Processo n. 506/2011 (Recurso Laboral)

Relator: Cândido de Pinho

Data do acórdão: 09 de Fevereiro de 2012

Descritores:

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

SUMÁRIO:

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

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

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

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

Proc. N° 506/2011

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

I- Relatório

A, com os demais sinais dos autos, moveu contra a **STDM** acção de processo comum de trabalho pedindo a condenação desta no pagamento de Mop\$1.557.836,71 como compensação pelos *descansos semanais, feriados obrigatórios e descansos anuais* não gozados desde o início ao termo da relação laboral entre ambos.

*

Na sua contestação, a ré **STDM** suscitou a excepção de *prescrição*, bem assim, do *pagamento e renúncia* por parte do autor contida na declaração inserta no documento nº1. Além da matéria impugnativa, deduziu igualmente *reconvenção*, que, neste caso, manifestou através do pedido de *validade e eficácia* da declaração assinada pelo autor em que declara ter recebido o valor nela indicado sem que lhe coubesse outro direito decorrente da relação laboral.

*

No despacho saneador, o tribunal de 1ª instância decidiu:

- Absolver o autor da instância quanto ao pedido reconvenicional;
- Julgar improcedente a excepção de prescrição;
- Relegar para a sentença final o conhecimento da matéria concernente à excepção do pagamento e da alegada renúncia.

*

Prosseguiu normalmente o processo até à sua fase derradeira, vindo na oportunidade a ser proferida sentença datada de 1/07/2008, que julgou totalmente improcedente a acção deduzida pelo autor, absolvendo a **STDM** do pedido.

*

O autor desistiu parcialmente (fls. 961) do pedido, que passou a ficar reduzido a Mop\$ 902.097,82.

*

Em recurso para este TSI, foi, por acórdão de 13/01/2011, revogada a sentença da 1ª instância e determinado que o processo voltasse à 1ª

instância para conhecer do pedido do autor.

*

Baixaram, então, os autos à 1ª instância, onde foi proferida sentença que condenou a ré STDM a pagar ao autor a quantia de Mop\$ 257.333,04, acrescida de juros.

*

É desta sentença que ora vem interposto pela STDM o presente recurso jurisdicional, em cujas alegações foram formuladas as seguintes **conclusões**:

- I. A douda Sentença de que ora se recorre é nula por erro de direito.
- II. O(A) A., ora Recorrido(a), não estava dispensado(a) do ónus da prova quanto ao não gozo de dias de descanso e devia, em audiência, por meio de testemunhas ou por meio de prova documental, ter provado que dias alegadamente não gozou.
- III. Assim sendo, salvo o devido respeito, o Tribunal *a quo* errou na aplicação do direito, pelo que o douto TSI deverá anular a decisão e absolver a Recorrente dos pedidos deduzidos pelo(a) A., ora Recorrido(a).
- IV. Nos termos do nº1 do art. 335º do CC: *“Àquele que invoca um direito cabe fazer prova dos factos constitutivos do direito alegado.”*.
- V. E, de facto, 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 pelo(a) A., não podendo, por isso, afirmar-se o seu direito à indemnização que pede, a esse título.

Assim não se entendendo, e ainda concluindo:

- VI. O n.º1 do artigo 5º 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 artigo 6º deste diploma legal que os regimes convencionais prevalecerão sempre sobre o regime legal, se daqui resultarem condições de trabalho mais favoráveis aos trabalhadores.
- VII. O facto de o(a) A. ter beneficiado de um generoso esquema de distribuição de gorjetas que lhe permitiu, ao longo de vários anos, auferir rendimentos que numa situação normal nunca auferiria, justifica, *de per si*,

a possibilidade de derrogação do dispositivo que impõe ao empregador o dever de pagar um salário justo, pois caso o(a) Recorrido(a) auferisse apenas um salário justo - da total responsabilidade Recorrente e pago na Íntegra por esta - certamente que esse salário seria inferior ao rendimento total que o(a) Recorrido(a), a final, auferiria durante os vários anos em que foi empregado da Recorrente.

- VIII. Não concluindo - e nem sequer se debruçando sobre esta questão - pelo tratamento mais favorável ao trabalhador resultante do acordado entre as partes - consubstanciado sobretudo, nos altos rendimentos que o(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:

- IX. 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.
- X. Os artigos 24º e seguintes da Lei Básica consagram um conjunto de direitos fundamentais, assim como os artigos 67º e seguintes do CC consagram um conjunto de direitos de personalidade e, do seu elenco não constam os alegados direitos violados (dias de descanso anual e feriados obrigatórios).
- XI. 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.
- XII. Donde, deveria o Tribunal *a quo* ter considerado eficaz a renúncia ao gozo efectivo de tais direitos, absolvendo a aqui Recorrente do pedido.

Assim não se entendendo, e ainda concluindo:

- XIII. 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), o(a) Recorrido(a) optou por ganhar mais, tendo direito à correspondente retribuição em singelo.

XIV. E, não tendo o(a) Recorrido(a), sido impedido(a) de gozar quaisquer dias de descanso anual, de descanso semanal ou quaisquer feriados obrigatórios, forçoso é concluir pela inexistência do dever de indenização por parte da STDM, ora Recorrente.

Ainda sem conceder, e ainda concluindo:

XV. O trabalho prestado pelo(a) Recorrido(a) em dias de descanso foi sempre remunerado em singelo.

XVI. A remuneração já paga pela ora Recorrente ao ora Recorrido(a) por esses dias deve ser subtraída nas compensações devidas pelos dias de descanso a que o(a) A. tinha direito, nos termos do RJRT.

XVII. *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 - conforme als. a) e b) do n.º 6 do artigo 17º do RJRT)

XVIII. Ora, nos termos do artigo 26º, n.º2 do RJRT, o salário diário inclui a remuneração devida pelo gozo de dias de descanso semanal e, nos termos do artigo 17º, n.º6, 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.

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

XX. A decisão Recorrida enferma assim de ilegalidade, por errada aplicação da alínea do n.º6 do artigo 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:

XXI. **As gorjetas dos trabalhadores de casinos não são parte integrante do conceito de salário**, do mesmo modo que não o são as gorjetas auferidas pelos trabalhadores da STDM.

XXII. Neste sentido, a corrente Jurisprudencial dominante, em que se destacam os **acórdãos do TUI proferidos no âmbito dos Processos nºs 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.

- XXIII. Também neste sentido se tem pronunciado a doutrina de forma unânime.
- XXIV. **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.**
- XXV. Nas gratificações há um *animus donandi*, ao passo que a retribuição consubstancia uma obrigatoriedade.
- XXVI. 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.
- XXVII. 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.
- XXVIII. Na verdade, a reunião e contabilização das gorjetas são realizadas nas instalações dos casinos da STDM, mas com a colaboração e intervenção dos *empregados casino*, funcionários da tesouraria e de funcionários do governo que são chamados para supervisionar aquelas operações.
- XXIX. 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.
- XXX. 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, senão vejamos: as gorjetas são montantes, (i) entregues por terceiros; (ii) variáveis; (iii) não garantidos pela STDM aquando da contratação ; (iv) reunidas e contabilizadas pelos respectivos *empregados do casino*, juntamente com funcionários da

tesouraria e do governo de Macau.

XXXI. E, fortalece 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*.

XXXII. Dessa forma, o cálculo de uma eventual indemnização, que não se concede, só poderia levar em linha de **conta o salário diário**, excluindo-se o montante variável referente às gorjetas”

*

O autor respondeu ao recurso concluindo as respectivas alegações do seguinte modo

A. Tendo ficado provado nas respostas aos quesitos 19.º a 21.º da Base Instrutória que o A. não gozou de quaisquer dias feriados e de descanso obrigatórios (férias anuais e descansos semanais), sem que tenha recebido qualquer acréscimo salarial, impende sobre a Ré o dever de indemnizar, pelo que não se verifica, qualquer erro na subsunção dos factos provados ao direito aplicável, tendo o A. feito a prova que lhe competia.

B. Nas conclusões VI a XIII a Ré esgrime o argumento de que o Autor aceitou que ao trabalho prestado nos dias de descanso semanal, anual e feriados obrigatórios não corresponderia qualquer remuneração.

C. Ora, mesmo que se tivesse provado que o Autor aceitou que ao trabalho prestado nos dias de descanso semanal, anual e feriados obrigatórios não corresponderia qualquer remuneração - e não se provou - essa aceitação seria inoperativa, porque prejudicial aos interesses do trabalhador.

D. Nas conclusões XIII a XIV, defende a Ré que tendo o Autor sido impedido de gozar quaisquer dias de descanso (...) forçoso é concluir pela inexistência do dever de indemnização por parte da STDM.

E. Ora, no caso “sub judice” o impedimento por parte da entidade patronal do gozo de tais dias de descanso resulta provado nas respostas do Tribunal Colectivo aos quesitos 19.º e 21.º da Base Instrutória, conjugadas com disposto nos artigos 21.º, n.º 1, 22.º, n.º 2, e 24.º do RJRL, pelo que ao nunca fixar os períodos de descanso ao Autor como lhe impunha a lei, a Ré inviabilizou ou impediu, na prática, que este os

gozasse.

F. Neste quadro, sempre imponderia sobre o empregador o dever de indemnizar o Autor pelo trabalho prestado nos períodos de descanso obrigatório.

G. Nas conclusões XV a XX defende a Ré que não é devido qualquer acréscimo salarial pelo trabalho prestado nos dias de descanso.

H. Ora, ainda que o empregador tivesse pago o trabalho prestado em dia de descanso, como se de um dia normal de trabalho se tratasse, sempre continuaria em falta o competente acréscimo salarial fixado na lei, e ainda, o valor de cada dia de descanso, que não podia ser descontado, face ao art.º 26.º, n.º 1 do RJRT.

I. Nas conclusões XV a XX defende a Ré que a parte variável da retribuição paga ao autor não integra o conceito de salário.

J. Sucede que no caso dos autos, as gorjetas que se discutem não pertencem aos trabalhadores a quem são entregues pelos clientes dos casinos.

K. Estas gorjetas pertencem à Ré que com elas faz o que entende, nomeadamente o especificado nas alíneas B) a F) dos Factos Assentes e nas respostas aos quesitos 1.º a 18.º da Base Instrutória.

L. Ficou também provado (vd. alínea C) dos Factos Assentes e na resposta ao quesito 1.º da Base Instrutória) que durante a relação contratual existente entre o A. e a Ré aquele tinha direito a uma remuneração, composta por uma parte fixa e outra variável, dependendo esta última parte do valor global recebido a título de “gorjetas”.

M. E foi justamente a soma destas duas quantias que durante toda a relação laboral serviram para retribuir a prestação de trabalho do Autor, conforme o acordo especificado nas alíneas B) a F) dos Factos Assentes e nas respostas aos quesitos 1.º a 18.º da Base Instrutória.

N. A partir do momento em que o valor total recebido a título de gorjetas ingressa no património da Ré, que depois, credita a conta bancária do trabalhador com o valor que entender, **já não se pode falar em gorjetas**, dado que quem efectua a prestação ao trabalhador não é o cliente da Ré, mas a própria Ré.

O. De onde se retira que as gorjetas eram, afinal, usadas para retribuir o A. pela prestação da sua actividade profissional.

P. Do exposto, e sem necessidade de maiores desenvolvimentos, conclui-se que as “gorjetas” não podem deixar de ser consideradas como sendo parte da retribuição variável devida ao A. enquanto **contrapartida** da sua actividade profissional prestada para a Ré.

Q. O legislador de Macau serviu-se do conceito de «*salário*» adoptado na Convenção n.º 95 relativa à protecção do salário adoptada em **1 de Julho de 1949** pela Conferência Geral da Organização Internacional do Trabalho para **concretizar** o que entendia por **salário** nos artigos 7.º, n.º 1, b), 25.º, 27.º e 28.º, n.º 1, todos do RJRL.

R. Segundo estes normativos, o salário abrange o conjunto de valores que, nos termos do contrato, das normas que o regem ou dos usos, a entidade empregadora está obrigada a pagar regular e periodicamente ao trabalhador em razão da actividade por ele desempenhada, presumindo-se, até prova em contrário integrar o salário toda e qualquer prestação da entidade empregadora ao trabalhador.

S. O salário representa, pois, a contrapartida, por parte do empregador, da prestação de trabalho efectuada pelo trabalhador, sendo que o carácter retributivo de uma certa prestação exige regularidade e periodicidade no seu pagamento, o que tem um duplo sentido, por um lado apoia a presunção da existência de uma vinculação prévia do empregador, por outro lado assinala a medida das expectativas de ganho do trabalhador.

T. O que legislador quis que fosse justo e adequado ao trabalho foi o salário entendido como ***toda e qualquer prestação, susceptível de avaliação em dinheiro, seja qual for a sua designação ou forma de cálculo, devida em função da prestação de trabalho e fixada ou por acordo entre empregador e trabalhador, ou por regulamento ou norma convencional ou por norma legal.*** (cfr. artigo 7.º, b) e 25.º, n.º 1 e 2 do RJRL).

U. E, por salário justo, deve entender-se aquela prestação que, recompensando o serviço prestado (e não podemos esquecer que o trabalho prestado pelo A. era por turnos), permita ao trabalhador suportar as despesas mínimas com as necessidades básicas, seja a alimentação, vestuário, saúde e alojamento.

V. Acaso se entenda que as quantias especificadas resposta ao quesito 9.º da Base Instrutória não consistem no salário do A., então o mesmo não preencheria os condicionalismos mínimos fixados no Regime Jurídico das Relações Laborais da RAEM, designadamente nos artigos 7.º, b), 25.º, n.º 1 e 2 e 27.º, n.º 2 desse diploma

W. De onde se conclui que, acaso o salário do A. não seja composto pelas duas partes, o mesmo será injusto - porque intoleravelmente reduzido ou manifestamente

diminuto - e em caso algum preenche ou respeita os condicionalismos mínimos fixados no Regime Jurídico das Relações Laborais da RAEM.

X. Nas conclusões XVII e XXXII defende a Ré que a eventual indemnização a arbitrar apenas poderá levar em linha de conta do salário diário, excluindo-se o montante variável.

Y. O que a dicotomia salário mensal/salário diário inculca é uma diferenciação quanto ao horizonte de **estabilidade** e quanto ao **nível de disponibilidade** do trabalhador para com a entidade patronal no quadro dessa pressuposta (por ambas as partes) estabilidade relacional.

Z. Ora, no caso vertente, o que se verifica é justamente uma situação em que existe uma grande estabilidade do vínculo laboral entre Autor e Ré, aferível pelo número de anos em que a relação vigorou a implicar uma disponibilidade inteira da Autor para se adequar à contínua laboração da Ré, integrando o seu exigente sistema organizacional de divisão de trabalho por turnos e, por isso, pode dizer-se, que o salário do Autor era a contrapartida desta disponibilidade e não apenas a contrapartida das horas ou dos dias de trabalho que efectivamente prestava à Ré.

AA. Para que o salário dos croupiers dos casinos (maxime do A.) pudesse ser considerado um salário diário seria necessário que o mesmo fosse determinado em função do resultado efectivamente produzido ou do período de trabalho efectivamente prestado.

BB. Ora, tal situação não se verificou no caso “sub judice”, sendo consabido que os croupiers dos casinos não são remunerados em função do volume de apostas realizadas na mesa de jogo, nem são eles que fixam o seu período e horário de trabalho, sendo-lhes vedado trabalhar **quando** e **quanto** lhes convém, conforme, de resto, resulta também da alínea A) dos Factos Assentes e das respostas aos quesitos 19.º e 21.º da Base Instrutória.

CC. O tipo de vinculação precária associado ao salário diário não se verifica no caso dos *croupiers* dos casinos, sem os quais as mesas de jogo não poderiam funcionar.

DD. O salário diário é, assim, próprio dos contratos de trabalho onde o objecto consiste na execução de tarefas ou na prestação de serviços que não correspondem às necessidades normais da organização do trabalho da empresa, e que, por isso, não assumem carácter duradouro (trabalho irregular, intermitente e/ou eventual).

EE. Por outro lado, o entendimento de que a remuneração do A. consiste num salário diário, mostra-se de todo incompatível com o estatuto de **trabalhador permanente**

que lhe foi conferido pelo disposto no artigo 2.º, alínea f) do RJRL, o qual pressupõe o exercício de uma função dentro da empresa, de forma ininterrupta e duradoura no tempo, como sucede com o desempenho da actividade de croupier.

FF. Deste modo, o salário do A. não é salário diário nem fixado em função do período de trabalho efectivamente prestado, mas sim salário mensal, por ser este a situação-regra, por normal, vista mesmo sob a égide de presunções judiciais com recurso a regras da experiência da vida humana.

NESTES TERMOS e com o mais que V. Exas., muito doutamente, não deixarão de suprir, deve ser negado provimento ao recurso interposto pela Ré, com as legais consequências”.

*

Também o autor apresentou recurso jurisdicional, em que formulou as seguintes **conclusões** alegatórias:

- A. Sendo-lhes vedado trabalhar **quando** e **quanto** lhes convém conforme, de resto, resulta também da alínea A) dos Factos Assentes e das respostas aos quesitos 19.º a 22.º da Base Instrutória.
- B. Por conseguinte, a decisão relativa ao montante da compensação por descanso semanal, deverá ser revogada por interpretação incorrecta do disposto nos art.ºs 17.º, n.º 6, a), ambos do Decreto-lei n.º 24/89/M, de 3 de Abril, fixando-se esse valor em MOP400,323.23, por aplicação da fórmula (salário médio diário X 2).
- C. A decisão relativa ao montante da compensação por descanso anual deverá ser revogada por interpretação incorrecta do disposto nos art.ºs 24.º do Decreto-lei n.º 24/89/M, de 3 de Abril, fixando-se esse valor em MOP\$37,079.82, por aplicação da fórmula (salário médio diário X 2).
- D. A decisão relativa à fórmula (salário médio diário X 2) de cálculo do montante da compensação por feriados obrigatórios remunerados, deverá ser revogada por violação do disposto nos art.ºs 20.º, n.º 1 do Decreto-lei n.º 24/89/M, 3 de Abril, fixando-se esse valor em MOP\$57,946.06, por aplicação da fórmula (salário médio diário X 3).
- E. O total da indemnização devida ao Autor pelo trabalho prestado nos períodos remunerados de suspensão obrigatória da prestação de trabalho cifra-se portanto, em MOP495,349.11 (MOP400,323.23 + MOP\$37,079.82

MOP\$57,946.06).

*

II- Os Factos

A sentença deu pró provada a seguinte factualidade:

- 1) *Entre 11 de Julho de 1989 e 15 de Julho de 2002, o Autor trabalhou para a Ré, sendo o seu horário por turnos. (A)*
- 2) *O rendimento do Autor desdobrava-se numa parte fixa e outra variável. (B)*
- 3) *A parte variável dependia do valor global do dinheiro recebido pelos clientes do casino, ou seja, as gorjetas. (C)*
- 4) *As gorjetas recebidas pelos empregados eram colocadas, por ordem da Ré, numa caixa destinada exclusivamente a esse efeito e eram contadas e contabilizadas diariamente também por uma comissão paritária constituída por um membro de tesouraria da Ré, um gerente de andar e um ou mais trabalhadores da Ré por ela incumbidos, a fim de serem distribuídas de 10 em 10 dias aos diversos empregados, incluindo os da área administrativa e informática e de acordo com a categoria profissional a que pertenciam. (D)*
- 5) *A Ré incluiu sempre a quantia paga a título de “gorjetas” nos montantes que participou à DSF para efeitos de liquidação e cobrança de imposto profissional dos seus empregados. (E)*
- 6) *Durante a relação contratual entre Autor e Ré nunca as partes puseram em causa o acordo sobre as condições do pagamento do salário e do respectivo cálculo. (F)*
- 7) *A componente fixa diária da remuneração do Autor foi de HK\$10,00 de 11 de Julho de 1989 até 30 de Abril de 1995 e dessa data até ao final do contrato de HK\$15,00. (G)*
- 8) *Em meados de Julho de 2003, o Departamento da Inspeção do*

Trabalho (DIT) enviou ao Autor o ofício junto aos autos a fls. 166, cujo teor se tá aqui por integralmente reproduzido. (H)

9) O Autor acreditou na correcção do cálculo da DIT, aceitando receber aquele montante indemnizatório acrescido do prémio de serviço. (I)

10) No cálculo da quantia de MOP\$14.324,96 não foi incluído o valor das gorjetas. (J)

11) Posteriormente o Autor foi avisado pela sociedade de Jogos de Macau para se deslocar ao Centro de Formação para receber o prémio de serviço, tendo-lhe sido dito para assinar a declaração junta aos autos a fls. 350, cujo teor se dá aqui por integralmente reproduzido. (L)

12) A 17 de Julho de 2003, o Autor emitiu a declaração junta aos autos a fls. 350, cujo teor se dá aqui por integralmente reproduzido. (M)

13) Entre os anos de 1989 e 2002 o Autor auferiu os seguintes rendimentos:

a) 1989: MOP\$ 27.392,00;

b) 1990: MOP\$ 91.989,00;

c) 1991: MOP\$ 112.058,00;

d) 1992: MOP\$ 127.338,00;

e) 1993: MOP\$ 134.045,00;

f) 1994: MOP\$ 167.962,00;

g) 1995: MOP\$ 182.063,00;

h) 1996: MOP\$ 182.956,00;

i) 1997: MOP\$ 198.918,00;

j) 1998: MOP\$ 195.022,00;

l) 1999: MOP\$ 172.069,00;

m) 2000: MOP\$ 178.288,00;

n) 2001: MOP\$ 159.400,00;

o) 2002: MOP\$ 188.852,00. (N)

14) Autor casou com B a 9 de Março de 1999. (O)

15) Desse casamento nasceu a 28 de Julho de 1998 C e a 5 de Novembro de 2003 D. (P)

16) Acordaram Autor e Ré que aquele iria receber em contrapartida do seu serviço, para além de uma importância diária como retribuição fixa, uma outra quantia variável, designada por “gorjetas”. (resposta ao item 1.º)

17) O Autor não teria celebrado qualquer contrato de trabalho com a Ré não auferisse a prestação pecuniária correspondente à sua quota “gorjetas”. (resposta ao item 2.º)

18) A parte variável era fixada pela Ré de acordo com regras e critérios de gestão internos daquela. (resposta ao item 3.º)

19) No ano de 1989, o Autor recebeu da Ré a quantia diária de MOP\$144,53. (resposta ao item 4.º).

20) No ano de 1990, o Autor recebeu da Ré a quantia diária de MOP\$268,60 (resposta ao item 5.º)

21) No ano de 1991, o Autor recebeu da Ré a quantia diária de MOP\$255,12. (resposta ao item 6.º)

22) No ano de 1992, o Autor recebeu da Ré a quantia diária de MOP\$284,31. (resposta ao item 7.º)

23) *No ano de 1993, o Autor recebeu da Ré a quantia diária de MOP\$368,78. (resposta ao item 8.º)*

24) *No ano de 1994, o Autor recebeu da Ré a quantia diária de MOP\$348,58. (resposta ao item 9.º)*

25) *No ano de 1995, o Autor recebeu da Ré a quantia diária de MOP\$468,86. (resposta ao item 10.º)*

26) *No ano de 1996, o Autor recebeu da Ré a quantia diária de MOP\$429,87. (resposta ao item 11.º)*

27) *No ano de 1997, o Autor recebeu da Ré a quantia diária de MOP\$522,87. (resposta ao item 12.º)*

28) *No ano de 1998, o Autor recebeu da Ré a quantia diária de MOP\$375,58. (resposta ao item 13.º)*

29) *No ano de 1999, o Autor recebeu da Ré a quantia diária de MOP\$328,87. (resposta ao item 14.º)*

30) *No ano de 2000, o Autor recebeu da Ré a quantia diária de MOP\$456,15. (resposta ao item 15.º)*

31) *No ano de 2001, o Autor recebeu da Ré a quantia diária de MOP\$340,94. (resposta ao item 16.º)*

32) *No ano de 2002, o Autor recebeu da Ré a quantia diária de MOP\$387,72. (resposta ao item 17.º)*

33) *A parte variável do rendimento auferido pelo Autor ultrapassava em mais de trinta vezes o valor da parte fixa. (resposta ao item 18.º)*

34) *O Autor, durante o período de 11 de Julho de 1989 e 15 de Julho de 2002, nunca gozou de quaisquer dos dias de descanso anual, de descanso semanal e dos feriados obrigatórios remunerados. (resposta ao item 19.º)*

35) *A Ré não efectuou o pagamento das importâncias relativas à compensação pelo trabalho prestado pelo Autor durante os períodos de*

descanso semanal, férias e feriados obrigatórios. (resposta ao item 20.º)

36) Em virtude dos factos referidos em 34), o Autor não recuperava do desgaste resultante da prestação contínua de trabalho. (resposta ao item 21.º)

37) O Autor viu-se impedido de gozar uma vida familiar e social normal. (resposta ao item 22.º)

38) Autor andava cansado e com perturbações no sono. (resposta ao item 25.º)

39) O Autor ficou exposto à inalação diária do fumo 10 do tabaco consumido pelos jogadores do casino. (resposta ao item 26.º)

40) O Autor viu a sua vida social prejudicada. (resposta ao item 27.º)

41) O Autor andava angustiado. (resposta ao item 28.º)

42) Aquando o referido em L) e M) dos factos assentes foi dito ao Autor que se assinasse o documento para receber o dinheiro ali referido. (resposta ao item 29.º)

43) Autor assinou a declaração. (resposta ao item 30.º)

44) Quando celebrou o contrato o Autor foi informado pela Ré que, para além salário diário fixo, receberia uma quota parte do total das gorjetas entregues pelos clientes da Ré a todos os trabalhadores. (resposta ao item 33.º)

45) A Ré informou os seus trabalhadores que perderiam tais quantias caso não comparecessem ao trabalho. (resposta ao item 34.º)

46) Entre 10 de Fevereiro de 2000 e 29 de Março de 2002 o Autor não compareceu ao serviço da Ré nos dias constantes do documento de fls. 353 cujo teor se dá aqui por integralmente reproduzido. (resposta ao item 35.º)

II- O Direito

1- Tendo o TSI julgado que a declaração assinada pelo autor (alínea M dos factos assentes) não podia ser considerada remissiva ou renunciativa, limitou-se o TJB a operar com a restante factualidade apurada.

Nesse sentido, aplicou aos factos provados o DL n° 24/89/M, de 3/04. E para tanto partiu:

- a) Do pressuposto de que o salário era pago ao dia e não mensal;
- b) Para o pagamento do descanso semanal não gozado, entendeu ser aplicar, por analogia, o teor da alínea b), do n°6, do art. 17° (pagamento em dobro do descanso semanal, descontando, porém, o já pago em singelo);
- c) Para compensação dos feriados não gozados, entendeu que o pagamento deveria ser em dobro;
- d) Para compensação do descanso anual, o pagamento deve ser feito pelo triplo, descontando, porém, o valor já pago em singelo.

Pôs a sentença, todavia, as partes de acordo, no sentido de que não podia manter-se. Conheçamos, então, dos recursos pela ordem por que foram apresentados.

*

2- Do recurso da STDm

1- *Da nulidade da sentença*

Começa a recorrente por dizer que a sentença é nula por erro de direito.

Mas não tem razão. Por erro de direito, a sentença apenas pode ser revogada, por má aplicação das normas e princípios jurídicos concernentes ao caso. Entre as causas de nulidade previstas no art. 571° do CPC não se integra aquele que a recorrente agora suscita.

Razão para se não dar razão à recorrente nesta parte.

*

2- Da prova

Considera também a recorrente que a prova feita quanto aos dias de descanso não gozados deveria competir ao autor, assim como lhe cumpriria provar quais os dias em que não teria sido autorizado a gozá-los pela ora recorrente. E como o não teria feito, na óptica da recorrente, impor-se-ia a sua absolvição.

A nosso ver, pretende a recorrente extrair efeitos da não prova do *impedimento* da STDM quanto aos dias de descanso semanal, anual e feriados.

Todavia, 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 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.

*

3- *Do mérito da sentença*

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

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

Socorramo-nos do Ac. do TSI de 19/03/2009, Proc. n.º 690/2007:

*“Em face do artigo 1079.º do Código Civil, artigos 25º e 27º do anterior RJRL - cfr. artigos 1º, 4), 9º, 2), 57º da actual LRT, Lei 7/2008, de 12 de Agosto, em princípio não aplicável aos contratos findos, face à redacção do disposto no art. 93º -, art. 23º, n.º 3 da Declaração Universal dos Direitos do Homem, art. 7º do Pacto sobre Direitos Económicos Sociais e Culturais e pela Convenção da OIT n.º 131, direitos que por essa via não deixam de ser tutelados pela própria Lei Básica no seu artigo 40º, decorre, face à factualidade apurada, que parece não restarem quaisquer dúvidas de que nos encontramos perante um verdadeiro e puro **contrato de trabalho** entre a autora e a ré, em que esta, mediante uma retribuição, sob autoridade, orientações e instruções daquela, começou a trabalhar na área de actividade ligada à exploração de jogos de fortuna ou azar”.*

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

Invoca ainda a recorrente algumas questões referentes aos usos e costumes na área da contratação no sector do jogo em Macau, ao tratamento mais favorável ao trabalhador, da renúncia do trabalhador ao descanso pelo facto de ter ido trabalhar voluntariamente.

Vejam os em bloco estas questões.

Sobre a *liberdade contratual*, é de perguntar: 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.

*

A seguir a STDM, ora recorrente, insurge-se contra as fórmulas utilizadas na sentença para o cálculo da indemnização ao trabalhador.

Esta matéria, porém, carece de uma prévia análise do recurso do autor, uma vez que nele está equacionada a questão da composição do salário. Sendo assim, o apuramento da indemnização será feito de forma unitária, mais adiante. Por ora, e de imediato, passemos à apreciação do recurso do autor.

*

3- Do recurso do autor

Trata o recurso do autor de duas questões essenciais: *composição do salário e fórmulas de cálculo da indemnização*.

Começemos pela primeira.

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

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

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

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

E neste quadro, todos – jogadores, trabalhadores e empregador - ficam bem. Os primeiros, porque satisfeitos, cumprem o seu desejo de generosidade e altruísmo (mas é questão que aqui não tem valor jurídico);

os segundos, porque, ao cabo e ao resto, vêm devidamente compensado o resultado do seu trabalho; e o último, porque vê feliz e empenhado o seu empregado, a quem vai pagar com dinheiro que nem sequer sai do seu bolso.

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

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

*

É para nós questão ultrapassada, pelos incontáveis arestos que este TSI já produziu sobre o assunto, a de que o salário integra uma parte fixa e outra variável. Problema é como calculá-lo: se ao dia, se ao mês e qual o seu valor.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

*

Quanto à indemnização, é preciso não esquecer que o contrato teve a sua duração sob o domínio do DL n.º 24/89/M, de 3 de Abril. Não se colocam aqui, por tal motivo, problemas de cálculo do valor indemnizatório à luz do DL n.º 101/84/M, de 25/08.

Assim sendo, vejamos.

Descanso semanal

Na vigência do DL n. 24/89/M

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

Assim:

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

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

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

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

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

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

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

Portanto, a fórmula será sempre: **AxBx2**. O autor/recorrente defende ser aplicável o factor multiplicador 2; a recorrente STDm defende que deve ser o factor 1, tal como o decidiu a sentença 1 (seria 2, mas descontou um dia já recebido pelo trabalhador em singelo).

Assim, nesta parte a sentença tem que ser revogada.

Em consequência, e considerando o primeiro mapa de fls. 19 vº da sentença (fls. 1008 verso dos autos), que por comodidade aqui fazemos nosso, adaptando-o, porém, à fórmula de cálculo acima definida no que concerne ao factor multiplicador, o valor indemnizatório a atribuir é **Mop\$400.324,32**.

Descanso anual

- Na vigência do DL n. 24/89/M

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

No que respeita à violação do direito ao descanso anual, dispõe o art. 24º que “O empregador que **impedir** o trabalhador de gozar o período de descanso anual pagará ao trabalhador, a título de indemnização, o **triplo** da retribuição correspondente ao tempo de descanso que deixou de gozar” (bold nosso).

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

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

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

Claro que o art. 24º deste último preceitua uma fórmula de cálculo de compensação para as situações em que o empregador **impedir** o seu empregado de gozar o dia de descanso anual. É verdade. Mas será legítimo pensar que, ao estatuir dessa maneira para esse caso, omitiu o legislador a solução para os casos ali não incluídos? Não, a nosso ver. A forma como o preceito está redigido reforça ainda mais a ideia de que,

fora esta situação excepcional (que o legislador quis expressamente introduzir, numa clara opção pela defesa da parte contratual mais desfavorecida), em todos os restantes casos a solução é aquela que já vinha do articulado de 1984 e ao qual nenhuma alteração quis introduzir. E temos que pensar, não esqueçamos, que o legislador se exprimiu da maneira mais correcta e adequada ao seu pensamento (art. 8º, n.3, do Cod. Civil).

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

Assim, valem aqui *mutatis mutandis*, as considerações 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** (na linha do defendido pela sentença), o que, aplicada, corresponde ao valor indemnizatório de **Mop\$18.540,00**.

*

Feriados obrigatórios

- Na vigência do DL n. 24/89/M

Esta lei trouxe inovações: introduziu uma indemnização especial, chamemos-lhe assim, que a lei anterior não previa, e alargou o leque dos dias *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**, e não 1, como o defende a recorrente, nem 2 como o decidiu a 1ª instância.

Como se vê, qualquer que seja o prisma por que se encare a situação, o resultado é o mesmo. A fórmula é, em ambas, **salário diário x 3**, tal como o defendeu o autor/recorrente, contra a tese da STDM, que defende a aplicação do factor 1.

Assim sendo, e utilizando mais uma vez o mapa de fls. 19 vº e 20 da sentença, que na parte aplicável aqui fazemos nossa, apenas modificado no que respeita ao factor multiplicador (3 em vez do 2 decidido), temos

encontrada a indemnização devida a este capítulo, que se acha apurada de **Mop\$57.946,32**.

*

Por tudo isto, a indemnização global ascende a **MOP\$ 476.810,64**.

IV- Decidindo

Face ao acabado de referir, acordam em:

- 1- Negar provimento ao recurso da STDM;
- 2- Conceder parcial provimento ao recurso do autor A;
E, conseqüentemente,
3. Revogar a sentença na parte afectada, conforme fundamentos expostos supra, e condenar a STDM a pagar ao autor da acção a indemnização no valor de **MOP\$ 476.810,64**, acrescida de juros legais calculados pela forma decidida pelo TUI no seu acórdão de 2/03/2011, no processo n. 69/2010.

Custas em ambas as instâncias por ambas as partes conforme o decaimento.

TSI, 09 / 02 / 2012

José Cândido de Pinho
(Relator)

Lai Kin Hong
(Primeiro Juiz-Adjunto)
(com declaração de voto)

Choi Mou Pan
(Segundo Juiz-Adjunto)

Processo nº 506/2011
Declaração de voto de vencido

Vencido pois não vejo razão para alterar a minha posição já assumida na declaração de voto que juntei aos vários Acórdão do TSI, nomeadamente os Acórdãos tirados nos processos nºs 210/2010, 216/2011, 223/2010 e 252/2008, isto é, dada a natureza imperativa da norma do artº 6º do Decreto-Lei nº 24/89/M, um contrato mediante o qual se convencionaram as condições de trabalho aquém do mínimo da protecção dos trabalhadores não pode deixar de ser julgado nulo, por força do disposto no artº 287º do Código Civil, nos termos do qual, salvo excepção expressa em contrário resultante da lei, são nulos os negócios jurídicos celebrados contra disposição legal de carácter imperativo.

RAEM, 09FEV2012

Lai Kin Hong