

Processo n. 213/2011 (Recurso Laboral)

Relator: Cândido de Pinho

Data do acórdão: 19 de Abril 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*).

Proc. N° 213/2011

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\$ 718.325,00, 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 por parte do trabalhador, circunstância que a leva a pedir 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 9/02/1990.

*

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 Recorrente,*
2. *Conhecendo-se dos dois pedidos ínsitos na mesma Reconvenção, nos artigos 236º e seguintes da Contestação e Reconvenção.*

3. *Pelo que, salvo melhor entendimento, improcede o douto Despacho Saneador que, a fls. 161 e seguintes dos autos, considerou impeditivo o conhecimento da Reconvensão, “uma vez que não obedece aos requisitos substanciais previstos no artigo 17.º, n.º 1 do Código de Processo do Trabalho” quer quanto à existência de falta de compensação, falta de existência de um pedido do réu que emergja do mesmo facto jurídico que serve de fundamento à acção e falta de acessoriedade ou, falta de complementaridade ou, falta de dependência entre o pedido do réu e o do autor,*
4. *Assim indeferindo a possibilidade de procedência e mesmo, antes, do conhecimento da mesma Reconvensão por não preenchimento dos requisitos substanciais/objectivos/materiais e os requisitos processuais da mesma,*
5. *Com as custas a cargo da Ré, Reconvinte e ora Recorrente.*
6. *Não existe falta de interesse processual nem falta de interesse em agir por parte da Ré e aqui Recorrente,*
7. *Nem - também - inexistente acessoriedade, ou complementaridade ou dependência entre o pedido principal ou inicial insito na douda P. I.,*
8. *E o pedido reconvencional apresentado nos artigos 236º e seguintes da Contestação e Reconvensão,*
9. *Pois ambos estão interligados, conexos ou relacionados, senão, vejamos:*
10. *O pedido deduzido na P. I. ascende a MOP 328.849,00 (trezentas e vinte e oito mil e oitocentas e quarenta e nove patacas),*
11. *Quando acontece que, o salário diário do A., Reconvindo e aqui Recorrido foi sempre estável e no valor pecuniário de MOP\$ 4,10 (quatro patacas e dez avos), depois, um salário diário de HKD\$ 10,00 (dez dólares de Hong Kong) e, finalmente, uma retribuição diária de HKD\$ 15,00 (quinze dólares de Hong Kong), sempre em função do trabalho prestado, do labor efectivamente produzido nos casinos da Recorrente e, também, da sua comparência ao serviço nos*

mesmos casinos até 31 de Março de 2002.

- 12. Ora o pedido ascende a quantias altamente superiores ao que o A., ora Recorrido, poderia calcular com base na sua retribuição diária.*
- 13. O pedido e a causa de pedir são os pretensos, hipotéticos e possíveis falta de períodos de descanso ou de repouso semanal, anual e feriados obrigatórios.*
- 14. Com base nesse pedido, deduz um quantum indemnizatório em que engloba quantias alheias à Ré e ora Recorrente,*
- 15. 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 (e não em «meados de 2002» como erradamente está assente na douta P. I. do Recorrido, nos artigos 1º a 3º da mesma).*
- 16. A acessoriedade, a complementaridade e a dependência do pedido reconvenicional (parágrafo § 3º) do número 1 do artigo 17º do CPT está encontrado:*
- 17. Primeiro, a Ré, Reconvinte e Recorrente procurou a validade do seu contrato e das suas cláusulas de trabalho contínuo, mesmo em dias de repouso, o que foi sempre aceite pelo aqui Recorrido (vide, os artigos 164º a 197º da Contestação e, depois, ainda, os artigos 260º a 267º da Reconvenção);*
- 18. Segundo, mesmo que, porventura, tal contrato não fosse nem seja legal, o que não se considera mas equaciona por mera hipótese académica e à cautela,*
- 19. Então, nesse caso, deve o Recorrido e, então, Reconvindo devolver o montante altíssimo de gratificações, luvas ou gorjetas recebidas pela Ré e provenientes dos clientes dos casinos,*
- 20. Quantias pecuniárias estas, que o ora Reconvindo e aqui Recorrido*

só auferiu em troco do trabalho contínuo nos casinos da Ré e Recorrente,

- 21. Nos termos, designadamente, dos artigos 9º do RJRT de 1984 e 12º do RJRT de 1989 (diplomas laborais que, hoje, estão já revogados).*
- 22. Apenas se aplicava o RJRT de 1984 e o RJRT de 1989 à relação jurídica e material controvertida, bem como os Usos e Costumes do Sector do Jogo e Aposta em Casino e outros jogos de azar, em vigor à data dos factos.*
- 23. Portanto, a conexão e acessoriedade entre o pedido da P. I. e o pedido da reconvenção existe: o valor das luvas, prémios irregulares, gorjetas ou gratificações, não sendo curial nem possível a Ré e Recorrente ser condenada a prestar ou a repetir uma prestação pela qual não pode ser responsabilizada: as tais gorjetas dos clientes.*
- 24. Pelo que o pedido indemnizatório da presente acção laboral constitui um locupletamento sem causa do Recorrido à custa da Recorrente.*
- 25. Tendo em vista o peticionado nos artigos acima referidos e tendo em vista o valor da Reconvenção (que ascende a MOP 1.810.912,82),*
- 26. Existe também, dependência entre o pedido principal e o pedido reconvençional: 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,*
- 27. Sem conceder, deverá a contra-acção que é a Reconvenção proceder, condenando-se o A./Recorrido a devolver a quantia ilegítimamente obtida à custa das liberalidades prestadas pelos clientes e redistribuídas pela Ré a todos os seus ex-colaboradores, ex-prestadores de serviço, ex-empregados ou ex-trabalhadores, até 31 de Março de 2002.*
- 28. Ou seja, um milhão, oitocentas e dez mil e novecentas e doze patacas e oitenta e dois avos, são o montante que deve ser devolvido pelo A./Recorrido à Reconvinte/Recorrente, a título das referidas*

gratificações, luvas ou gorjetas que injusta e sem causa o primeiro vem agora, a Juízo, novamente reclamar e peticionar,

29. *Bem como, fica provado esse nexó entre as duas acções, com o prejuízo objectivo e grave que sobre a Recorrente impende com a presente acção judicial laboral em que são exigidos pelo Autor e aqui Recorrido a quantia de MOP 718.325,00 (setecentas e dezoito mil e trezentas e vinte e cinco patacas), acrescida de juros de mora legais vencidos e vincendos a contar da data do termo da relação contratual.*
30. *Tendo sido deduzida a presente Reconvensão no presente litígio justamente, em ordem à celeridade, oportunidade e rapidez processuais do processo laboral,*
31. *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 que a Ré explorou até final de Março de 2002,*
32. *Levando em linha de conta o expendido na Contestação / Reconvensão, para requerer a V. Exas do douto Tribunal ad quem que revoguem o douto Despacho recorrido posto aqui em crise pelo recurso, desde logo, na parte em que absolveu o Recorrido da instância por alegada falta de qualquer dos 3 (três) requisitos previstos nos 3 (três) §§ parágrafos do número 1 do artigo 17º do CPT, como ficou expresso no referido e mui douto Despacho Saneador que aqui se recorre interlocutoriamente.*
33. *Sobre o pedido Reconvencional, o locupletamento sem causa do A. e ora Reconvindo à custa da Ré e Recorrente, em MOP 1.810.912,82, tal quantia monetária traduz o valor das luvas, gratificações, prémios irregulares ou gorjetas que o aqui Recorrido recebeu e que,*
34. *De uma forma repetida e excessiva, procura agora no presente pleito, enriquecer-se novamente à custa da Ré e aqui Recorrente, ao peticionar uma quantia pecuniária por pretensa falta de descansos semanais, anuais e feriados obrigatórios,*

35. *Descurando-se o facto essencial de ter auferido um elevadíssimo rendimento ao longo dos anos em que prestou serviço e foi funcionário ou empregado da Ré e Recorrente,*
36. *Desde logo, por mor das luvas, gratificações ou gorjetas prestadas pelos clientes e distribuídas pela Ré e aqui a Recorrente.*
37. *O douto Tribunal a quo considerou não estarem preenchidos os fundamentos do instituto enriquecimento sem causa,*
38. *Por falta de requisitos materiais ou objectivos e dos requisitos processuais da Reconvenção.*
39. *Acontece que, por outro lado, houve nesta acção, uma revelia operante do A. e ora Recorrido, pois, notificado para responder, contestar, impugnar a Reconvenção em sede de resposta à Contestação, manteve o silêncio.*
40. *Tal silêncio tem a cominação dada pelo número 1 do artigo 32º do CPT, i.e., consideram-se reconhecidos os factos articulados pelo autor e é logo proferida sentença, julgando a causa conforme for de direito.*
41. *Em consequência todos os factos alegados nos artigos 237º e seguintes da Contestação e Reconvenção deveriam ter sido considerados reconhecidos e, em consequência, provados.*
42. *O douto 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.*
43. *O A. e ora Recorrido deveria ter sido condenado de preceito no pedido reconvencional.*
44. *A causa para o enriquecimento do ora Recorrido e o consequente empobrecimento da Recorrente assentava na renúncia expressa daquele primeiro à remuneração em dias de descanso (semanal, anual e feriados obrigatórios).*

45. *Apenas por ter aceite não ser remunerada durante a relação laboral, a R., ora Recorrente, permitiu ao A., ora Recorrido, participar no esquema das gorjetas entregues pelos Clientes da Recorrente.*
46. *Isto é, a causa deixou de existir no momento em que a acção foi intentada, passando, no entendimento da Recorrente, o A./Reconvinde/Recorrido a estar obrigado a restituir o indevidamente recebido a título de gorjetas.*
47. *Ao receber parte das gorjetas, cuja causa para o seu recebimento era o não ser remunerada 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.*
48. *Não é só quando não há nenhuma causa para as deslocações pecuniárias que o instituto do enriquecimento sem causa poderá ser invocado, mas, e também, quando a causa para essa deslocação deixa de existir.*
49. *Em conclusão, requer-se a V. Exas o conhecimento da Reconvenção e dois (2) pedidos nela ínsitos, seguindo-se os demais termos do processo e, assim, fazendo sempre a costumada e habitual Justiça.*

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 V. Exas, a habitual e costumada JUSTIÇA!

*

Não houve contra-alegações.

*

O processo prosseguiu os seus normais trâmites, vindo oportunamente a ser proferida sentença que julgou a acção parcialmente procedente e condenou a STDM no pagamento ao autor da indemnização no valor de

Mop\$ 579.938,31, acrescida de juros.

*

Desta sentença recorreu a STDM, em cujas alegações formulou as seguintes **conclusões**:

- I. *A Sentença de que ora se recorre é nula por erro na subsunção da matéria de facto dada como provada relativamente ao impedimento, por parte da Ré, do gozo de dias de descanso, por parte da Autora, e bem assim, relativamente ao tipo de salário auferido pela Autora, ao condenar a Ré ao pagamento de uma indemnização pelo não gozo de dia de descanso anual como se a Ré tivesse impedido a Autora de gozar aqueles dias, e com base no regime do salário mensal;*
- II. *Com base nos factos constitutivos do direito alegado pelo A., ora Recorrido, relembre-se aqui que estamos em sede de responsabilidade civil, pelo que a esta apenas terá o dever de indemnização caso prove que a Recorrente praticou um acto ilícito.*
- III. *E, de acordo com os arts. 20º, 17º, 4, b) e 24º do RJRT, apenas haverá comportamento ilícito por parte do empregador - e consequentemente direito a indemnização - quando, o trabalhador seja obrigado a trabalhar em dia de descanso semanal, anual e ou em dia de feriado obrigatório e o empregador não o remunerar nos termos da lei.*
- IV. *Ora, nada se provou que fosse susceptível de indicar qualquer acção ou omissão (muito menos ilícita) por parte da Recorrente no sentido que haja obstado ao gozo de descansos pelo A., não podendo, por isso, reconhecerse o seu direito à indemnização que peticiona.*
- V. *Porque assim é, - e para além do aspecto da falta de prova referido supra - carece de fundamento legal a condenação da ora Recorrente por falta de prova de um dos elementos essenciais à prova do direito de indemnização do A., ora Recorrido, i.e., a ilicitude do comportamento da R., ora*

Recorrente.

- VI. *O A., ora Recorrido, não estava dispensada do ônus 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.*
- VII. *Assim, sendo, o Tribunal a quo errou na aplicação do direito, pelo que o douto Tribunal de Segunda Instância deverá anular a decisão e absolver a Recorrente dos pedidos deduzidos pelo A., ora Recorrido.*
- VIII. *Nos termos do n.º 1 do art. 335.º do Código Civil (adiante CC) “Àquele que invoca um direito cabe fazer prova dos factos constitutivos do direito alegado.”.*
- IX. *Por isso, e ainda em conexão com respostas aos quesitos 2.º a 4.º da base instrutória, cabia à A., ora Recorrido, provar que a Recorrente obteve ou negou o gozo de dias de descanso.*
- X. *Ora nada se provou que fosse susceptível de indicar qualquer acção ou omissão (muito menos ilícita) por parte da Recorrente que haja obstado ao gozo de descansos pelo A., não podendo, por isso, afirmar-se o seu direito ao pagamento da indemnização que pede, a esse título.*

Assim não se entendendo, e ainda concluindo:

- XI. *O n.º 1 do art. 5.º do RJRT dispõe que o diploma não será aplicável perante condições de trabalho mais favoráveis que sejam observadas e praticadas entre empregador e trabalhador, esclarecendo o art. 6.º deste diploma legal que os regimes convencionais prevalecerão sempre sobre o regime legal, se daqui resultarem condições de trabalho mais favoráveis aos trabalhadores.*
- XII. *O facto do A. ter beneficiado de um generoso esquema de distribuição de gorjetas que lhe permitiu, ao longo de vários anos, auferir mensalmente rendimentos que numa situação*

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

- XIII. 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. auferia - incorreu o Tribunal a quo em erro de direito, o que constitui causa de anulabilidade da sentença ora em crise.*

Assim não se entendendo e ainda concluindo:

- XIV. A aceitação do trabalhador de que aos dias de descanso semanal, anual e em feriados obrigatórios não corresponde qualquer remuneração teria, forçosamente, de ser considerada como válida.*
- XV. Os artigos 24º e seguintes da Lei Básica consagram um conjunto de direitos fundamentais, assim como os artigos 67º e seguintes do Código Civil consagram um conjunto de direitos de personalidade e, do seu elenco não constam os alegados direitos violados (dias de descanso anual e feriados obrigatórios).*
- XVI. Não tendo o legislador consagrado a irrenunciabilidade dos direitos em questão, devem os mesmos ser considerados livremente renunciáveis e, bem assim, considerada eficaz qualquer limitação voluntária dos mesmos, seja essa limitação voluntária efectuada ab initio, superveniente ou ocasionalmente.*
- XVII. Donde, deveria o Tribunal ter considerado eficaz a renúncia*

ao gozo efectivo de tais direitos, absolvendo a aqui Recorrente do pedido.

Assim não se entendendo, e ainda concluindo:

- XVIII. *Ao trabalhar voluntariamente - e, realce-se, não ficou em nenhuma sede provado que esse trabalho não foi prestado de forma voluntária, muito pelo contrário - em dias de descanso (sejam eles anual, semanal ou resultantes de feriados), o Recorrido optou por ganhar mais, tendo direito à correspondente retribuição em singelo.*
- XIX. *E, não tendo o Recorrido sido impedida de gozar quaisquer dias de descanso anual, de descanso semanal ou quaisquer feriados obrigatórios, é forçoso é concluir pela inexistência do dever de indemnização da STDM ao Recorrido.*

Ainda sem conceder, e ainda concluindo:

- XX. *Por outro lado, jamais pode a ora Recorrente concordar com o regime aplicado pela Mma. Juiz a quo aquando do cálculo do quantum indemnizatório, uma vez que, apesar de se preocupar com a aferição do quantum diário do salário do A., ora Recorrido, acaba por aplicar o regime previsto para o salário mensal, sendo que toda a factualidade alegada pela Ré e confirmada pelas suas testemunhas em sede de Julgamento, indica no sentido inverso, ou seja, do salário diário.*
- XXI. *Com efeito, a proposta contratual oferecida pela ora Recorrente aos trabalhadores dos casinos, como a aqui Recorrido, é a mesma há cerca de 40 anos: auferiam um salário diário fixo de MOP4.10/dia, HKD 10.00/dia, HKD\$15.00/dia, ou seja, um salário de acordo com o período de trabalho efectivamente prestado.*
- XXII. *Acresce que o “esquema” do salário diário nunca foi contestado pelos trabalhadores na pendência da relação contratual e, ademais, nunca os trabalhadores impugnaram*

expressamente a alegação desse facto nas instâncias judiciais nos processos pendentes.

- XXIII. Trata-se de uma disposição contratual válida e eficaz de acordo com o RJR T, que prevê, expressamente, a possibilidade das partes acordarem no regime salarial mensal ou diário, no âmbito da liberdade contratual prevista no art. 1º do RJRT.
- XXIV. *Ora, na ausência de um critério legal ou requisitos definidos para aferir a existência de remuneração em função do trabalho efectivamente prestado, ao estabelecer que o A., ora Recorrido, era remunerado com um salário diário, a sentença Recorrida desconsidera toda a factualidade trazida aos autos e, de igual forma, as condições contratuais acordadas entre as partes. Salvo o devido respeito por entendimento diverso, a Recorrente entende que, nessa parte, a decisão em crise não está devidamente fundamentada e é arbitrária, ao tentar estabelecer como imperativo (i.e., o regime de salário mensal em contratos de trabalho típicos) o que a lei define como dispositivo (i.e., as partes poderem livremente optar pelo regime de salário mensal ou diário em contratos de trabalho típicos).*
- XXV. *O trabalho prestado pelo Recorrido em dias de descanso foi sempre remunerado em singelo.*
- XXVI. *A remuneração já paga pela ora Recorrente ao ora Recorrido por esses dias deve ser subtraída nas compensações devidas pelos dias de descanso a que o A. tinha direito, nos termos dos Decreto-Lei n.º 101/84/M e Decreto-Lei n.º 24/89/M e depois nos termos do Decreto-Lei n.º 32/90/M.*
- XXVII. *Maxime, o trabalho prestado em dia de descanso semanal, para os trabalhadores que auferem salário diário, deve ser remunerado como um dia normal de trabalho (cfr. al. a) e b) do n.º 6 do art.º 17º do RJRT, tendo o Tribunal a quo descurado em absoluto essa questão.*

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

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

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

Assim não se entendendo, e ainda concluindo,

XXXI. Não poderia a Recorrente ter sido condenada ao pagamento do dobro do salário para compensar o alegado não gozo de dias de descanso semanal.

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

XXXIII. Parece claro que, mesmo que a Recorrente tivesse de pagar a compensação do alegado não gozo de dias de descanso semanal, o trabalho prestado em dia de descanso semanal deve ser pago x2, e uma parte já foi paga, então a R. apenas está em falta com o salário diário x1.

Ainda concluindo:

- XXXIV. *As gorjetas dos trabalhadores de casinos não são parte integrante do conceito de salário.*
- XXXV. *Neste sentido a corrente Jurisprudencial dominante, onde se destacam os **Acórdãos do Tribunal de Última Instância proferidos no âmbito dos Processos n.º 2812007, 29/2007 e 58/2007, datados de 21 de Setembro de 2007, 22 de Novembro de 2007 e 27 de Fevereiro de 2008, respectivamente.***
- XXXVI. *Também neste sentido se tem pronunciado a doutrina de uma forma pacificamente unânime.*
- XXXVII. *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.*
- XXXVIII. *Nas gratificações há um animus donandi, ao passo que a retribuição consubstancia uma obrigatoriedade.*
- XXXIX. *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.*
- XL. *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 corresponsabilidade dessa mesma prestação de trabalho.*
- XLI. *Na verdade, a reunião e contabilização são realizadas nas instalações dos casinos da STDM, mas com a colaboração e intervenção de croupiers, funcionários da tesouraria e de*

funcionários do governo que são chamados para supervisionar a contabilização das gorjetas.

- XLII. Salvo o devido respeito pela Mma. Juiz a quo, a posição de sustentar a integração das gorjetas no conceito jurídico de salário, com base no conceito abstracto e subjectivo de “salário justo”, não tem qualquer fundamento legal, nem pode ter aplicação no caso concreto.*
- XLIII. Em primeiro lugar, porque o que determina se certo montante integra ou não o conceito de salário, são critérios objectivos, que, analisados detalhadamente, indicam o contrário, se não vejamos: as gorjetas são montantes, (i) entregues por terceiros; (ii) variáveis; (iii) não garantidos pela STDM aquando da contratação; (iv) reunidas e contabilizadas pelos respectivos croupiers, juntamente com funcionários da tesouraria e do governo de Macau.*
- XLIV. 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.*
- XLV. Dessa forma, o cálculo da eventual indemnização só poderia levar em linha de conta o salário diário, excluindo-se as gorjetas.*

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

Não houve contra-alegações.

Cumpre decidir.

II- Os Factos

A sentença deu por provada a seguinte factualidade:

A ré teve por objecto até 31 de Março de 2002 a exploração de jogos de fortuna ou azar em casino e mantendo-se o objecto da industria hoteleira, de turismo, transportes aéreos, marítimos e terrestres, construção civil, operações em títulos públicos e acções nacionais e estrangeiros, comércios de importação e exportação. (A)

A R. foi, até 31 de Março de 2002, a única concessionária de jogos de fortuna ou azar em Macau, designadamente a proprietária e, ou, operadora de todos os casinos aqui existentes. (B)

A 01 de Setembro de 1979, a A. iniciou a sua relação contratual com a R., sob a direcção efectiva e fiscalização por parte desta. (C)

A sua função foi inicialmente a de Assistente de Clientes da R., e em Janeiro de 1980 passou a exercer as funções de croupier. (D)

A relação contratual entre A. e R. cessou no dia 31 de Janeiro de 2000. (E)

O horário de trabalho da A. foi sempre fixado pela R., em função das suas necessidades, por turnos diários, em ciclos de três dias, num total de 8 horas, alteradas de 4 em 4 horas, existindo o período de descanso de 8 horas diárias durante dois dias e um período de 16 horas de descanso no terceiro dia. (F)

A A. recebia de dez em dez dias da R., desde o início da relação contratual, até à data da sua cessação, duas quantias, uma fixa, no valor de MOP\$ 4,10 diária desde o início da relação contratual até 30 de Junho de 1989, de HKD\$ 10,00 diária a partir de 1 de Julho de 1989 até 30 de Abril de 1995, de HKD\$ 15,00 diária a partir de 1 de Maio de 1995 até ao fim da relação contratual com a Ré, e ainda outra parte variável, em

função do dinheiro recebido dos clientes de casinos vulgarmente designado por gorjetas. (G)

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

Tais gorjetas eram distribuídas por todos os trabalhadores da R. e não apenas pelos que tinham contacto directo com os clientes nas salas de jogo e nessa distribuição interna das gorjetas, os trabalhadores recebiam quantitativo diferente consoante a respectiva categoria, tempo de serviços e departamento em que trabalhavam. (I)

Durante o período em que prestava serviço à R., o A. auferiu os seguintes rendimentos: (1^o)

a) 1989 = 158.759,00;

b) 1990 = 175.197,00;

c) 1991 = 150.096,00;

d) 1992 = 165.684,00;

e) 1993 = 173.369,00;

f) 1994 = 173.721,00;

g) 1995 = 183.639,00;

h) 1996 = 192.566,00;

i) 1997 = 192.931,00;

j) 1998 = 176.741,00;

k) 1999 = 103.139,00;

l) 2000 = 1.866,00.

Desde o início da relação contratual até à cessação, nunca o A. gozou um dia de descanso por cada semana de serviço prestado, nem a R. lhe pagou a respectiva compensação monetária. (2º)

Desde o início da relação contratual até à sua cessação, o A. nunca gozou os seis dias de descanso por cada ano de serviço prestado, nem a R. lhe pagou pelo serviço prestado no mesmo período. (3º)

Durante a vigência da relação contratual, o A. prestou serviços nos feriados obrigatórios remunerados seguintes: (4º)

- 1 de Outubro do ano 1989;

- 1 de Janeiro, 3 dias de Ano Novo Chinês, 1 de Maio e 1 de Outubro de ano 1990, 1991, 1992, 1993, 1994, 1995, 1997, 1999;

- 3 dias do Ano Novo Chinês, 1 de Maio e 1 de Outubro do ano 1996;

- 1 de Janeiro, 3 dias de Ano Novo Chinês e 1 de Outubro de ano 1998;

Mas sem a R. lhe pagou pelo serviço prestado nesses mesmos dias.

Antes da entrada do aqui A. ao serviço da R., era do seu conhecimento que as gorjetas entregues pelos clientes aos trabalhadores não eram para seu benefício exclusivo, mas para todos os que naquela organização prestavam serviço. (5º)

E tal fora-lhe expressamente esclarecida aquando da sua contratação. (6º)

Aquando da contratação do A., como com todos os trabalhadores da R., a R. informava os trabalhadores de que a quota parte das gorjetas

doadas pelos clientes da R., era variável e incerta. (7º)

O A. quando foi trabalhar para a R., foi informada que todos os dias de descansos do A. não correspondia qualquer remuneração. (8º)

O A. era livre de pedir o gozo de dias de descanso sempre que assim o entendesse, desde que tal gozo de dias não pusesse em causa o funcionamento da empresa da R.. (9º)

No ano de 1993, o A. gozou 57 dias de descansos; (10º)

No ano 1994, o A gozou 72 dias de descansos;

No ano 1995, o A. gozou 80 dias de descansos;

No ano 1996, o A. gozou 61 dias de descansos, entre os quais 1 dia de feriado obrigatório;

No ano 1997, o A. gozou 48 dias de descansos;

No ano 1998, o A. gozou 55 dias de descansos, entre os quais 1 dia de feriado obrigatório;

No ano 1999, o A. gozou 163 dias de descansos;

No ano 2000, o A. gozou 27 dias de descansos, entre os quais 1 dia de feriado obrigatório;

III- O Direito

1- Recurso do despacho saneador interposto pela STDM

A STDM insurge-se contra o saneador na parte em que nele foi decidido rejeitar/ 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 reconvinte 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 reconvencional 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. nº 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 reconvinte 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 relevar em sede de abuso de direito, na medida em que a reconvinte 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

2.1 - *Da nulidade da sentença*

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

A nosso ver, não tem razão. Com efeito, o que importava apurar era somente se o trabalhador gozou ou não os dias de descanso e os feriados. Saber se a eles o trabalhador *renunciou* é já questão impeditiva que à

STDM cumpria alegar e demonstrar (art. 335º, n.2, do C.C.). E isso não aconteceu. Quanto ao impedimento invocado, algo mais adiante diremos.

-

Mas esta matéria obriga, ainda, a outro tipo de considerações. E uma delas é a *liberdade contratual*. Pergunta-se: é possível que as partes da relação laboral afastem o conteúdo das normas que conferem o direito ao descanso semanal, anual e feriados obrigatórios?

Toda a gente tem estado de acordo que as normas laborais sedimentam a opinião do favorecimento da parte mais fraca económica ou socialmente, que é o trabalhador. E é por isso que, quando o legislador positiva direitos em favor do trabalhador fá-lo de forma impostergável. Isto é, não se tem entendido ser permitido que, contra a vontade do legislador vertida na norma, o trabalhador acorde com o empregador um regime de trabalho que lhe retire direitos. Estamos, pois, a falar de direitos irrenunciáveis, que de alguma maneira, o art. 30º, da Lei Básica traduz ou acolhe à luz do princípio da inviolabilidade da dignidade humana. Pode o trabalhador acordar com o empregador o valor do salário, dentro de certos limites. O que não pode é prescindir de certos direitos nascidos apenas em seu exclusivo benefício. É o caso, por exemplo, do direito ao descanso.

Disso, aliás, nos dá conta o art. 5º, do DL n.101/84/M e 5º, do DL n.24/89/M ao estabelecer o *princípio do tratamento mais favorável*.

E não se diga que o acordo firmado entre recorrente e recorrido neste caso concreto é mais favorável ao trabalhador. Tanto no caso da natureza do contrato, no da composição do salário, como no do gozo de dias de descanso e feriados, nada do que se provou encaixa bem no princípio, antes pelo contrário.

Assim, mesmo que se tivesse provado a renúncia a tais direitos – *e não se provou* - ela seria inoperativa, porque prejudicial aos interesses do trabalhador.

Isto não quer dizer, bem entendido, que trabalhar nesses dias de descanso signifique uma renúncia totalmente abdicativa do correspondente direito. Pode acontecer que o trabalhador preste voluntariamente serviço nesses dias (ver art. 17º, n.5, do DL n. 101/84/M), mas para isso mesmo é que a própria lei prevê formas substitutivas compensatórias (v. art. 566º, do Cod. Civil). Ou seja, tanto é um direito forte (embora não intangível) que só

pode ser quebrado num contexto favorável ao trabalhador. E isto é o que a própria lei prevê, de nada valendo a invocação dos *usos e costumes*, porque estes, pelo modo como a recorrente os desenha, não afastam minimamente as normas imperativas a que nos vimos referindo. O trabalho praticamente contínuo dos “croupiers”, devido à escassez de mão-de-obra especializada para o serviço nas bancas dos casinos de Macau, teria que ser compensado como manda a lei e nunca como o terá querido o empregador ou como, em tese geral, o admitisse o próprio trabalhador. Os usos e costumes nunca poderiam sobrelevar-se ao domínio normativo.

-

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

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

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

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

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

*

2.2- Do mérito da sentença

Da natureza do vínculo e da composição do salário

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

O recorrente começou a trabalhar para a recorrida 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 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, vêem devidamente compensado o resultado do seu trabalho; e o último, porque vê feliz e empenhado o seu empregado, a quem vai pagar com dinheiro que nem sequer sai do seu bolso.

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

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

É para nós, 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 nºs 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.

*

Da compensação

Como calcular a compensação?

Devemos ter presente que os créditos anteriores a 16/09/1989 foram declarados prescritos (sem que tivesse havido recurso da decisão tomada

no despacho saneador), o que significa que somente haveremos de considerar aqueles que se desenvolveram sob o domínio do DL n° 24/89/M.

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**, tal como o decidiu a sentença recorrida.

Assim sendo, e não tendo havido recurso pelo trabalhador acerca das deduções que a sentença operou por efeito dos dias de gozo de férias, conforme mapa de fls. 51 e 52 da decisão, somos levados a concluir pela improcedência do recurso nesta parte e, consequentemente, por acolher a sentença no tocante ao valor indemnizatório arbitrado, que foi de **Mop\$ 466.811,44**.

*

Descanso anual

- Na vigência do DL n. 24/89/M

A sentença, aplicando o factor 2 na fórmula **AxBx2**, em que **A** corresponde aos dias de descanso anual não gozados e **B** ao valor do salário diário, encontrou o valor indemnizatório de **Mop\$ 58.060,39**.

Como a recorrente STDM não impugnou a fórmula de cálculo e, ao invés, expressamente aceitou a aplicação do factor 2, nada este TSI haverá que apreciar, uma vez neste particular convergem as posições da sentença e da recorrente.

*

Descanso em feriados obrigatórios

- Na vigência do DL n. 24/89/M

Esta lei trouxe inovações em relação ao panorama derivado do DL n.º 101/84/M: 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. 19.º, 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. 20.º, 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 lho 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 o trabalhador 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 só a poderá confirmar nesta parte, face ao disposto no art. 589º, nº4, do CPC. O que equivale a dizer que a indemnização a atribuir só pode ser de **Mop\$ 55.066,48.**

*

Isto quer dizer que o valor indemnizatório global ascende a **Mop\$ 579.938,31**, tal como foi decidido na sentença, que assim tem que ser confirmada.

IV- Decidindo

Nos termos expostos, acordam em:

1- Negar provimento ao recurso interposto pela STDM do despacho saneador na parte relativa ao pedido da reconvenção por si deduzido;

Custas nesta parte pela recorrente STDM.

2- Negar provimento ao recurso interposto pela STDM da sentença, que assim totalmente se confirma no sentido de condenar a recorrente a pagar a A a indemnização de **Mop\$ 579.938,31.**

Custas:

- Pela recorrente STDM: em ambas as instâncias na proporção do decaimento.
- Pelo recorrido: apenas na 1ª instância, na proporção do decaimento, dado que não contra-alegou no recurso.

TSI, 19 / 04 / 2012

José Cândido de Pinho
(Relator)

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

Choi Mou Pan
(Segundo Juiz-Adjunto)

Processo nº 213/2011
Declaração de voto

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

RAEM, 19ABR2012

O juiz adjunto

Lai Kin Hong