Processo nº 182/2012 (Recurso Laboral)

Relator: Cândido de Pinho

Data do acórdão: 20 de Setembro de 2012

Descritores:

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

SUMÁRIO:

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

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

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

Proc. n° 182/2012

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

I- Relatório

A, com os demais sinais dos autos, representado pelo Ministério Público, moveu contra a **STDM** acção de processo comum de trabalho pedindo a condenação desta no pagamento de Mop\$69.817,75, como compensação pelos *descansos semanais, feriados obrigatórios e descansos anuais* não gozados desde o início ao termo da relação laboral entre ambos.

*

O processo prosseguiu os seus normais termos, vindo a ser proferida sentença, a qual viria a julgar parcialmente procedente o pedido e, em consequência, foi a **STDM** condenada a pagar à autora a indemnização de Mop\$ 63.522,84, acrescida de juros legais.

*

É dessa sentença que ora vem interposto o presente recurso jurisdicional, em cujas alegações a recorrente, **STDM**, formula as seguintes **conclusões**:

- I. A Recorrente não entende como o Tribunal pôde considerar que o A., ora Recorrido, não gozou qualquer dia de descanso, semanal, anual e feriados obrigatórios, o que consubstancia um claríssimo erro de apreciação da matéria de facto;
- II. Assim, sendo totalmente omissa quanto à questão fundamental do não gozo de dias de descanso pelo A., ora Recorrido, o Tribunal *a quo* errou na apreciação da prova, pelo que o douto Tribunal de Segunda Instância deverá anular a decisão e absolver a Recorrente dos pedidos deduzidos pelo A., ora Recorrido.

Assim não se entendendo, e ainda concluindo:

- III. 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.

- IV. E, de acordo com os artigos 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.
- V. 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.
- VI. Porque assim é, carece de fundamento legal a condenação da ora Recorrente por falta de prova de um dos elementos essenciais ao direito de indemnização do A, ora Recorrido, i.e., a ilicitude do comportamento da R., ora Recorrente.
- VII. Requer-se, pois, que V. Exas. se dignem revogar a sentença ora em crise e julgar a matéria de facto em conformidade com o ora exposto e, consequentemente, absolver a R. da Instância.

Assim não se entendendo, e ainda concluindo:

- VIII. O nº 1 do art. 5º do RJRT dispõe que o diploma não será aplicável perante condições de trabalho mais favoráveis que sejam observadas e praticadas entre empregador e trabalhador, esclarecendo o art. 6º deste diploma legal que os regimes convencionais prevalecerão sempre sobre o regime legal, se daqui resultarem condições de trabalho mais favoráveis aos trabalhadores.
- IX. O facto de o 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.
- X. 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:

- XI. 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.
- XII. Os artigos 24^o e seguintes da Lei Básica consagram um conjunto de direitos fundamentais, assim como os artigos 67^o 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 semanal, anual e feriados obrigatórios).
- XIII. 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.
- XIV. 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:

- XV. 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.
- XVI. E, não tendo o Recorrido sido impedido 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:

- XVII. Por outro lado, jamais pode a ora Recorrente concordar com o regime aplicado pela Mmo. 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 R. e confirmada pelas suas testemunhas em sede de Julgamento, indica no sentido inverso, ou seja, do salário diário.
- XVIII. Com efeito, a proposta contratual oferecida pela ora Recorrente aos trabalhadores dos casinos, como o aqui Recorrido, é a mesma há cerca de 40 anos: um salário de acordo com o período de trabalho efectivamente prestado.
- XIX. 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.

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

XXI. 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).

XXII. Deve assim ser reapreciada por V. Exa. a decisão final, no sentido de a mesma se adequar à matéria de facto dada como provada, efectuando-se o cálculo do *quantum* indemnizatório com base no regime previsto para os casos do salário diário, o que expressamente se requer.

Por outro lado,

XXIII. O trabalho prestado pelo Recorrido em dias de descanso foi sempre remunerado em singelo.

XXIV. 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 do Decreto-Lei n.º 32/90/M.

XXV. *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 artigo 17º do RJRT, tendo o Tribunal *a quo* descurado em absoluto essa questão.

XXVI. 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.

XXVII. Situação idêntica acontece nos dias de Feriado Obrigatório remunerado, onde o trabalhador apenas deve ser remunerado em singelo, já lhe tendo sido esta parcela

paga e, conseqüentemente, nada lhe devendo a R.

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

Ainda concluindo:

XXIX. As gorjetas dos trabalhadores de casinos não são parte integrante do conceito de salário, e bem assim as gorjetas auferidas pelos trabalhadores da STDM.

XXX. Neste sentido a corrente Jurisprudencial dominante, onde se destaca com particular acuidade o Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 8 de Julho de 1999.

XXXI. Também neste sentido se tem pronunciado a doutrina de uma forma pacificamente unânime.

XXXII. 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.

XXXIII. Nas gratificações há um *animus donandi*, ao passo que a retribuição consubstancia uma obrigatoriedade.

XXXIV. 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.

XXXV. Qualifica Monteiro Fernandes expressamente as gorjetas dos trabalhadores da STDM como “*rendimentos do trabalho*”, esclarecendo que os mesmos são devidos por causa e por ocasião da prestação de trabalho, mas não em função ou como correspectividade dessa mesma prestação de trabalho.

XXXVI. 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.

XXXVII. Salvo o devido respeito pela Mma. Juiz *a quo*, a posição de sustentar a integração das gorjetas no conceito jurídico de salário, não tem qualquer fundamento legal, nem pode ter aplicação no caso concreto.

- XXXVIII. 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) reunidos e contabilizados pelos respectivos *croupiers*, juntamente com funcionários da tesouraria e do governo de Macau.
- XXXIX. E fortalece a nossa tese a posição do governo de Macau, que nunca considerou necessária a definição de um montante mínimo salarial que pudesse servir de bitola para a apreciação - menos discricionária - do que é um *salário justo*.
- XL. Dessa forma, o cálculo da eventual indemnização só poderia levar em linha de conta o salário diário, excluindo-se as gorjetas.
- XLI. Salvo melhor entendimento e posições doutrinárias e jurisprudenciais em contrário, a ora Recorrente entende que não se encontra em mora relativamente a quaisquer compensações enquanto o crédito reclamado não se tornar líquido, com o trânsito em julgado da decisão condenatória,
- XLII. É que, como se sabe, nos termos do disposto no número 4 do artigo 794º do CC, se o crédito for ilíquido não há mora enquanto não se tornar líquido e, no entendimento da ora Recorrente, tal iliquidez não lhe é imputável.
- XLIII. Quanto à natureza ilíquida do crédito não restam dúvidas, pois logo na P. I. e na Contestação, A. e R. deixaram bem patente que não estão de acordo quanto ao *quantum* de um montante indemnizatório eventualmente devido.
- XLIV. Na esteira do Acórdão do TUI proferido no âmbito do Processo n.º 69/2010, em 02/03/2011 “ (...) em caso de litígio judicial quanto ao valor dos danos, o crédito só se toma líquido quando o juiz o fixa, seja na sentença em 1.ª Instância, seja na decisão em recurso, quando o valor fixado anteriormente é alterado ou quando em 1.ª Instância, por uma razão ou por outra, nenhum valor é fixado. Podendo mesmo acontecer que o devedor só entre em mora na execução, se o montante dos danos só nesta fase for liquidado (art. 564.º, n.º 2 do Código de Processo Civil) ”

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 alegações de resposta do autor da acção.

*

Cumpra decidir.

II- Os Factos

A sentença da 1ª instância deu como assente a seguinte factualidade:

“Da Matéria de Facto Assente:

- Entre o A. e a R. foi estabelecida uma relação laboral em 1 de Outubro de 1991, a qual cessou em 2 de Junho de 1994 (*alínea A) dos factos assentes*).
- As gorjetas eram provenientes do dinheiro dado pelos clientes dos casinos da R. (*alínea B) dos factos assentes*).
- Ao gozo de dias de descanso pelo A. não corresponderia qualquer remuneração (*alínea C) dos factos assentes*).
- As gorjetas eram diariamente reunidas e contabilizadas e, de dez em dez dias, distribuídas (*alínea D) dos factos assentes*).
- O A. prestou serviços em turnos, conforme os horários fixados pela R. de seguinte (*alínea E) dos factos assentes*).
 1. 1º e 6º turnos: das 07H00 até 11H00, e das 03H00 até 07H00;
 2. 3º e 5º turnos: das 15H00 até 19H00, e das 23H00 até 03H00;
 3. 2º e 4º turnos: das 11H00 até 15H00, e das 19H00 até 23H00.

*

Da Base Instrutória:

- Da relação referida em A) dos factos assentes, o Autor recebia uma quantia fixa no valor de MOP\$12,00 por dia, desde o início até à data de cessação (*resposta ao quesito da 1ª da base instrutória*).
- Dessa relação, o A. recebia ainda uma outra parte variável proveniente das gorjetas (*resposta ao quesito da 2ª da base instrutória*).

- As gorjetas eram distribuídas pelos trabalhadores, consoante a respectiva categoria, tempo de serviços e o departamento em que trabalha por critério fixada previamente pela R. *(resposta ao quesito da 3º da base instrutória)*.
- Os rendimentos efectivamente recebidos pelo A. da R. entre os anos de 1991 a 1994 eram de *(resposta ao quesito da 6º da base instrutória)*;
 - MOP\$14.433,00 em 1991;
 - MOP\$74.305,00 em 1992;
 - MOP\$67.655,00 em 1993;
 - MOP\$30.182,00 em 1994.
- A contabilização do quantitativo de gorjetas entregues pelos cliente aos trabalhadores da R. era feita exclusivamente por esta *(resposta ao quesito da 7º da base instrutória)*.
- Os trabalhadores da R. eram expressamente proibido de guardar com quaisquer gorjetas entregues pelos clientes do casinos *(resposta ao quesito da 8º da base instrutória)*.
- Desde o início até a cessação da relação, nunca o A. descansou um período consecutivo de 24 horas em cada período de 7 dias, sem perda do respectivo rendimento *(resposta ao quesito da 9º da base instrutória)*.
- O A. nunca gozou 6 dias por ano sem perda do respectivo rendimento *(resposta ao quesito da 10º da base instrutória)*.
- Desde início da relação até à data da cessação, nunca o A. descansou nos dias de 1 de Janeiro, 3 dias do Ano Novo Chinês, 1 de Maio, 1 de Outubro, tendo 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 A. tinha o direito de pedir licença, mas a duração da licença era sem remuneração *(resposta ao quesito da 14º da base instrutória)*.
- Os casinos explorados pela R. hão-de funcionar 24 horas por dia e 365 dias por ano *(resposta ao quesito da 15º da base instrutória)*.

- O Autor aceitou que a retribuição seria paga à razão diária, pelos dias em que fosse efectivamente prestado trabalho (*resposta ao quesito da 17º da base instrutória*).
- E aceitou que caso pretendesse gozar a descanso, tais dias não seriam retribuídos (*resposta ao quesito da 18º da base instrutória*).

III- O Direito

1- Do erro sobre a matéria de facto

Começa a recorrente STDM por mostrar incompreensão sobre a forma como o tribunal “a quo” procedeu à aquisição da matéria de facto provada a respeito do não gozo de qualquer dia de descanso semanal, anual e feriados obrigatórios (conclusões I, e II).

Sobre o assunto, cumpre notar que estas “conclusões” não decorrem, pelo menos com a clareza indispensável que a sua natureza processual imporia (art. 589º, nº3 e 598º, nº1, do CPC), da equivalente matéria alegatória. E isso, por si só, seria suficiente para uma decisão de improcedência. De qualquer maneira, esta asserção sempre se nos afigura fatalmente improcedente, em virtude de ela não vir acompanhada da indicação dos pontos da matéria de facto aos quais faz acometimento, nem dos concretos meios probatórios que imporiam diferente decisão sobre esses pontos (art. 599º, nº1, als. a) e b) e 2, do CPC).

Assim, improcedem, necessariamente, estas conclusões.

*

2 - Do mérito do julgado

Nas conclusões restantes, defende a STDM que se não revela demonstrada qualquer ilicitude da sua parte que permitisse a sua condenação (conclusões III a VII), que ao autor foram dadas as condições e tratamento mais favorável do que o permitiria a lei (conclusões VIII a X), que no caso não há qualquer obstáculo à renunciabilidade dos aqui reclamados direitos do trabalhador (conclusões XI a XVI), que o salário não era mensal, que não incluía as gorjetas e que os dias de trabalho prestado naqueles dias de

descanso eram pagos em singelo (conclusões XVII a XLIV).

Apreciaremos todas em conjunto, como temos vindo a fazer.

Em primeiro lugar, cumpre-nos dizer que o importante era apurar se o trabalhador gozou ou não os dias de descanso e os feriados. Saber se o seu não gozo decorria de uma verdadeira *renúncia* era já questão impeditiva que à STDM cumpria alegar e demonstrar (art. 335º, n.2, do C.C.). E isso não aconteceu.

Todavia, o tema merece algo mais do que a singeleza deste parágrafo. Ele está relacionado com 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, uma tal renúncia, na parte em que ela aqui pudesse ser invocada, seria inoperativa, porque prejudicial aos interesses do trabalhador, tal como em concreto a sentença bem ajuizou.

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.

Por conseguinte, não seria necessário provar que a STDM tivesse impedido o trabalhador de descansar nos dias estabelecidos na lei. Desta maneira, a ilicitude decorrerá do não cumprimento do seu dever de compensar salarialmente o trabalhador pelo *modus* e *quantum* legalmente previstos.

Portanto, andou bem a sentença recorrida quanto a este aspecto.

*

A recorrente discorda, ainda, 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 autor da acção começou a trabalhar para a STDM 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, 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 no cálculo das compensações.

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**. 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.

A indenização é a que segue:

<i>Ano</i>	<i>Nº de dias de descanso semanal</i>	<i>Salário médio diário</i>	<i>Factor: X2</i>	<i>Valor da indenização</i>
1991 (a partir de 1/10)	13	156,90	“	4.079,40
1992	52	203,60	“	21.174,40
1993	52	185,40	“	19.281,60
1994	21	197,30		8.286,60

TOTAL: **Mop\$52.822,00**

*

Descanso anual

A recorrente não dirigiu censura à sentença quanto a este aspecto, pelo que não poderemos criticar o julgado, nos termos do art. 589º, n.º4, do CPC.

Assim, haverá que aceitar a decisão de conferir ao trabalhador a importância de **Mop\$ 3.193,50**.

*

Feriados obrigatórios

Na vigência do DL n. 24/89/M

Esta lei trouxe inovações: introduziu uma indenização especial, chamemos-lhe assim, que a lei anterior não previa e alargou o leque dos dias *feriados remunerados*, pois aos previstos na lei anterior, somaram-se agora os três dias do *Ano Novo Chinês* (cfr. art. 19º, n.3). Portanto, o gozo desses dias é feito, não apenas sem perda de remuneração (já era assim na lei anterior), como ainda deve ser extraordinariamente compensado.

Se o trabalhador prestar serviço nesses dias, diz o diploma, além da

remuneração normal, receberá ainda um acréscimo salarial não inferior ao *dobro* da retribuição normal (art. 20º, n. 1). O que quer dizer não inferior?

Quer dizer que pode ser igual, mas não descer desse limite. E até pode ser superior, mas nesse caso só o empregador poderá fixar o valor, singularmente ou por acordo com o empregado. O que não pode é o tribunal, arbitrariamente subir acima dessa barreira.

Aqui chegados, de novo pensemos nas duas perspectivas acima avançadas: a de o trabalhador ter sido pago pelo valor do *devido* e a de ter sido remunerado pelo valor do serviço *prestado*. É bom que se equacionem estas duas acepções para se ver até que ponto a solução pode diferir.

1ª Perspectiva (pagamento do *devido*)

O empregador pagou ao trabalhador o valor remuneratório que, pela lei, sempre lhe seria *devido* (ou seja, pagou a “*remuneração correspondente aos feriados...*”: art. 19º, n.3, até porque não lhos podia descontar: art.26º, n.1).

Sendo assim, falta pagar ao trabalhador o seguinte: a remuneração do trabalho efectivamente *prestado* (um dia de salário), mais um *acrécimo em dobro*, nos termos do art. 20º, n. 1(mais dois dias). Tudo perfaz **3 (três) dias de valor pecuniário**.

2ª Perspectiva (pagamento do *prestado*)

Nesta óptica, o empregador o que fez foi pagar ao trabalhador em singelo o valor do serviço *prestado*.

Todavia, falta pagar o *acrécimo em dobro* (2 x salário) e ainda o valor do *devido* (um dia). Tudo perfaz **3 (três) dias** de valor pecuniário, 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/autor 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, nos termos do citado art. 589º, nº4, do CPC, pelo que a confirmará nesta parte. O que equivale a dizer que a indemnização a atribuir, a este título, será de **Mop\$6.954,80**.

*

Face ao que vem de ser dito, a indemnização ascende a **Mop\$ 62.970,30**

IV- Decidindo

Face ao exposto, acordam em:

Conceder parcial provimento ao recurso da sentença interposto pela STDM e, confirmando e revogando a sentença como acabado de expor, condenar a recorrente a pagar ao autor a quantia de **Mop\$ 62.970,30**, acrescida de juros legais calculados pela forma decidida pelo TUI no seu acórdão de 2/03/2011, no processo n. 69/2010.

Custas pelas partes em ambas as instâncias conforme o decaimento.

TSI, 20 / 09 / 2012

José Cândido de Pinho

Lai Kin Hong (com declaração de voto)

Choi Mou Pan

Processo nº 182/2012
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, 20SET2012

O juiz adjunto

Lai Kin Hong