

Processo n°264/2009

Relator: Cândido de Pinho

Data do acórdão: 29 de Setembro de 2011

Descritores: - Trabalho doméstico
- 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- Na vigência 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- O trabalhador que preste serviço em dias de **descanso anual** ao abrigo do DL 101/84/M, mesmo tendo auferido o salário correspondente, terá direito ainda a uma compensação equivalente a mais um dia de salário médio diário, ao abrigo dos arts. 23º, n.1 e 24º, n.2 (*salário médio diário x1*).

Na vigência do DL 24/89/M, terá o trabalhador a auferir, durante esses dias, 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*).

Processo n° 264/2009

(Recurso cível e laboral)

Acordam no Tribunal de Segunda Instância da RAEM

I- Relatório

A, com o patrocínio do Ministério Público, com os demais sinais dos autos, moveu acção comum de trabalho contra a STDM pedindo a condenação desta no pagamento de Mop\$924.094,10 como compensação pelos *descansos semanais, feriados obrigatórios e descansos anuais* não gozados desde o início até ao fim da relação laboral.

*

No despacho saneador, foram julgados prescritos os créditos anteriores a 13 de Março de 1987.

*

Desse despacho recorreu, então, a autora, em cujas alegações apresentou as seguintes **conclusões**:

- 1) *No caso concreto, é todo o regime contido no Código Civil de 1966 que tem aplicabilidade e não o novo regime de Código Civil de Macau por falta de regulamentação específica no domínio do direito de trabalho;*
- 2) *A prescrição é um efeito jurídico da inércia prolongada do titular do direito no seu exercício;*
- 3) *O legislador prevê situações, ligadas a relações de especial proximidade e confiança e até de conflito de interesses, em que não é justo que a inércia prolongada do titular do direito no seu exercício seja desvalorada e daí a previsão legal das chamadas causas bilaterais de suspensão do prazo de prescrição;*
- 4) *Uma das causas bilaterais de suspensão do prazo de suspensão é a*

pendência da relação de trabalho doméstica;

- 5) No nosso entender, a particular relação de trabalho propriamente dita tem toda a semelhança, na sua essência, com a relação de trabalho doméstica, e todos os elementos necessários (subordinação jurídica, retribuição) estão plenamente verificados em ambos os tipos de contrato de trabalho. Ao fim e ao cabo, pode afirmar-se que o contrato de trabalho doméstico é uma sub-espécie do contrato de trabalho;*
- 6) Existe uma zona de intersecção teleológica entre esses dois tipos de contrato de trabalho que justificaria tratamento legal semelhante;*
- 7) Se assim é, significaria que o legislador teria alargado o âmbito da causa bilateral de suspensão prevista na alínea e) do art.º 318.º do Código Civil de 1966 a todas as relações laborais e não apenas às relações laborais de trabalho doméstico;*
- 8) Na verdade, o ponto comum ou zona de intersecção reside-se no facto de que a inibição no exercício do direito por parte do trabalhador doméstico, decorrente da situação de subordinação jurídica em que se encontra e do receio de suscitar conflito com a entidade patronal que pode, inclusivamente, colocar em risco o seu emprego, verifica-se da mesma maneira na relação de trabalho propriamente dito, não se descontinua, alguma diferença de carácter substantivo.*
- 9) Assim, e perante a lacuna legislativa verificada na ordem jurídica de Macau (no âmbito de Código Civil de 1966), o intérprete do direito deve procurar colmatar a mesma lacuna, recorrendo à analogia;*
- 10) Se assim é, não é difícil de concluir que, por aplicação analógica do art.º 318.º, al. E) do Código Civil de 1966, o prazo de prescrição dos créditos emergentes da relação laboral só começa a correr a partir da cessação do contrato de trabalho.*
- 11) Pelo que o art.º 318.º, al E) do Código Civil de 1966 foi violada.*

Nestes termos, e pelas razões acima expostas, o recurso ora interposto mereça, ao nosso ver, de provimento e devendo o mesmo recurso julgado

procedente, alterando a decisão para outra no sentido de julgar improcedente toda a excepção de prescrição levantada pela Ré.

*

Do mesmo despacho saneador recorreu também a ré STD, que **concluiu** as suas alegações do seguinte modo:

1. *A Ré ora Recorrente não concorda com o entendimento do Mmo. Juiz a quo no qual determina o prazo de prescrição dos créditos reclamados pela A., ora Recorrida, ou seja, o de 20 anos (do artigo 309º do CC de 1966).*
2. *Quanto à excepção peremptória de prescrição de créditos anteriores a 13 de Abril de 2002, **porque com mais de 5 anos** desde a citação da Ré ora Recorrente para contestar a acção judicial dos presentes autos, sempre diremos, em conclusão, o seguinte:*
3. *Em termos substantivos e processuais, de acordo com as regras gerais de aplicação das leis no tempo, por ser o CC vigente o diploma que regula o instituto da prescrição à data da entrada da petição inicial, o prazo prescricional aplicável é o de 5 anos (nos termos da alínea f) do artigo 303º do CC vigente, ou, caso seja de aplicar o CC de 1966, nos termos da alínea g) do artigo 310º do CC de 1966), conforme consta do artigo 5º da Contestação.*
4. *Por isso, estando em causa obrigações duradouras, mais precisamente, prestações periódicas, sucessivas, continuadas, reiteradas ou com trato sucessivo,*
5. *Como são as prestações laborais (neste sentido Jorge Leite Areias Ribeiro de Faria, “Direito das Obrigações”, volume I, Almedina, 1987, João de Matos Antunes Varela, “Das Obrigações em Geral”, Volume I, 2000, 10.ª edição e Luis Manuel Teles de Menezes Leitão, 5.ª edição, 2006, vol. I., “Direito das Obrigações”, Coimbra, Almedina) obrigações duradouras, e sendo que o salário e as compensações por descansos se reconduzem ao conceito de salário, conforme os preceitos 28º e 29º do RJRT de 1984 e artigos 26º e 27º do RJRT actual,*

6. *Recebendo a A., ora Recorrida um salário em função do trabalho efectivamente prestado, eventuais créditos que possam ser devidos pela ora Recorrente à Recorrida, devidos a título de compensação pela prestação de trabalho prestado durante o período de descanso semanal, anual, ou em feriados obrigatórios, constituem todos uma parte componente do conceito de salário efectivamente devido no tempo em que tais créditos se constituíram.*
7. *Assim, considerando que a ora Recorrente foi citada em 13 de Abril de 2007, interrompendo a prescrição, os créditos a considerar para efeitos de prescrição são aqueles que forem exigíveis no período compreendido entre 1 de Setembro de 1984 (data da entrada em vigor do D.L. 101/84/M) e 13 de Abril de 2002, já que só estes seriam exigíveis há mais de 5 anos.*
8. *Deste modo, devem considerar-se prescritos todos os créditos laborais vencidos entre 1 de Setembro de 1984 (data da entrada em vigor do D.L. 101/84/M) e 29 de Março de 2000, data em que cessou a relação laboral.*
9. *A Relação entre a R. e a A. terminou há cerca de 7 anos, pelo que, tendo decorrido mais de dois anos sobre a data da cessação, não se aplica o prazo de dois anos de suspensão do prazo de prescrição nos créditos laborais, valendo assim o prazo prescricional de 5 anos*

Em face de todo o exposto - e salvo o devido respeito pelo Tribunal a quo e pela sua douta decisão no saneador - afigura-se, ser de revogar o despacho aqui em crise, por errada determinação das regras prescricionais aplicáveis e das normas legais aplicáveis ao presente litígio.

*

Tendo os autos prosseguido até ao seu termo, foi na altura própria proferida sentença, datada de 03/02/2009, a qual julgou acção parcialmente procedente e a ré condenada a pagar à autora a quantia de MOP\$ 703.869,00.

*

É dessa sentença que, inconformada, a então ré, STDM agora recorre, em cujas alegações apresentou as seguintes **conclusões**:

- I. *A Sentença de que ora se recorre é nula por erro na subsunção da matéria de facto dada como provada à solução de direito, nomeadamente porque a referida sentença condenou a Ré ao pagamento de uma indemnização pelo não gozo de dias de descanso pela A. como se a R. tivesse impedido o gozo daqueles dias, facto de que não se fez prova.*
- II. *Porque estamos em sede de responsabilidade civil, a R. apenas estaria obrigada a indemnizar caso se tivesse feito prova de que aquela praticou um acto ilícito.*
- III. *E, de acordo com os artigos 17º, 20º e 24º do RJRT, apenas haverá comportamento ilícito por parte do empregador - e consequentemente direito a indemnização - quando o trabalhador seja obrigado a trabalhar em dia de descanso semanal, anual e ou em dia de feriado obrigatório e o empregador não o remunerar nos termos da lei.*
- IV. *Ora, nada se provou que fosse susceptível de indiciar qualquer acção ou omissão (muito menos ilícita) por parte da Recorrente no sentido de obstar ao gozo de descansos pela A., não podendo, por isso, reconhecer-se o seu direito à indemnização que peticiona.*
- V. *Porque assim é, carece de fundamento legal a condenação da ora Recorrente por falta de prova de um dos elementos essenciais à prova do direito de indemnização da A., ora Recorrida, i.e., a ilicitude do comportamento da R., ora Recorrente.*
- VI. *A A., ora Recorrida, não estava dispensado do ónus da prova quanto ao não gozo de dias de descanso e devia ter feito prova de que dias alegadamente não gozou.*
- VII. *Assim sendo, o Tribunal a quo errou na aplicação do direito,*

pelo que o douto Tribunal de Segunda Instância deverá anular a decisão e absolver a Recorrente dos pedidos deduzidos pela A., ora Recorrida.

- VIII. *Nos termos do n.º 1 do art. 335.º do Código Civil (adiante CC) “Àquele que invoca um direito cabe fazer prova dos factos constitutivos do direito alegado.”.*
- IX. *Por isso, e ainda em conexão com os quesitos 16.º a 22.º da base instrutória, cabia à A., ora Recorrida, provar que a Recorrente obistou ou negou o gozo de dias de descanso.*
- X. *Ora nada se provou que fosse susceptível de indicar qualquer acção ou omissão (muito menos ilícita) por parte da Recorrente que haja obstado ao gozo de descansos pela A., não podendo, por isso, afirmar-se o seu direito ao pagamento da indemnização que pede, a esse título.*

Assim não se entendendo, e ainda concluindo:

- XI. *O n.º 1 do art. 5.º do RJRT dispõe que o diploma não será aplicável perante condições de trabalho mais favoráveis que sejam observadas e praticadas entre empregador e trabalhador, esclarecendo o art. 6.º deste diploma legal que os regimes convencionais prevalecerão sempre sobre o regime legal, se daqui resultarem condições de trabalho mais favoráveis aos trabalhadores.*
- XII. *O facto da A. ter beneficiado de um generoso esquema de distribuição de gorjetas que lhe permitiu, ao longo de vários anos, auferir mensalmente rendimentos que numa situação normal nunca auferiria, justifica, de per se, a possibilidade de derrogação do dispositivo que impõe ao empregador o dever de pagar um salário justo, pois caso a Recorrida auferisse apenas um salário justo - da total responsabilidade da Recorrente e pago na íntegra por esta - certamente que esse salário seria inferior ao rendimento total que a Recorrida, a final, auferiu durante os vários anos em que foi empregado da*

Recorrente.

XIII. *Não concluindo pelo tratamento mais favorável ao trabalhador resultante do acordado entre as partes - consubstanciado, sobretudo, nos altos rendimentos que a A. auferia - incorreu o Tribunal a quo em erro de direito, o que constitui causa de anulabilidade da sentença ora em crise.*

Assim não se entendendo e ainda concluindo:

XIV. *A aceitação do trabalhador de que aos dias de descanso semanal, anual e em feriados obrigatórios não corresponde qualquer remuneração teria, forçosamente, de ser considerada como válida.*

XV. *Os artigos 24º e seguintes da Lei Básica consagram um conjunto de direitos fundamentais, assim como os artigos 67º e seguintes do Código Civil consagram um conjunto de direitos de personalidade, e do seu elenco não constam os alegados direitos violados (dias de descanso anual, semanal e feriados obrigatórios).*

XVI. *Não tendo o legislador consagrado a irrenunciabilidade dos direitos em questão, devem os mesmos ser considerados livremente renunciáveis e, bem assim, considerada eficaz qualquer limitação voluntária dos mesmos, seja essa limitação voluntária efectuada ab initio, superveniente ou ocasionalmente.*

XVII. *Donde, deveria o Tribunal ter considerado eficaz a renúncia ao gozo efectivo de tais direitos, absolvendo a aqui Recorrente do pedido.*

Assim não se entendendo, e ainda concluindo:

XVIII. *Ao trabalhar voluntariamente - e, realce-se, não ficou em nenhuma sede provado que esse trabalho não foi prestado de forma voluntária, muito pelo contrário - em dias de descanso (sejam eles anual, semanal ou resultantes de feriados), a*

Recorrida optou por ganhar mais.

XIX. E, não tendo a Recorrida sido impedido de gozar quaisquer dias de descanso anual, de descanso semanal ou quaisquer feriados obrigatórios, forçoso é concluir pela inexistência do dever de indemnização da por parte da R..

Ainda sem conceder, e ainda concluindo:

XX. Por outro lado, jamais pode a ora Recorrente concordar com o regime aplicado pela Mma. Juiz a quo aquando do cálculo do quantum indemnizatório, uma vez que, apesar de se preocupar com a aferição do quantum diário do salário da A., ora Recorrida, acaba por aplicar o regime previsto para o salário mensal, sendo que toda a factualidade alegada pela Ré e confirmada pelas suas testemunhas em sede de Julgamento, indica no sentido inverso, ou seja, do salário diário.

XXI. Com efeito, a proposta contratual oferecida pela ora Recorrente aos trabalhadores dos casinos, como a aqui Recorrida, é a mesma há mais de 30 anos: auferiam um salário diário fixo de HKD\$15 (MOP\$ 4.10 ou de HKD\$10), ou seja, um salário de acordo com o período de trabalho efectivamente prestado.

XXII. Acresce que o “esquema” do salário diário nunca foi contestado pelos trabalhadores na pendência da relação contratual.

XXIII. Trata-se de uma disposição contratual válida e eficaz de acordo com o RJRT, que prevê, expressamente, a possibilidade das partes acordarem no regime salarial mensal ou diário, no âmbito da liberdade contratual prevista no art. 1º do RJRT.

XXIV. O trabalho prestado pela Recorrida em dias de descanso foi sempre remunerado em singelo.

XXV. A remuneração já paga pela ora Recorrente à ora Recorrida por esses dias deve ser subtraída nas compensações devidas

pelos dias de descanso a que a A. tinha direito.

XXVI. *Maxime, o trabalho prestado em dia de descanso semanal, para os trabalhadores que auferem salário diário, deve ser remunerado como um dia normal de trabalho (cfr. al. a) e b) do n.º 6 do art.º 17º do RJRT, tendo o Tribunal a quo descurado em absoluto essa questão.*

XXVII. *Ora, nos termos do art. 26º, n.º 4 do RJRT, salário diário inclui a remuneração devida pelo gozo de dias de descanso e, nos termos do art. 17º, n.º 6, al. b), os trabalhadores que auferem salário diário verão o trabalho prestado em dia de descanso semanal remunerado nos termos do que for acordado com o empregador.*

XXVIII. *No presente caso, não havendo acordo expresso, deverá considerar-se que a remuneração acordada é a correspondente a um dia de trabalho.*

XXIX. *Assim não se entendendo, veja-se os recentes **Acórdãos do Tribunal de Última Instância da RAEM de 21 de Setembro de 2007, de 22 de Novembro de 2007 e de 27 de Fevereiro de 2008** proferidos, respectivamente, nos **Processos n.º 28/2007, n.º 29/2007 e n.º 58/2007**, nos quais foi consagrado o entendimento de que a compensação pelo não gozo de dias de descanso semanal deve ser paga em singelo, e não em dobro, uma vez que a Autora já foi paga em singelo (...).*

XXX. *A decisão recorrida enferma assim de ilegalidade, por errada aplicação da al. b) do n.º 6 do art. 17º e do artigo 26º do RJRT, o que importa a revogação da parte da sentença que condenou a Recorrente ao pagamento relativo às compensações pelo não gozo dos dias de descanso, o que, expressamente, se requer.*

Ainda concluindo:

XXXI. *As gorjetas dos trabalhadores de casinos não são parte integrante do conceito de salário.*

- XXXII. *Neste sentido a corrente Jurisprudencial dominante, onde se destacam os Acórdãos do Tribunal de Última Instância da Região Administrativa Especial de Macau, 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.*
- XXXIII. *Também neste sentido se tem pronunciado a doutrina de uma forma pacificamente unânime.*
- XXXIV. *O ponto essencial para a qualificação das prestações pecuniárias enquanto prestações retributivas é quem realiza a prestação. A prestação será retribuição quando se trate de uma obrigação a cargo do empregador.*
- XXXV. *Nas gratificações há um animus donandi, ao passo que a retribuição consubstancia uma obrigatoriedade.*
- XXXVI. *A propósito da incidência do Imposto Profissional: “O Imposto Profissional incide sobre os rendimentos do trabalho, em dinheiro ou em espécie, de natureza contratual ou não, fixos ou variáveis, seja qual for a sua proveniência ou local, moeda e forma estipulada para o seu cálculo e pagamento”. É a própria norma que distingue, expressamente, gorjetas de salário.*
- XXXVII. *Qualifica Monteiro Fernandes expressamente as gorjetas dos trabalhadores da STDM como “rendimentos do trabalho”, esclarecendo que os mesmos são devidos por causa e por ocasião da prestação de trabalho, mas não em função ou como correspectividade dessa mesma prestação de trabalho.*
- XXXVIII. *Na verdade, a reunião e contabilização das gorjetas é realizada nas instalações dos casinos da STDM, mas com a colaboração e intervenção de croupiers, funcionários da tesouraria e de funcionários do governo que são chamados para supervisionar a contabilização das mesmas.*

- XXXIX. *Salvo o devido respeito pela Mma. Juiz a quo, a posição de sustentar a integração das gorjetas no conceito jurídico de salário, com base no conceito abstracto e subjectivo de “salário justo”, não tem qualquer fundamento legal, nem pode ter aplicação no caso concreto.*
- XL. *Em primeiro lugar, porque o que determina se certo montante integra ou não o conceito de salário, são critérios objectivos, que, analisados detalhadamente, indicam o contrário, se não vejamos: as gorjetas são (i) montantes entregues por terceiros; (ii) variáveis; (iii) não garantidas pela STDM aquando da contratação; (iv) reunidas e contabilizadas pelos respectivos croupiers, juntamente com funcionários da tesouraria e do governo de Macau.*
- XLI. *E reforça a nossa tese a posição do governo de Macau que nunca considerou necessário a definição de um montante mínimo salarial que pudesse servir de bitola para a apreciação - menos discricionária - do que é um salário justo.*
- XLII. *Dessa forma, o cálculo da eventual indemnização só poderia levar em linha de conta o salário diário, excluindo-se as gorjetas.*

Nestes termos e nos melhores de direito aplicáveis, que V. Exas. doutamente suprirão, deve o presente recurso ser julgado totalmente procedente, revogando-se a decisão recorrida em conformidade, fazendo V. Exas., mais uma vez, JUSTIÇA.

II- Os Factos

A sentença fixou a seguinte factualidade:

A) *A autora estabeleceu a relação contratual com a ré em 6 de Março de 1970.*

B) A autora cessou a relação contratual com a ré em 29 de Março de 2000.

C) A A. foi admitida como empregada de casino (庄荷), recebendo de dez em dez dias da R., como contrapartida da sua actividade prestada a favor desta, desde o início da relação contratual até a data da sua cessação, duas quantias, uma fixa, no valor de MOP\$ 4,10 por dia, desde o seu início até 30 de Junho de 1989, e de HKD\$ 10,00 por dia, desde de 1 de Julho de 1989 até 30 de Abril de 1995, e de HKD\$ 15,00 por dia, desde 1 de Maio de 1995 até à data da cessação da relação contratual e ainda outra parte variável, em função do dinheiro recebido dos clientes de casinos vulgarmente designado por gorjetas.

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

E) Os empregados que não trabalhavam directamente nas mesas ou os que não lidavam com clientes tinham também direito a receber quota-parte das gorjetas distribuídas.

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

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

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

I) A A. como empregada de casino, foi expressamente avisada pela R. que era proibida de guardar com quaisquer gorjetas entregues pelos clientes de casinos.

J) A A. prestou serviços em turnos, conforme os horários fixados pela R.

K) A ordem e o horário dos turnos são os seguintes:

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

2) 3º e 5º turnos: das 15h00 até 19h00, e das 23h00 até 03h00 (dia seguinte);

3) 2º e 4º turnos: das 11h00 até 15h00, e das 19h00 até 23h00.

L) A A. tinha direito a pedir dias de dispensa ao serviço, mas não eram remunerados, quer com rendimento diário fixo, quer com gorjetas correspondentes.

M) As gorjetas oferecidas a cada um dos seus trabalhadores pelos seus clientes eram reunidas e contabilizadas diariamente pela seguinte composição de indivíduos: um funcionário do Departamento de Inspeção de Jogos de Fortuna ou Azar, um membro do departamento de tesouraria da R., um “floor manager” (gerente do andar) e trabalhadores das mesas de jogo, e depois distribuídas, de dez em dez dias, por todos os trabalhadores dos casinos da R.

N) A composição do rendimento a que se alude na alínea C) da matéria de facto assente foi acordada através de acordo verbal celebrado entre A. e R.

G) Em 11 de Março de 1985, a A. deu à luz uma filha de nome B.

O) Este é o 1º parto da A.

P) Durante todo o período de licença por ocasião do parto, a R. não pagou qualquer salário à A.

Factos provados através da audiência:

1. No período entre 1984 e 2000, a autora auferiu os seguintes rendimentos a título de retribuição pelos serviços prestados a favor da ré:

a) No ano de 1984: MOP\$ 123.615,00;

- b) No ano de 1985: MOP\$ 73.230,00;*
- c) No ano de 1986: MOP\$ 106.430,00;*
- d) No ano de 1987: MOP\$ 127.439,00;*
- e) No ano de 1988: MOP\$ 134.241,00;*
- f) No ano de 1989: MOP\$ 159.695,00;*
- g) No ano de 1990: MOP\$ 184.674,00;*
- h) No ano de 1991: MOP\$ 159.545,00;*
- i) No ano de 1992: MOP\$ 162.674,00;*
- j) No ano de 1993: MOP\$ 189.381,00;*
- k) No ano de 1994: MOP\$ 197.555,00;*
- l) No ano de 1995: MOP\$ 210.907,00;*
- m) No ano de 1996: MOP\$ 219.415,00;*
- n) No ano de 1997: MOP\$ 198.950,00;*
- o) No ano de 1998: MOP\$ 178.214,00;*
- p) No ano de 1999: MOP\$ 131.396,00;*
- q) No ano de 2000: MOP\$ 19.114,00;*

2. Segundo o acordo entre a autora e a ré, a autora tinha direito a receber as gorjetas conforme a maneira fixada pela ré que era aplicável na altura.

3. Na posição da autora, este considerava que a distribuição das gorjetas era um dos direitos decorrentes da relação contratual com a ré.

4. As gorjetas eram uma das partes do rendimento que a autora

sempre esperava.

5. O rendimento variável era sempre pago regular e periodicamente pela ré.

6. Desde o início da relação contratual, o rendimento fixo diário da autora era responsável e garantido por parte de empregador.

7. Quer a ré, quer a autora, ambos tinham perfeito conhecimento de que o rendimento, independentemente variável ou fixo, é a retribuição obtida pelos serviços prestados pela autora à ré.

8. A autora sempre esperava que o rendimento fosse pago de forma contínua e periódica.

9. Os trabalhadores da ré (incluindo a autora) recebiam as gorjetas de quantias diferentes que a ré decidiu previamente de acordo com as posições e horas de trabalho.

10. Na vigência da relação contratual, a autora nunca gozou um dia de descanso em cada semana de trabalho.

11. A ré nunca pagou à autora quaisquer compensações adicionais face ao serviço prestado pela autora nos dias de descanso.

12. Nem a autora foi dispensada de um outro dia de descanso para compensar.

13. A autora nunca gozou dias de descanso nos dias de feriados obrigatórios remunerados ou não remunerados.

14. A ré nunca pagou à autora quaisquer compensações pecuniárias adicionais face ao serviço prestado pela autora nos dias de feriados obrigatórios acima referidos.

15. A autora nunca gozou seis dias de descanso em cada ano de trabalho.

16. A ré nunca pagou à autora quaisquer compensações

pecuniárias adicionais face ao serviço prestado pela autora nesse período.

17. Em 1985, a autora gozou, pelo menos, 35 dias de descanso por ocasião do parto, mas não recebeu nenhuma remuneração.

18. Até hoje, face aos trabalhos prestados pela autora nos dias de descanso semanal, anual e feriados obrigatórios, a ré nunca lhe pagou quaisquer compensações adicionais.

19. Antes da entrada da autora ao serviço da ré, a autora foi informada pela ré que as gorjetas oferecidas pelos clientes aos trabalhadores não eram para seu benefício exclusivo, mas para todo o pessoal tais como segurança até gerente que naquela organização prestavam serviço.

20. Sobre isso, a autora foi informada explicitamente no momento de contratação.

21. A autora era livre de pedir o gozo de dias de descanso sempre que assim o entendesse, desde que tal gozo de dias não pudesse em causa o funcionamento da empresa da ré.

III- O Direito

1- Recurso do despacho saneador

São dois os recursos interpostos do despacho saneador, no que concerne à prescrição ali decidida. Tal despacho considerou que o prazo prescricional é de 20 anos contado até ao momento em que ocorreu a notificação da ré para a tentativa de conciliação, o que se verificou em 13/03/2007. A autora, considerando estar perante uma lacuna da ordem jurídica de Macau no âmbito do Código Civil de 1966, entende que o prazo só deveria começar a correr a partir da data da cessação do contrato, por aplicação analógica do art. 318º, al. e), do CC, hipótese em que não estaria verificada a prescrição. A ré, diferentemente, pugna que o prazo de prescrição a considerar é o de 5 anos, nos termos da alínea f), do art. 303º

do CC vigente ou, caso seja de aplicar o CC de 1966, nos termos do art. 310º, al. g), caso em que estariam todos prescritos.

Apreciemos ambos os recursos e vejamos se algum dos recorrentes tem razão.

A solução tomada no despacho saneador representa a decisão correcta, que abraça, aliás, a posição desta instância quando chamada a pronunciar-se sobre o tema. A respeito deste, portanto, e para não nos alongarmos em considerações escusadas, apenas algumas breves considerações.

Em primeiro lugar, importa dizer que a legislação laboral de Macau (DL n. 101/84/M, de 25/08 e, posteriormente, o DL no 24/89/M, de 3/ de Abril) nada estatuem, especificamente, sobre o regime de prescrição dos créditos emergentes das relações laborais. E se é certo que o Código Civil previa a figura do contrato de trabalho, a verdade é também que não regulamentou o seu regime, remetendo-o para legislação especial (arts. 1152º e 1153º). Assim, em matéria de prescrição, haverá que recorrer ao regime do Código Civil, importando apenas averiguar se o anterior de 1966, se o de 1999.

O art. 290º, n.1 do Cod. Civil actual (que entrou em vigor em 1 de Novembro de 1999) estabelece que o prazo fixado em lei nova, desde que mais curto do que o fixado em lei anterior, será aplicado aos prazos que já estiverem em curso. Contudo, ainda de acordo com a referida norma, o início desse prazo só se dá a partir da entrada em vigor da nova lei, “*a não ser que, segundo a lei antiga, falte menos tempo para o prazo se completar*”, caso em que essa será a lei aplicável.

Ora, o prazo ordinário de 15 anos fixado na lei nova (art. 302º, do C.C. vigente) contado desde 1/11/1999 terminaria em 1/11/2014. Quer dizer, só a partir dessa data se colocarão problemas de prescrição ao abrigo da lei nova; neste momento, não. Mas sob o império da aplicação da lei velha (20 anos), é já possível que alguns créditos tenham prescrito, bastando que até à data da verificação do facto interruptivo tenham já passado 20 anos (art. 309º, C.C. anterior). Só isto é suficiente para concluir pela aplicação ao caso do prazo estabelecido no CC de 1966.

Mas, obtida esta conclusão, outra questão já se coloca.

Deverá ter-se em conta o disposto no art. 318º, al. e), do C.C. de 1966, segundo o qual a prescrição não começa, nem corre “*entre quem presta o trabalho doméstico e o respectivo patrão, enquanto o contrato durar*”

(negrito nosso), tal como o defende o recorrente?

Recordemos que a legislação laboral da RAEM nada diz sobre o assunto. E, por tal motivo, entende o recorrente que se deve aplicar a referida norma como forma de integração da lacuna. Isto é, o prazo só deve começar a correr após a cessação da sua relação laboral, tal como acontecia com as relações de trabalho doméstico. E em apoio dessa opinião, chama à colação o art. 311º, al. c), do C.C. vigente, segundo o qual *“a prescrição não se completa entre quem presta o trabalho doméstico e o respectivo empregador por todos os créditos, bem como entre as partes de quaisquer outros tipos de relações laborais, relativamente aos créditos destas emergentes, antes de 2 anos decorridos sobre o termo do contrato de trabalho”*.

Ora, em primeiro lugar, desta última disposição não decorre que o prazo apenas se inicia com o termo da relação laboral. Ao dizer no seu proémio que *“a prescrição não se completa”* está a partir de um pressuposto, que é o de haver um prazo já iniciado, o qual não terminará senão ao fim de um período de dois anos após o termo do contrato de trabalho. Trata-se, em suma, de uma disposição que estabelece uma suspensão do prazo prescricional e não um diferimento do *“dies a quo”*.

Em segundo lugar, na medida em que ela traz à luz do dia uma estatuição até então inexistente, a ideia de uma novação parece sair reforçada. Quis o legislador tomar posição expressa pela primeira vez sobre o assunto, não sendo legítimo inferir que essa sempre fora a sua intenção implícita contida na legislação anterior.

Mas regressemos ao art. 318º do C.C. de 1966. Poderemos ver nela a possibilidade de aproveitamento do seu regime aos casos por ela não abrangidos? Não, em nossa opinião.

Trata-se de uma norma muito particular que o legislador quis aplicável somente ao **trabalho doméstico**, por o considerar distinto e com especificidades relativamente ao universo geral da contratação laboral. Havendo uma relação de grande proximidade, até mesmo de confiança pessoal entre empregador e trabalhador doméstico, com maior incidência quando o trabalhador é “interno”, qualquer incursão judicial para reclamar créditos deste contra aquele iria abalar definitivamente a relação. Porque foi isso o que o legislador anteviu, logo tratou de trazer para a norma um mecanismo de defesa dos interesses do trabalhador, protegendo-o desse risco. Mas não tendo o legislador avistado idêntico perigo nas demais relações laborais, nenhuma necessidade viu de consagrar a mesma solução

para elas. Assim sendo, uma vez que nesta matéria o silêncio da lei sobre os demais casos de serviço não doméstico não representa nenhum vazio legal, não podemos falar de lacuna que mereça ser preenchida (este é o sentido unânime da jurisprudência produzida sobre o assunto, de que a título de exemplo citamos o *Ac. do TSI de 19/03/2009, Proc. n. 690/2007*).

*

E como proceder para apuramento concreto da prescrição?

Tendo em consideração duas disposições: a do art. 306º, n.1 e a do art. 323º, n.1, do C.C. de 1966. Ou seja, tendo-se em conta que o prazo começa a correr quando o direito puder ser exercido (1ª) e que o prazo se interrompe com a citação (2ª). Assim sendo, visto que o facto interruptivo da notificação para a tentativa de conciliação ocorreu em 13/03/2007, este será o marco a considerar. Prescritos estarão os créditos eventualmente existentes até 12/03/1987, inclusive.

Pelo exposto, nenhuma censura o saneador merece, improcedendo, pois, ambos os recursos.

*

2- 2- Recurso da sentença

Defende a recorrente STDM que a sentença seria nula quanto aos factos dados como apurados, por não se ter demonstrado que o trabalhador esteve impedido (e só nessa circunstância haveria ilícito) de gozar os dias de descanso semanal, anual, feriados obrigatórios ou sequer que nunca os tenha gozado.

A nosso ver, não tem razão. Com efeito, o que importava apurar era somente se o trabalhador gozou ou não os dias de descanso e os feriados. Saber se a eles o trabalhador *renunciou* é já questão impeditiva que à STDM cumpria alegar e demonstrar (art. 335º, n.2, do C.C.). E isso não aconteceu. Quanto ao impedimento invocado, algo mais adiante diremos.

-

Mas esta matéria obriga, ainda, a outro tipo de considerações. E uma delas é a *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 – *e não se provou* - ela seria inoperativa, porque prejudicial aos interesses do trabalhador.

Isto não quer dizer, bem entendido, que trabalhar nesses dias de descanso signifique 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.

-

Retomando a discussão iniciada, somos levados a dizer que não existe falta de prova, nem sequer erro na apreciação da prova. Pensa a recorrente que sim, quanto ao primeiro ponto, por achar que o *impedimento* por parte do trabalhador em gozar aqueles dias de descanso seria necessário à aquisição do direito a compensação. Mas não. 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 seria necessário que se provasse que o trabalhador foi obrigado a trabalhar contra a sua vontade naqueles dias (sobre este ponto, apenas seremos levados a concordar com a recorrente quanto ao descanso anual, mas a seu tempo trataremos dele).

Diferente se nos afigura já a questão do *erro na apreciação da prova*. A solução antevê-se, porém, fácil.

Em 1º lugar, cumpriria à recorrente indicar as passagens da gravação em que se funda para infirmar a decisão sobre a matéria de facto (art. 599º, n.2, do CPC). E não o fez.

Em 2º lugar, a decisão em causa repousa numa convicção do julgador que, sem outros dados adicionais que possamos conferir, é impossível controlar.

Portanto, à falta de melhores elementos, não se pode dar razão à recorrente sobre este ponto.

*

Da natureza do vínculo e da composição do salário

Nas conclusões seguintes, o recorrente insurge-se contra a indemnização fixada, em especial contra a fórmula de cálculo fixada na sentença. Todavia, para apuramento de um dos factores que integram a fórmula importa que afirmemos previamente a natureza do contrato e o valor do salário em causa.

O recorrente começou a trabalhar para a recorrida em 1988 como empregado 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 acima já citado:

*“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.

*

E diz ainda a recorrente STDM que a sentença andou mal ao partir da existência de um **salário mensal** para apuramento do valor compensatório reclamado pelo trabalhador.

É para nós 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 00h00 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 que 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?

Antes de mais nada, cumpre salientar que no cálculo da indemnização teremos que ter em conta a prescrição dos créditos anteriores a 13/03/1987.

a) **Descanso semanal**

Na vigência do DL n.º **DL n. 101/84/M**

A sentença nesta parte entendeu que o diploma em epígrafe não concedia nenhuma compensação pecuniária pelos dias de trabalho prestado nos períodos de descanso semanal referente ao período de vigência deste diploma.

Ora, não tendo o autor recorrido da sentença, e atendendo ao objecto do recurso apresentado pela STDM, impedido está o tribunal de se pronunciar sobre o assunto.

*

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: **$A \times B \times 2$** , tal como concluiu a sentença recorrida, pelo que improcede o recurso da STDM nesta parte ao defender que o factor a utilizar deveria ser *I*.

O valor devido será de ***Mop\$ 568.747,00.***

*

b) Descanso anual

- *Na vigência do DL n. 101/84/M*

O art. 23º, n.1 reza assim:

“O trabalhador permanente tem direito a seis dias de descanso anual, sem perda de salário, para além dos períodos de descanso semanal e dos feriados obrigatórios”.

O art. 24º, por seu turno, dispõe do seguinte modo:

”1- O período ou períodos de descanso anual a gozar por cada trabalhador será fixado pelo empregador, de acordo com as exigências de funcionamento da empresa.

2- No momento da cessação da relação de trabalho, se o trabalhador não tiver ainda gozado o respectivo período de descanso anual, ser-lhe-á pago o salário correspondente a esse período”.

A solução coerente e harmónica com todo o espírito que perpassa no diploma, já vista nos restantes casos, não pode deixar de ser a que impõe ao empregador o dever de pagar mais uma unidade salarial. Expliquemo-nos mais uma vez, tanto por uma, como por outras das perspectivas que temos vindo a desenhar.

1ª Perspectiva (pagamento do *devido*):

Suponhamos que o empregador pagou ao trabalhador a importância que ele sempre teria que receber pelo gozo dos dias de descanso anual – sem perda de salário, diz o art. 23º, n.1; sem possibilidade de desconto no salário mensal, diz o art. 28º.

Como ele trabalhou nesse dia, falta pagar-lhe o salário correspondente ao serviço prestado. Ou seja, tem a receber **1 (um)** crédito salarial correspondente a um dia de salário.

2ª Perspectiva (pagamento do *prestado*):

Se o empregador já pagou ao trabalhador o serviço *prestado* em cada um desses dias, falta pagar-lhe o valor correspondente aos dias de descanso

não gozados e que sempre lhe seria *devido*. Portanto, **1 (um)** dia de crédito salarial.

A fórmula é, em qualquer caso, **salário médio x 1**, tal como atribuído na sentença, que assim não merece reparo.

O valor é, pois, de **Mop\$ 5.026,00**.

*

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 tecidas atrás, quando nos referimos ao modo de compensar o trabalhador que prestou 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 como além: 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**.

Acontece que a sentença entende que a compensação deve ser calculada com base em dois dias de salário (fórmula $AxBx2$), com o que a STDM nas suas alegações expressamente se conformou (ver fls. 28 das alegações de recurso).

Razão pela qual o TSI nada pode fazer, senão aceitar o valor encontrado na 1ª instância, já que nesta parte não há dissensão entre decisão e recurso.

A importância ascende, pois, a **Mop\$ 65.513,00**.

*

c) **Feriados obrigatórios**

Na vigência do DL n. 101/84/M

A sentença não atribuiu qualquer valor indemnizatório. Ora, como o trabalhador interessado não recorreu da sentença e o objecto do recurso interposto pela STDM não abrange esta matéria, até por lhe ser favorável, está o TSI impedido de se pronunciar sobre o tema.

*

Na vigência do DL n. 24/89/M

- Feriados remunerados

Esta lei trouxe inovações: introduziu uma indemnização 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 *acréscimo 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, porém, considerou que o factor multiplicador seria o **2**, ao passo que a STDM defende ser 1.

A ser assim, seremos forçados a aceitar o valor atribuído na sentença, dada a não interposição de recurso por parte do trabalhador e a posição da recorrente STDM. O valor a atribuir será, pois, o fixado na sentença, que monta a **Mop\$ 64.583,00.**

*

O valor total será, pois, de **Mop\$. 703.869,00.**

IV- Decidindo

Face ao exposto, acordam em:

1- Negar provimento aos recursos interpostos do despacho saneador.

Custas pelos recorrentes.

2- Negar provimento ao recurso interposto da sentença, confirmando deste modo a condenação da STDM no pagamento ao autor da importância de **Mop\$.703.869,00**, a que acrescerão os juros de mora calculados pela forma decidida pelo TUI no seu acórdão de 2/03/2011, no processo n. 69/2010.

Custas pela recorrente STDM.

TSI, 29 / 09 / 2011.

José Cândido de Pinho

Choi Mou Pan

Lai Kin Hong
com declaração de voto

Processo nº 264/2009
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, 29SET2011

O juiz adjunto

Lai Kin Hong