

Processo n. 523/2011 (Recurso Laboral)

Relator: Cândido de Pinho

Data do acórdão: 09 de Fevereiro de 2012

Descritores:

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

SUMÁRIO:

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

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

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

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

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

Proc. N° 523/2011

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\$999.975,00 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* e, além da matéria impugnativa, deduziu igualmente *reconvenção*, que, neste caso, manifestou através do pedido de devolução das gorjetas que entregou ao autor ao longo da relação laboral, no pressuposto de que elas não eram devidas nos termos do contrato entre ambos celebrado e no de que elas haviam sido oferecidas livre e espontaneamente pelos jogadores sem que fizessem, portanto, parte do salário. A ser assim, considera estar perante um enriquecimento indevido pelo trabalhador, circunstância que a leva a demandar a sua devolução.

*

No despacho saneador, o tribunal “a quo” não admitiu o pedido reconvenicional e, sobre a prescrição, julgou *prescritos* todos os créditos anteriores a 22/09/1989.

*

Desse despacho saneador, na parte referente à decisão sobre a reconvenção, foi interposto recurso jurisdicional pela **STDM**, em cujas alegações formulou as seguintes **conclusões**:

1- Sem prejuízo de melhor entendimento e Juízo, deve proceder a Reconvenção deduzida pela Ré e aqui Recorrente,

2- Conhecendo-se dos dois pedidos ínsitos na mesma Reconvenção, nos artigos 200º e seguintes da Contestação e Reconvenção,

3- Pelo que, salvo melhor entendimento, improcede o douto Despacho

Saneador que considerou impeditivo o conhecimento da Reconvenção, uma vez que não se conforma com o disposto no artigo 17.º do Código de Processo do Trabalho;

4- Não existe falta de interesse processual, nem falta de interesse em agir por parte da Ré e aqui Recorrente,

5- Nem inexistente acessoriedade, complementaridade ou dependência entre o pedido principal ou inicial, ínsito na douda PI, e o pedido reconvenicional apresentado nos artigos 200º e seguintes da Contestação e Reconvenção,

6- Pois ambos estão interligados, conexos ou relacionados conforme já se indicou supra.

7- Ora, o pedido ascende a quantias superiores a que o A., Recorrido, poderia calcular com base na sua retribuição diária.

8- O pedido e a causa de pedir são os pretensos, hipotéticos e possíveis períodos de descanso ou de repouso semanais, anuais e feriados obrigatórios não gozados.

9- Com base nesse pedido, o A. deduz um quantum indemnizatório em que engloba quantias alheias à Ré e ora Recorrente,

10- Prestações de terceiros, os clientes dos casinos que, como doações remuneratórias ou liberalidades de terceiros, prestavam gratificações ou gorjetas nos casinos que a Ré e Reconvinte, ora Recorrente, explorou até ao termo da sua concessão em exclusivo por caducidade, em 31 de Março de 2002.

11- O requisito da acessoriedade, complementaridade e dependência do pedido reconvenicional, previsto no terceiro parágrafo do número 1 do artigo 17º do CPT, encontra-se verificado.

12- A conexão / acessoriedade entre o pedido da PI e o pedido da Reconvenção existe: o valor das luvas, prémios irregulares, gorjetas ou gratificações, não sendo conveniente nem possível a Ré e Recorrente ser condenada a prestar ou a repetir uma prestação pela qual não pode ser

responsabilizada, isto é, as tais gorjetas dos clientes.

13- Logo, o pedido indemnizatório da presente acção laboral constitui um locupletamento sem causa do Recorrido à custa da Recorrente.

14- E, tendo em conta o peticionado nos artigos acima referidos e, bem assim, o valor da Reconvenção, que ascende a MOP \$3,141,098.80 (Três milhões, cento e quarenta e uma mil e noventa e oito patacas e oitenta avos),

15- Existe também, dependência entre o pedido principal e o pedido reconvenicional: a ser condenada a Ré pela falta de repouso ou de descanso, deverá tal indemnização desconsiderar ou subtrair as referidas gratificações ou gorjetas dos clientes e,

16- A Reconvenção foi deduzida no presente litígio justamente, em ordem à celeridade, oportunidade e rapidez processual do processo laboral,

17- Escusando a Ré e Recorrente de instaurar novo pleito judicial para reaver o montante das gratificações ou gorjetas recebidas pelo Autor e Recorrido dos clientes dos casinos explorados pela Ré,

18- Houve revelia operante do A. e ora Recorrido, pois, uma vez notificado para responder, contestar, impugnar a Reconvenção em sede de resposta à Contestação, manteve o silêncio.

19- Tal silêncio tem a cominação dada pelo número 1 do artigo 32º do CPT, isto é, consideram-se reconhecidos os factos articulados pelo autor e é logo proferida sentença, julgando a causa conforme for de direito.

20- Em consequência todos os factos alegados nos artigos 200º e seguintes da Contestação e Reconvenção deveriam ter sido considerados reconhecidos e, em consequência, provados.

21- O Tribunal a quo não se pronunciou sobre tal revelia operante em relação à Reconvenção da ora Recorrente, a qual é uma contra-acção, que deve seguir os mesmos termos de uma petição inicial.

22- Ao receber parte das gorjetas, cuja causa para o seu recebimento era

o facto de não ser remunerado nos seus dias de descanso, parece forçoso concluir que o Recorrido enriqueceu à custa do empobrecimento da Ré, ora Recorrente, quando intentou a presente acção.

23- Não é só quando não há causa para as deslocações pecuniárias que o instituto do enriquecimento sem causa pode ser invocado - como parece inferir-se daquilo que doutamente refere o despacho recorrido - mas também quando a causa para essa deslocação deixa de existir.

24- Assim sendo, requer-se a Vossas Excelências o conhecimento da Reconvenção e dos dois pedidos nela ínsitos, seguindo-se os demais termos do processo.

Termos em que se requer a procedência da Reconvenção deduzida na Contestação e o seu conhecimento pelo douto Tribunal a quo, revogando-se o douto Despacho Saneador que indeferiu a mesma Reconvenção, prosseguindo-se, deste modo, os autos com o conhecimento do mérito da mesma, deste modo, fazendo Vossas Excelências, a habitual e costumada JUSTIÇA!

*

Não foram apresentadas contra-alegações.

*

Foi, entretanto, proferida a sentença, que julgou a acção parcialmente procedente e a STDM condenada a pagar à autora a quantia de 832.956,40, acrescida dos juros legais a contar do seu trânsito.

*

Dessa sentença foi interposto recurso jurisdicional, tendo a STDM **concluído** as alegações do seguinte modo:

- (i) As gratificações ou gorjetas recebidas pelos empregados de casino dos clientes não fazem parte do salário.*
- (ii) A retribuição ou salário, em sentido jurídico (laboral), encerra*

*quatro elementos essenciais e cumulativos: é uma prestação regular e periódica; em dinheiro ou em espécie; a que o trabalhador tem direito por título contratual e normativo e que **corresponde a um dever jurídico da entidade patronal**; como contrapartida pelo seu trabalho.*

- (iii) 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 jurídico-laboral, nunca poderia o(a) trabalhador(a) ter exigido à sua entidade empregadora o seu pagamento inexistindo aquela oferta por parte dos clientes.*
- (iv) O(a) Recorrido(a) sabia que a parte do rendimento respeitante às gorjetas dependia exclusivamente das liberalidades dos clientes de casino, nada podendo exigir ao(à) ora Recorrido(a) a esse título caso essa parte do seu rendimento fosse zero.*
- (v) Na Jurisprudência e Doutrina de Portugal, é entendimento maioritário que as gorjetas oferecidas pelos clientes não constituem parte do salário. E, na verdade, a única diferença relevante entre os dois sistemas é a circunstância de as regras / critérios de distribuição das gratificações / gorjetas serem definidas, em Macau, pela entidade empregadora, enquanto que em Portugal, esses critérios / regras encontram-se definidas pelo membro do Governo responsável pelo sector do turismo, ouvidos os representantes dos trabalhadores.*
- (vi) Também em Portugal os trabalhadores dos casinos estão proibidos de fazerem suas, a título individual, as gorjetas recebidas, devendo depositá-las, após o recebimento, em caixa própria, sendo as ditas gorjetas distribuídas, posteriormente, pelos trabalhadores de acordo com os ditos critérios definidos por via legislativa.*
- (vii) Cremos que o facto de a definição dos critérios de distribuição das gorjetas caber, em Macau, à entidade empregadora não altera a natureza não salarial daquelas prestações, até porque, nem quando começou a trabalhar para a ora Recorrente, nem durante toda a*

relação contratual, o(a) Recorrido(a) alguma vez se interessou por esta questão, aceitando tais critérios sem questionar.

- (viii) Dispõe o artigo 25º, n.º 1 do RJRT que “Pela prestação dos seus serviços ou actividade laboral, os trabalhadores têm direito a um salário justo.”.*
- (ix) Salvo o devido respeito por opinião contrária, analisando a certidão de rendimentos do(a) Recorrido(a), não pode dizer-se que ao(à)A. não foi proporcionado um rendimento justo, maxime porque os rendimentos globais auferidos eram claramente superiores à média do rendimento / remuneração auferida por cidadãos de Macau com formação académica e profissional equivalente às suas que não trabalhassem em casino, os quais eram mais que bastantes para prover a uma vida digna e decente do(a) Recorrido(a) e sua família.*
- (x) Deste modo, entende a ora Recorrente que as gratificações ou gorjetas recebidas pelos empregados de casino dos clientes não fazem parte do salário, pelo que se requer seja o Acórdão recorrido revogado quanto a esta parte, e os cálculos da compensação pelo trabalho prestado em dias de descanso semanal, anual, feriados obrigatórios, e eventual licença de maternidade, efectuados com base no salário base auferido pelo(a) Recorrido(a).*

Ainda concluindo

- (xi) O douto Tribunal a quo não podia ter calculado as indemnizações por não gozo de dias de descanso sem considerar que ficou provado que o(a) A. foi remunerado(a) pelos dias de descanso que deveria ter gozado e em que trabalhou, pelo que deve ser subtraída uma parcela em todos os cálculos indemnizatórios, sob pena de manifesto enriquecimento sem causa.*
- (xii) Salvo mais douto entendimento, são as seguintes as fórmulas aplicáveis para aferir das compensações adicionais devidas:*

Trabalho prestado em dias de descanso semanal:

- a. Decreto-Lei n.º 101/84/M: salário diário x0 (e não x1, porque*

uma parcela já foi paga);

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

Trabalho prestado em dia feriado obrigatório:

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

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

*

Não foram apresentadas contra-alegações.

*

Cumpre decidir.

II- Os Factos

A sentença recorrida deu por assente a seguinte factualidade:

- *A R. tem por objecto social a exploração de jogos de fortuna ou azar, e a indústria hoteleira, de turismo, transportes aéreos, marítimos e terrestres, construção civil, operações em títulos públicos e acções nacionais e estrangeiros, comércio de importação e exportação (alínea A) dos factos assentes).*

- *A R. foi a única concessionária de jogos de fortuna ou azar em Macau, até meados de 2002 (alínea B) dos factos assentes).*
- *O A. manteve uma a relação com a R., sob direcção efectiva, fiscalização desde 16 de Dezembro de 1972 (alínea C) dos factos assentes).*
- *O horário de trabalho do A. foi sempre fixado pela R., 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 (alínea D) dos factos assentes).*
- *A parte variável era constituída por gorjetas dadas pelos clientes da R. (alínea E) dos factos assentes).*
- *As gorjetas eram distribuídas pela R. (alínea F) dos factos assentes).*
- *Todos os dias de descanso gozados pelos ex-trabalhadores da R. não eram remunerados (alínea G) dos factos assentes).*
- *A relação entre a A. e R. cessou em 1 de Junho de 2002 (resposta ao quesito da 1º da base instrutória).*
- *Dessa relação, o A. recebia um rendimento composto por um parte fixa e outra parte variável (resposta ao quesito da 2º da base instrutória).*
- *A parte fixa era inicialmente de MOP\$4,10, e de HKD\$10,00, a partir de 1 de Julho de 1989 até 30 de Abril de 1995 e, de HKD\$15,00, a partir de 1 de Maio de 1995 até à cessação da relação (resposta ao quesito da 3º da base instrutória),*
- *As gorjetas eram diariamente reunidas e contabilizadas pela R. (resposta ao quesito da 4º da base instrutória),*
- *As gorjetas eram distribuídas pela R. de acordo com regras e critérios desconhecidos pelos trabalhadores da R. e estabelecidas por esta (resposta ao quesito da 5º da base instrutória).*

- *O rendimento fixo somado do rendimento variável nos 1989 a 2002, era de (resposta ao quesito da 6º da base instrutória);*
 - *MOP\$163.633,00 em 1989*
 - *MOP\$189.116,00 em 1990;*
 - *MOP\$182.987,00 em 1991;*
 - *MOP\$188.461,00 em 1992;*
 - *MOP\$203.808,00 em 1993;*
 - *MOP\$205.623,00 em 1994;*
 - *MOP\$234.340,00 em 1995;*
 - *MOP\$228.462,00 em 1996;*
 - *MOP\$221.975,00 em 1997;*
 - *MOP\$208.333,00 em 1998;*
 - *MOP\$175.249,00 em 1999;*
 - *MOP\$162.955,00 em 2000;*
 - *MOP\$159.329,00 em 2001;*
 - *MOP\$57.551,00 em 2002.*

- *Desde o início dessa relação e até ao seu fim, nunca o Autor gozou um dia de descanso em cada período de 7 dias, sem perda do respectivo rendimento (resposta ao quesito da 7º da base instrutória).*

- *Nunca o Autor gozou 6 dias de descanso anual, sem perda do respectivo rendimento (resposta ao quesito da 8º da base instrutória).*

- *Desde o início da relação até 30 de Maio de 1989, nunca o Autor gozou descanso nos dias 1 de Janeiro, 1 de Maio, 1 de Outubro, dia 1*

de Junho, durante três dias no Ano Novo Chinês, e nos dias de Chong Chao, Chong Yeong, tendo o Autor trabalhando nesses dias (resposta ao quesito da 9º da base instrutória),

- *Desde 30 de Maio de 1989 até 4 de Maio de 2000, nunca o Autor gozou descanso nos dias 1 de Janeiro, 1 de Maio, 1 de Outubro, durante três dias no Ano Novo Chinês, no dia 1 de Junho, e nos dias de Chong Chao, Chong Yeong e Cheng Meng, tendo o Autor trabalhando nesses dias (resposta ao quesito da 10º da base instrutória).*
- *Desde 4 de Maio de 2000, nunca o Autor gozou descanso nos dias 1 de Janeiro, 1 de Maio, 1 de Outubro, durante três dias no Ano Novo Chinês, no dia 20 de Dezembro, no dia seguinte ao dia Chong Chao, nos dias Chong Yeong e Cheng Meng, tendo o Autor trabalhando nesses dias (resposta ao quesito da 11º da base instrutória).*
- *Sem que a R. tivesse proporcionada qualquer compensação salarial ao A. (resposta ao quesito da 12º da base instrutória).*
- *Nem compensado com outro dia de descanso (resposta ao quesito da 13º da base instrutória).*
- *O Autor aceitou que o trabalho prestado nos dias de descanso semana, anual e nos feriados obrigatórios fosse pago sem qualquer compensação adicional (resposta ao quesito da 15º da base instrutória).*
- *Aceitou que caso pretendesse gozar de descanso, tais dias não seriam retribuídos (resposta ao quesito da 16º da base instrutória).*

III- O Direito

1- Recurso do despacho saneador

A STDM insurge-se contra o saneador na parte em que decidiu não admitir a reconvenção nos termos do art. 17º do CPT.

Ora, este artigo estabelece os requisitos substantivos e adjectivos de

admissibilidade da reconvenção no âmbito dos processos laborais. Vejamos os substantivos.

Será admissível quando:

1- *O pedido do réu emerge do facto jurídico que serve de fundamento à acção;*

2- *O réu se propõe obter a compensação;*

3- *Entre o pedido do réu e a relação material subjacente à acção exista subsidiariedade, complementaridade ou dependência.*

Todavia, e tal como o despacho sob censura asseverou, não estamos perante nenhum dos requisitos ali previstos. Em primeiro lugar, o pedido da ré reconvincente não emerge do mesmo facto jurídico que serve de fundamento à acção. Efectivamente, a acção decorre alegadamente da omissão de obrigações legais aplicáveis a uma relação contratual, enquanto o pedido reconvenicional assenta num alegado enriquecimento ilícito por parte da autora. Planos jurídicos distintos e diferentes bases fundamentativas, portanto.

Claramente também não podemos dizer que a ré pretende obter a compensação, uma vez que esta figura tem por pressuposto um cruzamento/reciprocidade de créditos ou uma oposição de direitos creditícios com um saldo favorável a uma das partes. Ora, o que a ré pede não é o reconhecimento e a consequente satisfação de nenhum crédito contra a autora-credora, mas sim a *devolução* de importâncias que a esta havia entregue. Mas os argumentos utilizados pela ré para a pretensão que formula, que se limitam a entrar em rota de colisão com a pretensão da autora, só acentuam a vertente exceptiva de que tais importâncias não devem fazer parte do salário; e nesse sentido é questão que pode ser, e é conhecida, enquanto parte integrante do núcleo do mérito substantivo da acção.

O que acaba de dizer-se conflui para a apreciação do último dos requisitos (nº3). Vistas as coisas pelo prisma acabado de referir, não se pode dizer que seja *acessória*, *complementar* ou *dependente* a relação material subjacente relativamente ao pedido da causa principal. Se tomarmos como referência a doutrina que emerge do *Ac. do STJ de 22/11/2006, Proc. n.º 06S1822*, logo se torna patente que o caso não se assemelha à hipótese da norma. Na verdade, nenhuma daquelas características (*acessoriedade*,

complementaridade e dependência) se verifica nas hipóteses em que a um pedido do autor é contraposto um pedido conflituante do réu assente numa questão autónoma. No caso, o que moveu a autora foi o não gozo de dias de descanso contemplados na lei com uma especial remuneração (portanto, violação da legislação laboral), em cujo cálculo a impetrante inclui as gorjetas; o que move a ré reconvinde é a devolução de somas de dinheiro de gorjetas que havia, admitamos por facilidade de raciocínio e exposição, “dado” (a título de liberalidade) ou “pago” (a título de remuneração). Mas a verdade é que, fosse a que título fosse, essa questão - se até poderia releva em sede de abuso de direito, na medida em que a reconvinde age agora por causa de atitude que livremente tomou (o que pode configurar *venire contra factum proprium*: Ac. STJ de 17/04/2008, Proc. n.º 07S4747) – é estudada na perspectiva do mérito da acção. E quando os fundamentos em que os pedidos da acção e da reconvenção são completamente diferentes, como é o caso, a jurisprudência é unânime em não admitir a segunda (a título de exemplo Ac. do STJ de 19/01/2011, 557/06.2TTPRT.P1.S1).

Razão para não se fazer qualquer censura ao saneador, e concluir pela improcedência do recurso (neste mesmo sentido, v.g., Ac. deste TSI de 28/07/2011, Proc. n.º 537/2010).

*

2- Recurso da sentença

Importa começar por dizer que apenas está em causa nos presentes autos a indemnização eventualmente devida por créditos não pagos concernentes ao período posterior a 22/09/1989, dado que o despacho saneador, que não foi impugnado jurisdicionalmente, considerou prescritos os créditos anteriores a essa data. Assim, apenas haverá que lidar com o DL n.º 24/89/M, de 3/04.

*

A recorrente discorda da sentença quanto à composição do salário e quanto à parte relativa aos factores multiplicativos inseridos nas fórmulas adoptadas para o apuramento dos valores indemnizatórios.

Vejamos o primeiro aspecto.

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

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

Socorrámo-nos do aresto proferido neste *TSI de 19/03/2009, Proc. n. 690/2007*:

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

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

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

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

Depois, não eram gorjetas que o trabalhador do casino guardava para si vindas directamente do cliente apostador. Se assim fosse, poderia dizer-se que o empregador a elas era totalmente alheio, que nenhuma interferência

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

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

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

empregado, a quem vai pagar com dinheiro que nem sequer sai do seu bolso.

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

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

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

Verdade que o trabalhador recebia uma quantia fixa *diária*. Verdade também que nos dias em que não trabalhava não recebia remuneração. 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, por recentes, vejam-se os acórdãos proferidos nos Processos n.ºs 780/2007, de 31/03/2011, 423/2008, de 23/06/2011, 924/2010, de 20/10/2011, 159/2011, de 15/12/2011, por exemplo.

Assim sendo, não merece qualquer censura a sentença recorrida neste ponto.

*

Vejamos agora o segundo aspecto.

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.I: 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**. A recorrente defende ser aplicável o factor multiplicador 1 e a sentença decidiu ser o 3.

Assim, nesta parte a sentença tem que ser revogada.

Em consequência, e considerando o mapa de fls. 21 da sentença, 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 seria **Mop\$ 701.073,60**.

*

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**, o que, aplicada, corresponde ao valor indemnizatório de **Mop\$ 39.691,70**, tal como decidido na sentença (*ver mapa de fls. 23*), que assim não merece censura.

*

Feridos 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 *feridos 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.**

Acontece que a trabalhadora/autora não apresentou recurso jurisdicional e a STDM defende que o factor é o 1. Assim sendo, está o tribunal de recurso impedido de ultrapassar o limite decisório da sentença recorrida, pelo que a confirmará nesta parte. O que equivale a dizer que a indemnização a atribuir será de **Mop\$ 82.292,60.**

*

A indemnização global atinge, pois, o valor de **Mop\$ 823.057,90.**

IV- Decidindo

Face ao que vem de ser dito, acordam em:

- Negar provimento ao recurso jurisdicional interposto pela STDm do despacho saneador;
- Conceder parcial provimento ao recurso da sentença interposto pela STDm e, confirmando e revogando a sentença como acabado de expor, condenar a STDm a pagar a A a quantia de **Mop\$823.057,90**, acrescida de juros legais calculados pela forma decidida pelo TUI no seu acórdão de 2/03/2011, no processo n. 69/2010.

Custas:

- Pela STDm em ambas as instâncias na proporção do decaimento;
- Pela autora apenas na 1ª instância (por não ter contra-alegado no recurso), em função do 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 523/2011
Declaração de voto

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

RAEM, 09FEV2012

O juiz adjunto

Lai Kin Hong