Processo n° 351/2010

Relator: Cândido de Pinho

Data do acórdão: 24 de Novembro de 2011

Descritores:

- Trabalho doméstico
- Contrato de trabalho
- Salário
- Gorjetas
- Descanso semanal, 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 nº 351/2010
(recurso Cível e laboral)

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

I- Relatório

A, com os demais sinais dos autos intentou contra a **STDM** acção de processo comum de trabalho pedindo a condenação desta no pagamento da quantia total de *MOP\$2.162.216,00*, a título de indemnização pelo não pagamento do trabalho prestado em dias de descanso semanal, anual e feriados, danos não patrimoniais, descontos efectuados para o Fundo dos Trabalhadores e dos juros respectivos.

*

Seguiu-se contestação e resposta, vindo a seu tempo a ser proferido o despacho saneador, de que não foi interposto recurso jurisdicional.

*

A seu tempo foi proferida sentença, que condenou a **STDM** a pagar ao autor a importância de *MOP\$ 10.248,10*, a título de compensação pelo trabalho prestado nos dias de descanso semanal, anual e feriados obrigatórios, acrescida de juros legais.

*

É dessa sentença que ora recorre o então autor, formulando nas alegações respectivas as seguintes *conclusões*:

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

B - A Sentença recorrida viola o Princípio da Igualdade, pois os direitos dos trabalhadores nas mesmas circunstâncias do recorrente têm vindo a ser acauteladas pelos Tribunais da 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 do recorrente, a Sentença proferida viola o constante do art. 25º do RJRT, o

art. 23º, nº 3 da Declaração Universal dos Direitos do Homem, o art. 7º do Pacto Internacional sobre os Direitos Económicos, Sociais e Culturais, entre outros, com a 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 A. recebeu determinadas quantias, em que ficou expresso que o salário do recorrente inclui as gorjetas recebidas e distribuídas aos trabalhadores pela recorrida, 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, situação analisada na Doutra Sentença proferida, as gorjetas não são recebidas e distribuídas ao belo prazer da entidade patronal, segundo regras e critérios desconhecidos dos trabalhadores, sendo a questão clara e transparentemente regulada por Lei.

G - A Lei 7/2008 veio, e bem, regular estas situações em que se integra o recorrente, prevendo claramente que o sistema de recebimento de “gorjetas” criado pela R. e a que a 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 do recorrente por trabalho efectivo prestado em dias de descanso semanal é 2 x valor da remuneração média diária x número de dias de descanso semanal

vencidos e não gozados e não a constante da Doutra Sentença proferida.

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

J - De acordo com o disposto nos arts. 21º e 24º do D.L. nº 24/89/M, a fórmula de “I cálculo da indemnização do recorrente por trabalho efectivo prestado em dias de descanso anual é 2 x valor da remuneração média diária x os dias de descanso anual vencidos e não gozados e não qualquer outra fórmula.

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

M - 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.

*

A STDM respondeu ao recurso, formulando as seguintes conclusões:

1 - As gratificações ou gorjetas recebidas pelos empregados de casino dos clientes 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 espírito de animus donandi de terceiros, estranhos à relação jurídicolaboral, nunca poderia a trabalhadora 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., ora Recorrente, e restantes trabalhadores, nenhum dever jurídico impedia 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., ora Recorrente), nunca a Recorrente reclamou da ora Recorrida o seu pagamento.*
- 6 - *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 - *Dispõe o artigo 25º, n.º I do RJRT que “Pela prestação dos seus serviços ou actividade laboral, os trabalhadores têm direito a um salário justo.”.*
- 8 - *Salvo o devido respeito por opinião contrária, analisando a certidão de rendimentos da Recorrente, não se pode dizer que ao 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 da Recorrente e sua família.*
- 9 - *A decisão recorrida não viola o princípio da igualdade, pois cada*

“sentença constitui caso julgado nos precisos limites e termos em que julga.” - cfr. artigo 576º n.º do C.P.C ..

10 - Deste modo, na esteira do entendimento do mais Alto Tribunal da RAEM, do douto tribunal Recorrido e, bem assim, da doutrina maioritária, entendemos que “As gratificações ou gorjetas recebidas pelos empregados de casino dos clientes não fazem parte do salário.”.

11 - Admitindo a Recorrida, apenas por cautela e por hipótese, que de forma alguma se concede, a obrigação de indemnizar o 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:

*i. Trabalho prestado em dias de **descanso semanal**:*

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

*ii. Trabalho prestado em dias de **descanso anual**:*

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

iii. Trabalho prestado em dias de feriado obrigatório:

- 1. Decreto-Lei n.º 101/84/M: salário diário x0 (e não x1, porque uma parcela já foi pago);*
- 2. Decreto-Lei n.º 24/891M: salário diário x1 (e não x2, porque uma parcela já foi pago);*
- 3. Decreto-Lei n.º 32/90/M: salário diário x1 (e não x2 porque uma parcela já foi pago).*

12- Caso se entenda que as fórmulas supra expostas não são adequadas para o cálculo de uma indemnização eventualmente devida ao Recorrente, remete-se para as fórmulas adoptadas nos já referidos acórdãos do Tribunal de Última Instância, 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.

*

Cumprido decidir.

III- Os Factos

A sentença deu por provada a seguinte factualidade:

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

Desde os anos sessenta até meados de 2002, a Ré foi concessionária de uma licença de exploração, em regime de exclusividade, de jogos de fortuna e azar ou outros, em casinos. (B)

*Essa licença de exploração terminou em 31 de Março de 2002. (C)
Em 01 de Setembro de 1966, o Autor iniciou uma relação laboral com a Ré, sob a direcção efectiva, fiscalização e mediante retribuição por parte desta. (D)*

O Autor inicial passou a exercer as funções de “Croupier”. (E)

A referida relação entre o Autor e a Ré prolongou-se até 25 de Julho de 2002. (F)

O horário de trabalho do Autor foi sempre fixado pela Ré, em função das suas necessidades, por turnos diários, em ciclos de três dias, num total de 8 horas, alternadas de 4 em 4 horas, existindo apenas o período de descanso de 8 horas diárias durante dois dias e um período de 16 horas de descanso no terceiro dia. (G)

Os rendimentos do Autor tinham uma componente fixa e uma variável. (H)

Em 27 de Julho de 2002, o Autor celebrou com a SJM um contrato de trabalho e demais anexos, de cujo teor consta a fls. 146 a 155, que aqui se dá por integralmente reproduzido. (I)

Os rendimentos diários efectivamente recebidos pelo Autor, entre os anos de 1984 e 2001, foram de:

a) 1984 =MOP\$ 354,00

b) 1985 =MOP\$ 387,00

c) 1986 =MOP\$ 350,00

d) 1987 =MOP\$ 380,00

e) 1988 =MOP\$ 373,00

f) 1989 =MOP\$ 458,00

g) 1990 =MOP\$ 515,00

- h) 1991 =MOP\$ 503,00*
- i) 1992 =MOP\$ 526,00*
- j) 1993 =MOP\$ 551,00*
- k) 1994 =MOP\$ 572,00*
- l) 1995 =MOP\$ 633,00*
- m) 1996 =MOP\$ 622,00*
- n) 1997 =MOP\$ 595,00*
- o) 1998 =MOP\$ 562,00*
- p) 1999 =MOP\$ 472,00*
- q) 2000 =MOP\$ 473,00*
- r) 2001 =MOP\$ 487,00 (1º)*

A componente fixa da remuneração do Autor referida na alínea h) foi de MOP\$ 1,70 por dia aquando da contratação até Julho de 1989, de MOP\$ 10,00 por dia de Julho de 1989 a Abril de 1995 e de MOP\$ 15,00 por dia, desde Maio de 1995 até à data da cessação do contrato de trabalho com a Ré. (2º)

Desde o início da relação entre Autor e Ré e até Outubro de 2000, nunca o Autor gozou um único dia de descanso semanal. (5º)

Desde o início da relação entre Autor e Ré até Outubro de 2000, nunca o Autor gozou o período de descanso anual. (6º)

Durante o tempo em que durou a relação entre Autor e Ré, nunca o Autor gozou descanso nos feriados obrigatórios. (7º)

O Autor nunca recebeu qualquer acréscimo salarial pelo trabalho prestado nos dias de descanso semanal, descanso anual e feriados

obrigatórios. (8º).

III- O Direito

1- Da nulidade da sentença

Começa o recorrente por arguir a nulidade do art. 571º, nº1, al. b), do CPC, por entender que a sentença errou na aplicação do direito face à matéria factual assente (cfr. art. 13º das alegações).

Do mesmo modo, nula seria ainda – diz também – nos termos do art. 571º, nº1, al. c), do CPC, uma vez que a decisão estaria em contradição com os fundamentos fácticos.

Não tem razão, claramente. Tanto um como outro dos normativos invocados procedem de uma decisão que, ou não especifica os fundamentos de facto e de direito (será uma sentença sem qualquer fundamentação, sem explanação das razões que a suportam, tanto no plano factual, como no jurídico), ou os fundamentos que desenvolve de forma a expor o *iter cognoscitivo*, o percurso mental desenvolvido para atingir a fase decisória da sentença, estão em contradição com a decisão propriamente dita (o juiz desenvolve uma fundamentação num sentido e, a final, profere uma decisão contrária ao caminho percorrido).

Ora, nada disto verificamos na sentença em crise. O que se passa, eventualmente, é que o juiz da 1ª instância não considerou na decisão um outro facto, nomeadamente o que emerge da resposta ao art. 1º da Base Instrutória, por exemplo. Todavia, tal não caracteriza as referidas nulidades, mas, quando muito, um erro na aplicação do direito, se este TSI, diferentemente do que o entendeu o tribunal “a quo”, achar que do salário fazem parte também as gorjetas e, portanto, que para ele confluem todos os rendimentos recebidos: os da parte fixa e os da parte variável. Mas, isso, repetimos, pode traduzir uma censurável sentença no plano jurídico. E é o que veremos já de seguida.

Improcede, pois, a referida arguição de nulidades.

*

2- Do mérito da sentença

A sentença recorrida, para o cálculo da indemnização a que procedeu, apenas considerou o salário composto pela parte fixa referida na resposta ao art. 2º da Base Instrutória. Ou seja, não considerou as gorjetas como elemento integrante da massa salarial. Daí que tivesse apurado um valor indemnizatório relativamente baixo.

O presente recurso intenta demonstrar a ilegalidade da decisão quanto a esse aspecto e, ainda, quanto aos factores incluídos nas fórmulas de cálculo respeitantes ao descanso semanal, anual e feriados obrigatórios no âmbito de vigência do DL nº 24/89/M.

Vejam, então.

*

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, faziam parte dos rendimentos do autor.

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

Socorramo-nos do *Ac. do TSI de 19/03/2009, Proc. n. 690/2007* (mas todos têm até ao presente momento seguido este entendimento):

“Em face do artigo 1079.º do Código Civil, artigos 25º e 27º do anterior RJRL - cfr. artigos 1º, 4), 9º, 2), 57º da actual LRT, Lei 7/2008, de 12 de Agosto, em princípio não aplicável aos contratos findos, face à redacção do disposto no art. 93º -, art. 23º, n.º 3 da Declaração Universal dos Direitos do Homem, art. 7º do Pacto sobre Direitos Económicos Sociais e

*Culturais e pela Convenção da OIT n.º 131, direitos que por essa via não deixam de ser tutelados pela própria Lei Básica no seu artigo 40º, decorre, face à factualidade apurada, que parece não restarem quaisquer dúvidas de que nos encontramos perante um verdadeiro e puro **contrato de trabalho** entre a autora e a ré, em que esta, mediante uma retribuição, sob autoridade, orientações e instruções daquela, começou a trabalhar na área de actividade ligada à exploração de jogos de fortuna ou azar”.*

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

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

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

Depois, não eram gorjetas que o trabalhador do casino guardava para si vindas directamente do cliente apostador. Se assim fosse, poderia dizer-se que o empregador a elas era totalmente alheio, que nenhuma interferência exercia nem na sua distribuição, nem no seu quantitativo e que, portanto, apenas pagava ao seu subordinado o valor remuneratório previamente determinado. Mas não. Eram somas de dinheiro que o trabalhador recebia, sim, mas que tinha que entregar à sua entidade patronal, de quem, posteriormente, apenas recebia uma parte. Locupletamento à custa alheia seria a situação se, tendo o jogador entregue pessoalmente o dinheiro ao trabalhador, a entidade patronal dela, sem mais, se apropriasse totalmente. Mais, haveria aí uma manifesta superioridade de parte a roçar a ilicitude se, contra a vontade do empregado, este fosse obrigado a abrir mão daquilo que o jogador voluntariamente lhe tinha dado. Nenhuma relação laboral assente numa base lícita toleraria tal atitude de ingerência na vida do trabalhador por parte do empregador se não tivesse havido entre ambos um acordo que permitisse a distribuição das gorjetas, que não haviam sido dadas a este, mas àquele. Só um modelo de distribuição pré-determinado confere licitude à acção do empregador. Mas, ao mesmo tempo que assim acontece, não podemos deixar de pensar que, afinal, a entidade empregadora tinha alguma margem de superioridade nessa relação, pois

era ela quem geria o dinheiro e, posteriormente, o distribuía segundo um esquema para o qual nenhuma contribuição o trabalhador dera. Ou seja, há aqui assim uma atitude que é própria da supremacia do empregador e que revela bem que este não era um simples “guardador” ou mero “depositário” do dinheiro proveniente das gorjetas.

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

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

E, já agora, não deixaria de ser contraditório e injusto, e por isso mal se perceberia, que a reclamada “unidade do sistema” consentisse que, para efeito de salário, a gorjeta assim distribuída ficasse de fora do conceito, enquanto para efeito tributário já passasse a ser considerada como “rendimento do trabalho variável” (cfr. art. 2º, Lei n. 2/78/M, de 25 de Fevereiro).

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

*

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Como se sabe, é por imposição legal e pelos termos do contrato de concessão para exploração dos jogos de fortuna e azar que os casinos têm de funcionar ininterruptamente durante 24 horas. Ora, se é compreensível e justificável a fixação dos turnos, nos termos que vimos *supra*, pela entidade patronal para fazer face à necessidade de assegurar o funcionamento contínuo legalmente imposto dos seus casinos, já custa perceber como é quê é possível os seus trabalhadores afectados aos casinos, em vez de auferirem um salário mensal, que é única forma de pagamento conciliável com a organização dos turnos durante 24 horas para assegurar a continuidade do funcionamento dos casinos, auferirem antes um salário diário determinado em função do número de dias de trabalho em que quis trabalhar e efectivamente prestou serviço. Na verdade, basta dar uma vista de olhos aos turnos fixados e à forma como os turnos estão organizados e distribuídos durante as 24 horas, em especial o 5º turno que se inicia às 23h00 num dia e termina às 03h00 de madrugada no dia seguinte, já se apercebe da impossibilidade prática de determinar o período de trabalho diário para efeitos de cálculo do alegado salário diário”.

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

autos.

Neste sentido, merece censura a sentença sob recurso.

*

Como calcular, então, a compensação, tendo em atenção a prescrição acima decidida?

a) **Descanso semanal**

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

Nada está em causa no recurso no que respeita ao período da relação laboral abrangido pelo DL n.º 101/84/M. A sentença entendeu que nada era devido ao abrigo desse diploma e o recorrente conformou-se com o decidido.

*

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**, diferentemente do que o concluiu a sentença, pois fixou o **factor 1**.

Posto isto, considerando o mapa de fls.15 e 16 da sentença, os dias a considerar ali estabelecidos, o valor diário fixado no art. 1º da Base Instrutória e o factor 2 aplicável, a indemnização apurada ascende a **MOP\$ 654.652,00**

*

b) Descanso anual

A sentença procedeu ao cálculo da indemnização, aplicando o factor 1 tanto no caso do DL nº 101/84/M, como no do DL nº 24/89/M.

Vejamos.

- 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 decidido na 1ª instância.

Portanto, o valor a considerar para este efeito, no âmbito da vigência do DL nº 101/84/M, considerando os dias feriados e valor do salário médio diário recebido (facto 1º da base instrutória), com base no mapa de fls. 19 da sentença recorrida, alcançaremos o valor indemnizatório de **MOP\$ 10.335,00**.

*

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**, tal como decidido na sentença recorrida.

Seguindo de perto o mapa de fls. 21 da sentença apresentado, alterado apenas no que concerne ao valor do salário médio diário, o valor indemnizatório é de **MOP\$37.732,00**.

*

c) **Feriados obrigatórios**

Na vigência do DL n. 101/84/M

A sentença não atribuiu qualquer valor indemnizatório. Ora, como o trabalhador interessado não incluiu essa matéria no objecto do recurso, está o TSI impedido de se pronunciar sobre o tema (art. 589º, n.º4, do CPC).

*

-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**, ao contrário do que o decidiu a sentença recorrida, que aplicou o **factor 2**.

Assim, fazendo incidir o valor diário a considerar (resposta ao art. 1º da *BI*) e o factor 3 na fórmula de cálculo, tendo em atenção o mapa de fls. 18 da sentença), teremos o valor indemnizatório de **MOP\$.119.946,00**, até ao final do ano de 2001.

Depara-se-nos agora uma dúvida no que respeita ao período referente ao ano de 2002. Na verdade, embora tivesse sido levado à Base Instrutória o valor médio diário recebido pelo autor no ano de 2002, a resposta dada foi restritiva, revelando que o tribunal não dispunha de elementos para se pronunciar sobre a integralidade do tempo incluído no quesito, o que, aliás, até estava em conformidade com o teor do documento de fls. 20 dos autos. Ou seja, o tribunal deu como não provada essa factualidade. E assim sendo, não sabemos qual era o salário médio diário do trabalhador no ano de 2002.

Para a sentença recorrida, isso não constituiu nenhum problema, porque apenas laborou com a parte fixa da massa salarial. Para nós, porém, esse valor mostra-se importante porque consideramos todo o rendimento médio diário, como acima vimos. Como proceder?

Não podemos fazer baixar os autos à 1ª instância para apuramento desse dado, porque o tribunal ajuizou com os elementos de que dispunha. Assim, o remédio, para não prejudicar o trabalhador, é operar com o único dado de facto que temos: o valor fixo do salário em 202: MOP\$ 15 (ver resposta ao quesito 2º).

Assim, quanto a esse ano, a indemnização corresponde a **MOP\$ 225,00**.

O que, a este título, tudo perfaz a quantia global de **MOP\$. 120.171,00**.

*

Em vista do que se expôs, tudo somado atinge a indemnização de **MOP\$ 822.890,00**.

IV- Decidindo

Face ao exposto, acordam em conceder parcial provimento ao recurso, revogando a sentença e, em consequência, condenando a STDM a pagar ao autor da acção a indemnização global de **MOP\$ 822.890,00**, 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 pelas partes em ambas as instâncias na proporção do decaimento.

TSI, 24 / 11 / 2011

José Cândido de Pinho

Lai Kin Hong (Com declaração de voto)

Choi Mou Pan

Processo nº 351/2010
Declaração de voto

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

RAEM, 24NOV2011

O juiz adjunto

Lai Kin Hong