido respeito por opinião contrária, analisando a certidão de rendimentos do (a) Recorrente, não se pode dizer que ao(à) A. não foi proporcionado um rendimento justo, maxime porque os rendimentos globais auferidos eram claramente superiores à média do rendimento / remuneração auferida por cidadãos de Macau com formação académica e profissional equivalente às suas que não trabalhassem em casino, os quais eram mais que bastantes para prover a uma vida digna e decente do(a) Recorrente e sua família.*
- 13-** *Deste modo, na esteira do entendimento do mais Alto Tribunal da RAEM, do duto Tribunal Recorrido e, bem assim, da doutrina maioritária, é entendimento da R. que “As gratificações ou gorjetas recebidas pelos empregados de casino dos clientes não fazem parte do salário.”.*
- 14-** *Admitindo a Recorrida, apenas por cautela e por hipótese, que de forma alguma se concede, a obrigação de indemnizar o(a) Recorrente tendo em conta o valor das gorjetas oferecidas pelos clientes de casino, devem ser as seguintes as fórmulas aplicáveis para aferir das compensações adicionais devidas:*
- 15-** *Trabalho prestado em dias de **descanso semanal:***
- a. Decreto-Lei n.º 101/84/M: **salário diário x0** (e não x1, porque*

*uma parcela já foi paga);*

- b. Decreto-Lei n.º 24/89/M: **salário diário x1** (e não x2, porque uma parcela já foi paga);*
- c. Decreto-Lei n.º 32/90/M: **salário diário x0** (e não x1, porque uma parcela já foi paga).*

**16- Trabalho prestado em dias de *descanso anual*:**

- a. Decreto-Lei n.º 101/84/M: **salário diário x0** (e não x1, porque uma parcela já foi paga);*
- b. Decreto-Lei n.º 24/89/M: **salário diário x1** (e não x3, porque uma parcela já foi paga e a R. não impediu o(a) A. de gozar quaisquer dias de descanso);*
- c. Decreto-Lei n.º 32/90/M: **salário diário x1** (e não x3, porque uma parcela já foi paga e a R. não impediu o(a) A. de gozar quaisquer dias de descanso).*

**17- Trabalho prestado em dias de *feriado obrigatório*:**

- a. Decreto-Lei n.º 101/84/M: **salário diário x0** (e não x1, porque uma parcela já foi paga);*
- b. Decreto-Lei n.º 24/89/M: **salário diário x1** (e não x2, porque uma parcela já foi paga);*
- c. Decreto-Lei n.º 32/90/M: **salário diário x1** (e não x2 porque uma parcela já foi paga).*

**18- Caso se entenda que as fórmulas supra expostas não são adequadas para o cálculo de uma indemnização eventualmente devida ao(à) Recorrente, remete-se para as fórmulas adoptadas nos já referidos Acórdãos do TUI, proferidos no âmbito dos Processos n.ºs 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.**

\*

Cumprе decidir.

\*\*\*

## **II- Os Factos**

A sentença deu por provada a seguinte facturalidade:

*1. A Ré tem por objecto social a exploração de jogos de fortuna e azar, e a indústria hoteleira, de turismo, transportes aéreos, marítimos e terrestres, construção civil, operações em títulos públicos e acções nacionais e estrangeiros, comércio de importação e exportação.*

*2. A Autora A começou a trabalhar para a Ré STDM, em data anterior a 12 de Outubro de 1994 e deixou de trabalhar para a mesma Ré em data posterior a 26 de Novembro de 1998.*

*3. Inicialmente, a autora exerceu as funções de Assistente de clientes R., e a partir de 1995, de croupier.*

*4. O rendimento da Autora era constituído por uma quantia fixa diária e por uma quantia variável correspondente a uma quota-parte das gratificações ou gorjetas diárias recebidas dos clientes do casino e distribuídas pela ré de acordo com critérios por esta estabelecidos.*

*5. A Autora, entre os anos de 1994 e 1998, recebeu as seguintes quantias:*

*a)1994: 39.570,00;*

*b)1995: 70.814,00;*

*c)1996: 73.767,00;*

*d)1997: 98.532,00;*

*e)1998: 94.656,00.*

6. A Autora prestou serviços em turnos, conforme horários fixados pela entidade patronal.

7. Os 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.

8. Enquanto esteve ao serviço da Ré, esta nunca autorizou a Autora a gozar descansos semanais remunerados.

9. A Ré também não autorizou a Autora a gozar os feriados obrigatórios remunerados.

10. E também nunca a autorizou a gozar, naquele período, descansos anuais remunerados.

11. Nunca a ré pagou à autora qualquer acréscimo salarial.

12. Autora e ré acordaram que aquela auferia uma remuneração diária fixa por cada dia de trabalho efectivo, de valor simbólico e uma quota nas gorjetas doadas pelos clientes da ré, de montante imprevisível.

13. A referida quantia fixa foi de HKD\$10,00 por dia, desde o início da relação laboral até 30/04/1995, de HKD\$15,00 por dia, desde 01/05/1995 até ao fim da relação laboral.

14. Acordaram ainda Autora e Ré que caso o trabalhador pretendesse gozar dias de descanso ou se por qualquer motivo não pudesse prestar o seu trabalho, perdia o direito aos montantes referidos em 12).

\*\*\*

### **III- O Direito**

## 1- Da nulidade da sentença

Defende o recorrente nas suas alegações (ponto 14) que a sentença errou na aplicação do direito, o que constituiria vício elencado no art. 571º, nº1, al. b), do CPC (enquanto nas conclusões, com base na mesma matéria, acha que a situação integra o art. 571º, nº1, al. c), do mesmo Código.

Ora, nenhum dos pressupostos contidos naqueles dispositivos legais correspondem minimamente à situação dos autos. Quer dizer, o recorrente esforça-se por demonstrar que a tese do julgado é errada, que não pode aceitar que as gorjetas não integrem o salário e, em abono da sua própria posição, socorre-se de alguma jurisprudência que cita. Todavia, a dissensão situa-se somente no campo da interpretação da lei e, por conseguinte, do que se trata é de um confronto de opiniões jurídicas. O juiz da sentença fez o seu trabalho de análise e, bem ou mal, extraiu a conclusão que achava mais adequada ao caso. Isso em nada significa que o juiz não tenha especificado os fundamentos de facto e de direito ou que tivesse deixado de se pronunciar sobre alguma questão.

Da mesma maneira, de pouco vale o apelo ao princípio da igualdade, que o recorrente considera ter sido violado pelo juiz com o argumento de que noutros casos os tribunais têm decidido diferentemente. Nesta situação, a liberdade do juiz na interpretação das regras jurídicas e na aplicação do direito não pode ser beliscada e somente deve ser censurada pela via do recurso ante um qualquer erro de julgamento.

Por tudo isto, improcede a nulidade invocada.

\*

## 2- Do mérito da sentença

A sentença recorrida considerou que as gorjetas não integram o salário e foi com base nisso que calculou a indemnização devida ao autor.

É contra esse entendimento que ora se rebela o recorrente.

Vejamos de que lado está a razão.

O recorrente começou a trabalhar para a recorrida como empregado do casino, recebendo como contrapartida diária uma quantia fixa, desde o início até à 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 auxílio do Ac. de 19/03/2009, Proc. nº 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 questão ultrapassada, portanto, 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 003h00 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.

\*

Como calcular a compensação?

Em 1º lugar, para o cálculo da indemnização, teremos que partir de diferente base salarial, nela englobando, agora, toda a massa remuneratória, incluindo as gorjetas, e não apenas o valor diário-base percebido. Ou seja, considerar-se-á o valor diário tendo em atenção o valor consignado no ponto 5 da matéria de facto assente relativamente a cada ano.

Por outro lado, apenas haverá que considerar o DL nº 24/89/M, pois foi no seu âmbito que se desenvolveu toda a relação laboral.

Ultrapassada esta questão, resta extrair as devidas consequências indemnizatórias.

Apuremos, então, o valor indemnizatório.

a) **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**, tal como o defende a trabalhadora autora no seu recurso, e não **1**, como o concluiu a sentença recorrida e o sustentou a STDM.

Nesta conformidade, haveremos de considerar:

- a) Porque não impugnados, os dias constantes do mapa de fls. 12 da sentença o mapa;
- b) 331 dias referentes ao ano de 1998, e tendo em atenção os que decorrem da lei para serem atendidos durante cada um dos anos (52 dias de descanso anual), o que significa que nesse ano deveria ter gozado 47 dias de descanso semanal;

c) Por fim, os valores a ter em conta em cada um, face ao ponto 5 da matéria de facto assente.

Neste contexto, a indemnização a atribuir sob este capítulo monta a **Mop.50.331,49**.

\*

## **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! 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.

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** sem que fosse posto em causa no recurso. Como tal, este tribunal nada pode censurar e, pelo contrário, deve aceitar o modo de cálculo ali estabelecido.

Assim, e na linha do raciocínio que justificou o cálculo da indemnização referente ao descanso semanal, tal como acima expressámos, a indemnização a atribuir ascende a **Mop\$ 16.906,05**.

\*

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**, tal como o defende a trabalhadora recorrente.

A indemnização a atribuir, portanto, considerando os feriados obrigatórios remunerados existentes nos meses de trabalho prestado nos anos de 1994 e 1998, bem assim como durante os doze meses completos dos anos de 1995 a 1997, atinge o valor de **Mop\$.16.888,32**.

Em suma, o valor indemnizatório global soma a quantia de **Mop\$ 84.125,86**.

\*\*\*

#### **IV- Decidindo**

Nos termos expostos, acordam em conceder provimento ao recurso, revogando a sentença e, em consequência, condenando a STDM no pagamento à autora da importância indemnizatória de **Mop\$ 84.125,86**, acrescida de juros de mora calculados pela forma decidida pelo TUI no seu acórdão de 2/03/2011, no processo n. 69/2010.

Custas em ambas as instâncias na proporção do decaimento.

TSI, 06 / 10 / 2011.

José Cândido de Pinho

Choi Mou Pan

Lai Kin Hong (com declaração de voto)

**Processo nº 257/2011**  
**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, 06OUT2011

O juiz adjunto

Lai Kin Hong