

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DO PORTO | SOCIAL

Acórdão

Processo

Data do documento

Relator

0415681

28 de fevereiro de 2005

Ferreira Da Costa

DESCRITORES

Trabalho suplementar > Ónus da prova > Retribuição

SUMÁRIO

I - Tendo a parte prescindido da gravação da prova, só é possível a modificação da matéria de facto, nas hipóteses previstas no artigo 712, n.4 do Código de Processo Civil.

II - Os trabalhadores cujo período normal de trabalho inclui a prestação de trabalho ao domingo terão direito, por cada domingo de trabalho, a um subsídio correspondente a um dia normal de trabalho, calculado tomando como referência 8 horas de trabalho, se o período normal de trabalho for de 8 horas, ainda que aos domingos seja apenas de 6 horas.

III - Não tendo o autor alegado, em concreto, os dias e as horas em que trabalhou, ou, ao menos, os dias/horas em que não trabalhou, e cabendo-lhe a si tal prova, não pode considerar-se provada a realização de trabalho suplementar com a mera alegação e prova de um determinado horário normal, embora nem sempre rigorosamente cumprido.

IV - Se a retribuição por trabalho suplementar tiver carácter regular ou permanente e, pelo seu montante, pesar sensivelmente no quantum recebido pelo trabalhador, em termos de ele contar com tal remuneração, a mesma integra o conceito de remuneração, devendo ser atendida no cálculo de férias, respectivo subsídio e subsídio de Natal.

V - Em empresas de funcionamento ininterrupto, o trabalho prestado em sábado, domingo ou feriado não integra, em regra, o conceito de trabalho suplementar, nos termos do CCT aplicável, mas apenas quando esse trabalho for prestado em sábado, domingo ou feriado que coincida com o dia de descanso do trabalhador.

TEXTO INTEGRAL

Acordam no Tribunal da Relação do Porto:

B..... deduziu acção declarativa, com processo comum, contra C..... pedindo que se condene a R. a

pagar ao A. a quantia de € 95.951,45, relativa a diferenças salariais, diferenças nas férias, respectivo subsídio e subsídio de Natal dos anos de 1998 a 2000 e retribuição por trabalho suplementar e trabalho prestado em dias feriados, tudo acrescido de juros legais.

Alega para tanto que pagando-lhe a R., em cada mês, a quantia de 25.300\$00 a título de subsídio de transporte, sem que deslocações houvesse, e a quantia de 30.682\$00, a título de gratificação, tais atribuições deveriam integrar a retribuição devida por férias, respectivo subsídio e subsídio de Natal dos anos de 1998 a 2000; por outro lado, alega que prestava, por determinação da R., trabalho suplementar e trabalhava em dias feriados; por último, tendo rescindido o contrato de trabalho, por sua iniciativa, com efeitos reportados a 2001-06-18, reclama diferenças salariais relativamente à quantia paga pela R. a tal propósito.

Frustrada a audiência de partes, contestou a R. alegando o pagamento do trabalho suplementar prestado e de outras quantias reclamadas e, quanto ao mais, apresentou defesa por impugnação.

O A. deduziu pedido adicional, relativo ao trabalho prestado aos domingos, em número de 20 por ano, bem como aos correspondentes dias de descanso compensatório, que a ré nunca concedeu, no montante global de € 10.641,02.

A R. contestou tal pedido, por impugnação.

Procedeu-se a julgamento com gravação da prova mas, tendo ocorrido um problema técnico e proferido o despacho de fls. 308, vieram as partes prescindir da gravação, a fls. 311 e 315.

Pelo despacho de fls. 321 e segs., assentou-se os factos dados como provados e os dados como não provados, sem reclamações.

Proferida sentença, foi a R. condenada a pagar ao A. a quantia de €43.184,05 - PTE 8.657.626\$00 - relativa a subsídio de domingo - PTE 885.344\$00 - e a trabalho suplementar prestado em dias normais de trabalho - PTE 7.772.282\$00 - sendo, quanto ao mais, absolvida do pedido.

Irresignada com tal decisão, veio a R. interpôr recurso de apelação, em cujo requerimento invocou a nulidade dela e pediu a revogação da mesma sentença, relativamente às quantias em que foi condenada, tendo formulado a final as seguintes conclusões:

1. Tendo do depoimento de parte do A. resultado que não era a gerência que lhe ordenava diariamente o cumprimento dos horários; não era registada a prestação de trabalho suplementar; tais horários eram cumpridos na medida em que eram necessários para assegurar o bom funcionamento da loja; do depoimento da testemunha da R. D.....: que nem sempre eram rigorosamente observados; havendo trabalho para fazer o A. e o colega B..... ficavam o tempo que fosse preciso; e do depoimento da testemunha do A. E..... que: ou o A. ou o F....., um deles ficava sempre até às 21.30 horas, mas, por vezes aquele que não ficava para o fecho da loja saía por volta das 16/17 horas, não podia o Meritíssimo Juiz dar como provado que o A. prestava trabalho até às 20 horas quando praticava o Horário I.
2. Tendo o Meritíssimo Juiz "a quo" referido na fundamentação da matéria de facto que "os horários dados como provados eram em via de regra praticados pelo A., mas tal nem sempre sucedia" e "... tais horários sendo normalmente cumpridos nem sempre eram rigorosamente observados" foi incorrecta a decisão, ao arrepio da convicção formulada, que considerou ter o A. praticado tal horário até às 20 horas.
3. Tendo o A. alegado na p.i. que quando cumpria o Horário I entrava ao serviço após o almoço às 14.30,

tendo sido dado como provado que o estabelecimento encerrava entre as 13 e as 15 horas, e a R. alegado que o A. entrava ao serviço pouco antes da abertura às 15 horas, não podia o Meritíssimo Juiz considerar como provado que o A. entrava ao serviço às 13.30 horas, ou seja, uma hora antes do que aquela que o próprio A. refere.

4. A prova do trabalho extraordinário não pode resultar de qualquer decisão que considere a prática de trabalho extraordinário com base numa probabilidade, mas tão só com base no trabalho efectivamente prestado.

5. Não tendo o A. logrado provar a prática de trabalho extraordinário quando cumpria o Horário I, não pode a R. ser condenada no seu pagamento.

6. Violou a decisão recorrida o disposto no artigo 655.º do C.P.C. por ter excedido os limites de liberdade de julgamento, sendo nulas por contradição entre a fundamentação e a decisão proferida.

7. Nos termos da cl.ª 18.ª do CCT celebrado entre APED e a FEPGES por cada domingo de trabalho têm os trabalhadores direito a um subsídio correspondente a um dia normal de trabalho, calculado segundo a fórmula de determinação da retribuição horária.

8. Não estabelecendo a cl.ª 18.ª do CCTV que tal subsídio é devido seja qual for a prestação de trabalho, e sendo este calculado com base na retribuição horária, o subsídio é do valor correspondente ao número de horas trabalhadas.

9. Ao ser condenada a R. no pagamento de um subsídio de valor equivalente a 8 horas de trabalho quando o A. só prestou 6 horas de trabalho em cada domingo, procedeu a sentença recorrida a uma errada interpretação da cl.ª 18.ª do CCT celebrado entre APED e FEPGES, publicado no BTE n.º 12/94, de 29.03.1994.

10. Resultando da prova produzida que o A. prestava o seu trabalho em condições idênticas a uma verdadeira isenção de horário de trabalho, auto determinando a prestação de trabalho, na medida em que o considerava necessário nem sequer tomando nota dele, resultando daí a indeterminabilidade do horário de trabalho, não tendo o A. provado com exactidão a prática de trabalho extraordinário, não pode a R. ser nele condenada.

O A., por sua vez, discordando da sentença na parte em que não foram atendidos os pedidos de inclusão do subsídio de transportes e a gratificação na retribuição das férias, respectivo subsídio e subsídio de Natal, bem como os pedidos de pagamento do trabalho prestado em dias de feriado e domingos, veio interpôr recurso subordinado, renovando tais pedidos e formulando a final as seguintes conclusões:

1. Está provado que a R. pagou ao A., desde Julho de 1998, com regularidade, mensal, as quantias de PTE 25.300\$00 e PTE 30.682\$00, sob a designação de "subsídio de transporte e gratificação".

Ainda que se tenha dado como provado que o A. aceitou que o pagamento do trabalho extraordinário fosse efectuado sob a forma de ajudas de custo com deslocações e gratificação, tal não obsta à natureza regular, contínua, periódica e mensal com que tais valores lhe eram pagos com a retribuição mensal.

2. Nos termos do Art.º 82.º da LCT, a retribuição é aquilo a que o trabalhador, nos termos do contrato, das normas que o regem ou dos usos, tem direito como contrapartida do seu trabalho, compreendendo a remuneração de base e todas as outras prestações regulares e periódicas.

3. E por força do Art.º 6.º do Decreto-Lei n.º 874/76, de 28 de Dezembro, a retribuição correspondente ao

período de férias não pode ser inferior à que o trabalhador receberia se estivesse ao serviço efectivo, tendo o trabalhador ainda direito a um subsídio de férias de igual montante ao dessa retribuição.

4. Por sua vez, o Art.º 2.º do Decreto-Lei n.º 88/96, de 3 de Julho, estabelece que o subsídio de Natal é de valor igual a um mês de retribuição.

5. Da regularidade e periodicidade dos valores pagos mensalmente ao A., decorre integrarem estes o conceito de retribuição a que terá de atender-se para efeitos de pagamento dos valores devidos a título de férias, subsídio de férias e de Natal.

6. Característico na retribuição auferida pelo A. era pois o pagamento mensal daqueles valores com esta regularidade e periodicidade, valores estes sempre pagos pelos montantes atrás referidos, independentemente de no período mensal a que se referiam ter sido ou não prestado trabalho extraordinário, e independentemente do número ou quantidade de horas extraordinárias que tivessem sido prestadas.

7. No fim de cada mês fosse qual fosse o número de horas extraordinárias prestadas ou a ausência de trabalho extraordinário prestado, o A. contava com aquelas prestações e a R. efectivamente pagava-lhas.

8. Ao excluir o pagamento destes valores (25.300\$00 e 30.682\$00) nas férias, subsídio de férias e de Natal, a douta sentença fez errada aplicação do direito aos factos e violou o disposto nos Art.ºs 82.º da LCT, 6.º do D.L. n.º 874/76 e 2.º do D.L. n.º 88/96;

9. De acordo com, entre outros, o Acórdão. do STJ de 22.10.97, para efeitos de cálculo dos valores devidos a título de férias, subsídio de férias e de Natal, deveria atender-se ainda à média de valores dos prémios ou gratificações pagas pela R. em cada ano por força do disposto no Art.º 74.º do C.P.T., o que se requiere.

10. Ao decidir de outro modo, a douta sentença recorrida violou os preceitos legais citados, a saber, Art.º 82.º da LCT, 6.º do D.L. n.º 874/76 e 2.º do D.L. 88/96.

11. Pelo que e conseqüentemente, deverá a douta sentença nesta parte ser revogada, condenada a R. a pagar ao A. os valores peticionados acrescidos, ao abrigo do disposto no Art.º 74.º do CPT, do valor mensal médio das gratificações pagas no ano anterior pela R. ao A., ou seja, a cada um dos valores reclamados na p.i., de férias, subsídio de férias e de Natal, deverá acrescer-se a condenação da R. no pagamento dos seguintes valores: 1998, o montante de esc. 50.000\$00; 1999, o montante de 94.444\$33; 2000, o montante de esc. 68.750\$00 e 2001, o montante de esc. 79.166\$66.

12. Entende a douta sentença recorrida não assistir ao A o direito à remuneração adicional pela prestação de trabalho nos feriados, por se tratar de dias normais de trabalho face à autorização da R. para trabalhar nos domingos e feriados.

13. O Art.º 18.º do D.L. n.º 874/76 estabelece quais os feriados obrigatórios, a que acresce o feriado facultativo que no Município de Estarreja é o dia 13 de Junho.

14. Por força do disposto no Art.º 20.º o trabalhador tem direito à retribuição correspondente, sendo esta acrescida com pelo menos 100% da retribuição mensal, por ser o que dispõe o Art.º 7.º, n.º 2 do D.L. n.º 421 /83.

15. Além disso, o A tem ainda direito a descanso compensatório remunerado, correspondente a 25% da hora de trabalho suplementar realizado - Art.º 9.º do diploma citado.

16. A douta sentença, perfilha neste particular, orientação jurisprudencial no sentido de que se o horário do

A. e do estabelecimento incluisse a prestação de trabalho em dias feriados, este não teria direito às prestações atrás referidas.

Esta interpretação não só contraria disposição expressa da lei - o Art.º 18.º - como consubstancia violação do princípio constitucional da igualdade de tratamento, pois que, o feriado teria de implicar e conferiria direitos distintos consoante os horários estabelecidos pela empresa.

17. Desta forma haveria trabalhadores que aufeririam a retribuição do feriado em singelo e para os quais o feriado seria um dia normal de trabalho, o que constitui frontal e inequívoca violação da disposição legal imperativa que regula esta matéria - Art.º 18.º do D.L. n.º 874/76.

18. A decisão recorrida retira dos D.L. n.ºs 252/92 e 83/95, que consideram o estabelecimento da R. como grande superfície comercial, a aplicabilidade do CCT publicado no BTE 12/94.

19. Estes diplomas foram porém expressamente revogados pelo Art.º 25.º do D.L. n.º 218/97, diploma este que introduziu o conceito de superfície comercial de dimensão relevante (a anterior grande superfície comercial), considera como tal o estabelecimento de comércio de retalho alimentar com área de venda contínua superior a 2000 m² - Art.º 4º, nº 1. al. a) do referido diploma.

20. Ainda que se admitisse que aquele CCT fosse aplicável às relações de trabalho entre A. e R., tal deixaria de ocorrer por força da publicação deste diploma e da revogação expressa a que procede dos diplomas anteriormente em vigor que classificava como grande superfície o estabelecimento da R.

21. A convenção aplicável pelo menos a partir de 20.8.97 é o CCTV para o comércio do Distrito de Aveiro e consequentemente, deverá o peticionado pagamento do trabalho prestado ao domingo ter procedido integralmente, nos termos da p.i., revogando-se a dita sentença, por violação do D.L. n.º 218/97 e por ter procedido a errada subsunção jurídica da matéria de facto.

Apenas a R. apresentou contra alegação.

A Exm.ª Magistrada do Ministério Público, nesta Relação, emitiu douto parecer no sentido de que deve negar-se provimento a ambos os recursos.

Apenas o A. se posicionou acerca de tal parecer.

O recurso foi recebido e foram colhidos os vistos legais.

Cumpra decidir.

São os seguintes os factos dados como provados pelo Tribunal a quo:

a) A R. é uma sociedade comercial por quotas, que exerce a actividade de comércio retalhista de produtos alimentares, em estabelecimento denominado "X.....", sito em, Estarreja.

b) O A. foi admitido ao serviço da ré em 1.10.93, mediante contrato escrito inserto a fls. 14 dos autos, cujo teor se dá aqui por reproduzido na sua literalidade, para trabalhar sob as suas ordens, direcção e fiscalização no estabelecimento referido na alínea a).

c) E mediante retribuição constituída por vencimento mensal, férias anuais pagas e subsídio de alimentação.

d) A R. pagou ao A. as seguintes retribuições mensais:

- 1993:

Outubro e Novembro, esc. 150.000\$00/mês; Dezembro e Subsídio de Natal, esc. 200.000\$00, cada;

- 1994:

Janeiro a Dezembro, subsídio de férias e de Natal, esc. 200.000\$00, cada;

- 1995:

Janeiro a Dezembro, subsídio de férias e de Natal, esc. 200.000\$00, cada;

- 1996:

Janeiro a Dezembro, subsídio de férias e de Natal, esc. 200.000\$00, cada;

- 1997:

Janeiro a Abril, esc. 200.000\$00, cada;

Maior a Dezembro, subsídio de férias e de Natal, esc. 225.000\$00, cada.

- 1998:

Janeiro a Dezembro, subsídio de férias e de Natal, esc. 225.000\$00, cada;

- 1999:

Janeiro a Dezembro, subsídio de férias e de Natal, esc. 225.000\$00 cada;

- 2000:

Janeiro a Dezembro, subsídio de férias e de Natal, esc. 225.000\$00 cada;

- 2001:

Janeiro a Março, esc. 225.000\$00 cada.

e) A R. pagou ainda ao A.:

- Maio de 1998: "gratificação por acta", esc.300.000\$00;

- Junho de 1998: "gratificação por acta", esc.300.000\$00;

- Março de 1999: "gratificação por acta", esc.566.666\$00;

- Maio de 1999: "gratificação por acta", esc.566.666\$00;

- Setembro de 1999: "gratificação por acta", esc. 566.666\$00;

- Janeiro de 2000: "gratificação por acta", esc. 275.000\$00.

- Maio de 2000: "gratificação por acta", esc.275.000\$00;

- Setembro de 2000: "gratificação por acta", esc.275.000\$00;

- Janeiro de 2001: "gratificação por acta", esc. 316.666\$00;

- Junho de 2001: "gratificação por acta", esc. 633.334\$00.

f) E pagou-lhe também as seguintes prestações:

1998:

- Julho: horas nocturnas, esc. 4.463\$00; subsídio de transporte, esc. 14.950\$00; gratificação, esc. 9.968\$00; prémios diversos, esc. 97.000\$00;

- Agosto: horas nocturnas, esc. 4.463\$00; subsídio de transporte, esc. 25.300\$00; gratificação, esc. 33.281\$00;

- Setembro: horas nocturnas, esc. 12.980\$00; subsídio de transporte, esc. 25.300\$00; gratificação esc.25.166\$00.

- Outubro: horas nocturnas, esc. 7.464\$00; subsídio de transporte, esc. 25.300\$00; gratificação, esc. 30.682\$00;

- Novembro: horas nocturnas, esc. 7.464\$00; subsídio de transporte, esc. 25.300\$00; gratificação esc. 30.682\$00; gratificação ocasional, esc. 80.000\$00;

- Dezembro: horas nocturnas, esc. 7.464\$00; subsídio de transporte, esc. 25.300\$00; gratificação esc. 30.682\$00;

1999:

- Janeiro: horas nocturnas, esc. 7.464\$00; subsídio de transporte, esc. 19.41; gratificação, esc. 30.682\$00; prémios diversos, esc. 46.500\$00;

- Fevereiro: horas nocturnas, esc. 7.464\$00; subsídio de transporte, esc. 25.300\$00; gratificação esc. 30.682\$00;

- Março: horas nocturnas, esc. 7.464\$00; subsídio de transporte, esc. 25.300\$00; gratificação, esc. 30.682\$00; gratificação por acta, esc. 566.666\$00;

- Abril: horas nocturnas, esc. 5.517\$00; subsídio de transporte, esc. 19.400\$00; gratificação, esc. 23.011\$00; prémios diversos, esc. 56.118\$00;

- Maio: horas nocturnas, esc. 7.464\$00; subsídio de transporte, esc. 25.300\$00; gratificação, esc. 30.682\$00; gratificação por acta, esc. 566.666\$00.

- Junho: horas nocturnas, esc. 7.464\$00; subsídio de transporte, esc. 25.300\$00; gratificação, esc. 30.682\$00;

- Julho: horas nocturnas, esc. 4.219\$00; subsídio de transporte, esc. 14.337\$00; gratificação, esc. 7.400\$00; prémios diversos, esc. 116.000\$00.

- Agosto: horas nocturnas, esc. 7.464\$00; subsídio de transporte, esc. 25.300\$00; gratificação, esc. 30.682\$00;

- Setembro: horas nocturnas, esc. 7.464\$00; subsídio de transporte, esc. 25.300\$00; gratificação, esc. 30.682\$00; gratificação por acta, esc. 566.668\$00;

- Outubro: horas nocturnas, esc. 7.464\$00; subsídio de transporte, esc. 25.300\$00; gratificação, esc. 30.682\$00;

- Novembro: horas nocturnas, esc. 6.490\$00; subsídio de transporte, esc. 19.400\$00; gratificação, esc. 167.000\$00.

2000:

- Janeiro: horas nocturnas, esc. 7.464\$00; subsídio de transporte, esc. 25.300\$00; gratificação esc. 30.682\$00; gratificação por acta, esc. 275.000\$00;

- Fevereiro: horas nocturnas, esc. 7.464\$00; subsídio de transporte, esc. 25.300\$00; gratificação, esc. 30.682\$00;

- Março: horas nocturnas, esc. 7.464\$00; subsídio de transporte, esc. 25.300\$00 gratificação, esc. 30.682\$00;

- Abril: horas nocturnas, esc. 7.464\$00; subsídio de transporte, esc. 25.300\$00; gratificação, esc. 30.682\$00;

- Maio: horas nocturnas, esc. 3.894\$00; subsídio de transporte, esc. 12.650\$00; gratificação, esc. 15.341\$00; prémios diversos, esc. 131.000\$00, gratificação por acta, esc. 275.000\$00.

- Junho: horas nocturnas, esc. 7.464\$00; subsídio de transporte, esc. 25.300\$00; gratificação, esc. 30.682\$00;

- Julho: horas nocturnas, esc. 3.894\$00; subsídio de transporte, esc. 12.650\$00; gratificação, esc.

15.341\$00; prémios diversos, esc. 128.000\$00.

- Agosto: horas nocturnas, esc. 7.464\$00; subsídio de transporte, esc. 25.300\$00; gratificação, esc. 30.682\$00;

- Setembro: horas nocturnas, esc. 7.464\$00; subsídio de transporte, esc. 25.300\$00; gratificação, esc. 30.682\$00; gratificação por acta, esc. 275.000\$00;

- Outubro: horas nocturnas, esc. 7.464\$00; subsídio de transporte, esc. 25.300\$00; gratificação, esc. 30.682\$00;

- Novembro: horas nocturnas, esc. 7.464\$00; subsídio de transporte, esc. 25.300\$00; gratificação, esc. 30.682\$00;

- Dezembro: horas nocturnas, esc. 7.464\$00; subsídio de transporte, esc. 25.300\$00; gratificação, esc. 30.682\$00.

2001:

- Janeiro: horas nocturnas, esc. 7.464\$00; subsídio de transporte, esc. 25.300\$00; gratificação esc. 30.682\$00; gratificação por acta, esc. 316.666\$00;

- Fevereiro: horas nocturnas, esc. 5.841\$00; subsídio de transporte, esc. 19.396\$00; gratificação, esc. 25.523\$00; prémios diversos, esc. 58.500\$00;

- Março: horas nocturnas, esc. 6.815\$00; subsídio de transporte, esc. 23.613\$00; gratificação, esc. 8.636\$00.

g) A R. pagou igualmente ao A. um subsídio de alimentação diário.

h) A R. atribuiu ao A. as categorias profissionais de "Chefe de Loja" até Dezembro de 1998, e de "Gerente de Loja" a partir de Janeiro de 1999.

i) O A. desempenhava as seguintes tarefas e serviços: coordenava, organizava e verificava o funcionamento do serviço no que respeita à higiene e qualidade dos produtos, fixação de preços, conferência de encomendas e reposição de stocks; efectuava o balanço mensal e quadrimestral, reportando directamente à gerência da R. de quem recebia instruções e directivas, cabendo-lhe, em síntese, coordenar o funcionamento da loja da R. denominada "X....." de Estarreja, orientando o seu abastecimento e todos os trabalhadores a ela adstritos, sendo o trabalhador melhor posicionado na estrutura e organigrama da empresa.

j) E por força das funções e serviços de que estava incumbido, o A., desde o início de 1997, com o conhecimento da R., cumpria normalmente o seguinte horário de trabalho:

Horário I:

2.ª feira: das 7.30 às 12.30 e das 13.30 às 20 horas.

3.ª feira: das 7.30 às 12.30 e das 13.30 às 20 horas.

4.ª feira: das 7.30 às 12.30 e das 13.30 às 20 horas.

5.ª feira: das 7.30 às 12.30 e das 13.30 às 20 horas.

6.ª feira: das 7.30 às 12.30 horas.

Sábado : das 7.30 às 12.30 e das 13.30 às 20 horas.

Domingo : folga

Horário II:

2.ª feira: das 8.30 às 13.30 e das 14.30 às 21.30 horas.

3.ª feira: das 8.30 às 13.30 e das 14.30 às 21.30 horas.

4.ª feira: das 8.30 às 13.30 e das 14.30 às 21.30 horas.

5.ª feira: das 8.30 às 13.30 e das 14.30 às 21.30 horas.

6.ª feira: folga

Sábado : das 7.30 às 13.30 e das 14.30 às 21.30 horas.

Domingo : das 7.30 às 13.30 horas.

l) Horários estes que o A. praticava em alternância com o trabalhador da R. F....., ou seja, o A. praticava o horário I numa semana e na semana seguinte o horário II, e assim sucessivamente, alternando com o trabalhador F.....

m) O A. trabalhou todos os dias de feriados nacionais, com excepção dos feriados de Natal e Ano Novo, únicos dias em que o estabelecimento encerrava e também no dia de feriado municipal (25/7), dias de trabalho que a R. não lhe pagou.

n) O local de trabalho do A. era a loja denominada "X.....", em Estarreja, onde permanecia durante toda a jornada de trabalho, não efectuando quaisquer deslocações, que a R. jamais lhe determinou.

o) Por isso, a quantia de 25.300\$00 que, a partir de 1998, o A. passou a receber regular e mensalmente, a título de subsídio de transporte, à excepção dos meses em que por gozar férias a R. lhe pagava uma prestação correspondente aos dias de trabalho prestado, não correspondia à realização de quaisquer viagens.

p) A partir de Julho de 1998, o A. passou a receber mensalmente a quantia de 30.682\$00 a título de gratificação, à excepção dos meses em que por gozar férias tal prestação não era lhe paga ou era de montante inferior.

q) Nas retribuições de férias, subsídio de férias e de Natal, a R. não pagou ao A. as quantias que normalmente lhe pagava a título de subsídio de transporte e gratificação.

r) O A. despediu-se com o aviso prévio legal de 60 dias, por comunicação datada de 18.4.2001 que a R. recebeu em 19.4.2001, cessando o contrato de trabalho em 18.6.2001.

s) Na sequência da cessação do contrato de trabalho, a R. pagou ao A. as seguintes quantias:

- Subsídio de férias: 172.500\$00

- Férias do ano em curso: 56.250\$00

- Subsídio de Natal: 56.250\$00

- Subsídio de férias do ano em curso: 56.250\$00

- Férias não gozadas: 172.500\$00.

t) Desde 1997, em cada ano o A. trabalhou pelo menos 20 semanas com o horário I e 20 semanas com o horário II.

u) A partir de Janeiro de 1997 e até Julho de 1998, o A. recebia para pagamento do trabalho suplementar que prestava, as quantias que lhe eram processadas mensalmente sob a rubrica ajudas de custo, sendo processados mapas de deslocações mensais que o autor assinava e em relação aos quais era emitido o respectivo cheque, não figurando tais quantias no recibo de vencimento.

v) O A. nunca fazia quaisquer deslocações e aceitou que o pagamento do trabalho extraordinário fosse

efectuado sob a forma de ajudas de custo por deslocações, de acordo com os documentos insertos de fls. 146 a 181 dos autos, cujo teor se dá aqui por integralmente reproduzido, evitando dessa forma que tais valores fossem tributados em sede de IRS e contribuições para a segurança social.

x) A partir de Julho de 1998, por recomendação do gabinete de contabilidade da R., que sustentava não ser justificável o processamento de ajudas de custo por deslocações, não fazendo o A. quaisquer viagens, o pagamento do trabalho suplementar por este prestado passou a ser processado sob as rubricas subsídio de transporte e gratificação (com excepção das gratificações por acta) incluídas nos recibos de vencimento, tributadas em sede de IRS.

z) Na mesma data o autor começou a assinar os "recibos" juntos de fls. 182 a fls. 212, nos quais declara que a gratificação constante dos recibos inclui eventual trabalho suplementar.

aa) Até Janeiro de 2001, o estabelecimento da ré encerrava ao público entre as 13 e as 15 horas.

ab) Eram o A. e o seu colega F..... que anotavam o trabalho suplementar prestado pelos demais trabalhadores da ré, cuja nota entregavam mensalmente ao serviço de pessoal da ré.

ac) O A. a partir de 30 de Março de 2001 deixou de comparecer ao serviço, justificando as suas faltas com baixa médica por motivo de doença.

ad) Das férias vencidas em 1.1.2001, o A. gozou os dias 12 a 18 de Fevereiro de 2001.

ae) As "gratificações por acta" recebidas pelo A. eram comissões pagas pela R. sobre o valor das vendas desde que atingidos ou ultrapassados os valores mensais de vendas que ela própria estabelecia.

af) A partir de 1997, o A. trabalhou, pelo menos, 20 Domingos, em cada ano completo de serviço.

ag) A R. não atribuiu ao A. o respectivo descanso compensatório, num dos três dias subsequentes.

ah) O concelho de Estarreja tem menos de 30.000 habitantes.

ai) A área de venda do estabelecimento da R. identificado na alínea a) é superior a 1000 m².

O Direito.

Sendo pelas conclusões do recurso que se delimita o respectivo objecto [Cfr. Abílio Neto, in Código de Processo Civil Anotado, 2003, pág. 972 e o Acórdão do S.T.J. de 1986-07-25, in B.M.J., n.º 359, págs. 522 a 531], como decorre das disposições conjugadas dos Art.ºs 684.º, n.º 3 e 690.º, n.º 1, ambos do Cód. Proc. Civil, ex vi do disposto no Art.º 1.º, n.º 2, alínea a) do Cód. Proc. do Trabalho, são as seguintes as questões a decidir:

A - No recurso de apelação [principal]:

I - Nulidade da decisão da matéria de facto.

II - Montante do subsídio de domingo.

III - Trabalho suplementar.

B - No recurso subordinado:

IV - Saber se as quantias pagas a título de subsídio de transporte e de gratificação devem integrar a retribuição de férias, respectivo subsídio e subsídio de Natal.

V - Saber se é devida retribuição pelo trabalho prestado em dias de feriado e de domingo e descanso compensatório não concedido.

Vejamus a 1.ª questão que consiste em saber se a decisão da matéria de facto é nula por os fundamentos estarem em oposição com o decidido.

Tal questão foi enunciada no requerimento de interposição de recurso; porém, os fundamentos apenas foram aduzidos na alegação, como se vê de fls. 388 a 391. Tal significa que a invocação da nulidade, a existir, foi extemporaneamente deduzida, atento o disposto no Art.º 77.º, n.º 1 do Cód. Proc. do Trabalho, pelo que dela não se pode conhecer [Cfr., a mero título de exemplo, os Acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça de 1998-05-21 e de 1998-09-29, in, respectivamente, Colectânea de Jurisprudência, Acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça, Ano VI-1998, Tomo II, págs. 95 a 98 e Boletim do Ministério da Justiça n.º 479, págs. 509 a 518].

Mas, mesmo que a arguição fosse feita em tempo, certo é que a nulidade prevista no Art.º 668.º, n.º 1, alínea c) do Cód. Proc. Civil se reporta apenas à sentença - ou Acórdão, em caso de recurso - e não à decisão da matéria de facto. Esta, atento o disposto no Art.º 653.º, n.º 4 do Cód. Proc. Civil, apenas pode ser objecto de reclamação, por deficiência, obscuridade ou contradição e em acto imediatamente a seguir à leitura do respectivo despacho - ou acórdão. Porém, não havendo reclamações, a questão da nulidade de tal decisão por contradição entre os fundamentos e o decidido, já não pode ser suscitada posteriormente.

Poderia eventualmente a R. impugnar a decisão da matéria de facto, observando os requisitos previstos no Art.º 690.º-A do Cód. Proc. Civil; no entanto, tendo prescindido da gravação da prova, como acima se referiu, não é possível o recurso em tal sede, atento o disposto no Art.º 712.º, n.º 1, alínea a), 2.ª parte, do referido diploma, a contrario sensu.

Tal significa que a Relação deverá acatar a decisão da matéria de facto proferida pelo Tribunal a quo, nos seus precisos termos, pelo que será de atender aos factos dados como provados e como não provados no despacho respectivo, salvo se ocorresse qualquer das hipóteses previstas no Art.º 712.º, n.º 4 do Cód. Proc. Civil, o que não aconteceu.

Assim, improcede a arguição de nulidade da decisão da matéria de facto.

A 2.ª questão consiste em saber se o A. tem direito ao subsídio de domingo correspondente a 6 horas ou a 8 horas, por cada dia de domingo em que tenha prestado trabalho à R.

Pretende a R. que o subsídio deve ser correspondente, por cada domingo, ao número de horas de trabalho prestado nesse dia, que são 6, e não 8, como fixou a sentença; assim, em vez da quantia de PTE 885.344\$00, o A. apenas teria direito, a tal título, à quantia de PTE 664.008\$00.

A divergência assenta apenas na diferença de interpretação a dar à cláusula 18.ª, n.º 1 do CCT entre a ANS [hoje, APED] - Associação Nacional de Supermercados e a FEPCES - Federação Portuguesa dos Sindicatos do Comércio, Escritórios e Serviços e outros [In Boletim do Trabalho e Emprego, 1.ª série, n.º 12, de 1994-03-29], do seguinte teor:

Os trabalhadores cujo período normal de trabalho inclui a prestação de trabalho ao domingo terão direito, por cada domingo de trabalho, a um subsídio correspondente a um dia normal de trabalho.

Ora, fazendo a interpretação de tal norma, crê-se que o subsídio é de montante correspondente a um dia normal de trabalho e não a um dia diferente do normal; assim, sendo o período de trabalho ao domingo de 6 horas e o período de trabalho nos outros dias de 8 horas, o subsídio deverá corresponder a uma retribuição de 8 horas, por ser essa a duração normal da jornada de trabalho, isto é, dos dias úteis. Dai que, sendo de manter a decisão recorrida nesta parte, improcedam as conclusões 7, 8 e 9 da alegação de recurso da R.

A 3.ª questão reporta-se à condenação da R. a pagar ao A. a quantia de PTE 7.772.282\$00, a título de (diferença de) retribuição pela prestação de trabalho suplementar.

Tal questão encontra-se enunciada na conclusão 10.ª do recurso da R., do seguinte teor:

10. Resultando da prova produzida que o A. prestava o seu trabalho em condições idênticas a uma verdadeira isenção de horário de trabalho, auto determinando a prestação de trabalho, na medida em que o considerava necessário nem sequer tomando nota dele resultando daí a indeterminabilidade do horário de trabalho não tendo o A. provado com exactidão a prática de trabalho extraordinário não pode a R. ser nele condenada.

A propósito, são os seguintes os factos dados como provados, sob as acima transcritas alíneas j) e l):

j) E por força das funções e serviços de que estava incumbido, o A., desde o início de 1997, com o conhecimento da R., cumpria normalmente o seguinte horário de trabalho:

Horário I:

2.ª feira: das 7.30 às 12.30 e das 13.30 às 20 horas.

3.ª feira: das 7.30 às 12.30 e das 13.30 às 20 horas.

4.ª feira: das 7.30 às 12.30 e das 13.30 às 20 horas.

5.ª feira: das 7.30 às 12.30 e das 13.30 às 20 horas.

6.ª feira: das 7.30 às 12.30 horas.

Sábado : das 7.30 às 12.30 e das 13.30 às 20 horas.

Domingo : folga

Horário II:

2.ª feira: das 8.30 às 13.30 e das 14.30 às 21.30 horas.

3.ª feira: das 8.30 às 13.30 e das 14.30 às 21.30 horas.

4.ª feira: das 8.30 às 13.30 e das 14.30 às 21.30 horas.

5.ª feira: das 8.30 às 13.30 e das 14.30 às 21.30 horas.

6.ª feira: folga

Sábado : das 7.30 às 13.30 e das 14.30 às 21.30 horas.

Domingo : das 7.30 às 13.30 horas.

l) Horários estes que o A. praticava em alternância com o trabalhador da R. F....., ou seja, o A. praticava o horário I numa semana e na semana seguinte o horário II, e assim sucessivamente, alternando com o trabalhador F.....

Partindo destes factos a sentença, verificando que o A. praticava um período normal de trabalho de 62,30 horas quando cumpria o horário I e de 67 horas quando cumpria o horário II, sendo de 40 horas o período normal de trabalho semanal [Cfr. a cláusula 9.ª, n.º 1 do CCT entre a ANS - Associação Nacional de Supermercados e a FEPCES - Federação Portuguesa dos Sindicatos do Comércio, Escritórios e Serviços e outros, referido em texto e o Art.º 1.º, n.º 1 da Lei n.º 21/96, de 23 de Julho], concluiu que ele prestou, em cada semana, 22,30 horas de trabalho suplementar quando cumpriu o horário I e 27 horas quando cumpriu o horário II; e, continuando no mesmo raciocínio, concluiu que, praticando o A. cada um dos horários, pelo menos, em 20 semanas por ano, prestou anualmente 990 horas de trabalho suplementar, o que terá ocorrido em 1997, 1998, 1999 e 2000 e em 2001, até 31 de Março, 297 horas.

Sendo embora certo que as instâncias podem extrair conclusões da matéria de facto, crê-se que in casu o Tribunal a quo excedeu manifestamente os seus poderes. Vejamos porquê.

Foi dado como provado que o A. cumpria normalmente os horários I e II. O termo normalmente é conclusivo pois nada nos diz quanto ao rigor do facto assente, isto é, quando o cumprimento do horário não era normal, quantas horas ou minutos é que o A. trabalhou a menos do que aqueles que integram o período normal de trabalho. Face à conclusão, depois extraída na sentença, de que o A. prestou anualmente 990 horas de trabalho suplementar, o que terá ocorrido em 1997, 1998, 1999 e 2000 e em 2001, até 31 de Março, 297 horas, parece que é inócuo o termo normalmente, constante da matéria de facto assente.

No entanto, não é assim. Na verdade, a fundamentação da decisão da matéria de facto revela que “...os horários dados como provados eram via de regra praticados pelo autor mas tal nem sempre sucedia...”, “... não registando a prestação de trabalho suplementar. Porém, tais horários sendo normalmente cumpridos, nem sempre eram rigorosamente observados...”

Ora, se os horários eram cumpridos por via de regra, mas tal nem sempre sucedia, nem sempre havia rigor no seu cumprimento, mesmo que fosse admissível concluir a prestação de trabalho suplementar a partir do cumprimento dos horários de trabalho, ter-se-ia de assentar que, normalmente, o A. prestava trabalho suplementar, mas não fixar números certos de horas prestadas. Do horário de trabalho normalmente cumprido só se poderia concluir que o A. normalmente prestava trabalho suplementar. Na verdade, se não era rigoroso o cumprimento do horário, incerto tem de ser o número de horas de trabalho prestado, sob pena de a conclusão exceder as premissas.

Por outro lado, o cumprimento de um horário não significa que não haja faltas ao serviço como ocorre normalmente, segundo as regras da experiência, pelo que a prática de um horário não significa necessariamente a prestação de trabalho suplementar, rectius, a prestação de trabalho suplementar na mesma medida.

Tal significa que não basta provar um horário, muito menos normalmente cumprido, para que se possa concluir pela prestação de trabalho suplementar, sendo necessário alegar e provar em concreto os dias e as horas em que ele foi prestado, atento o disposto no Art.º 342.º, n.º 1 do Cód. Civil, ónus que o A. não cumpriu [Cfr., a mero título de exemplo, na doutrina, Francisco Liberal Fernandes, in Comentário às Leis da Duração do Trabalho e do Trabalho Suplementar, 1995, págs. 150 e segs. e, na jurisprudência, o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 2000-05-03, in Colectânea de Jurisprudência, Acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça, Ano VIII-2000, Tomo II, págs. 257 a 259].

Na verdade, o A. alegou os horários praticados - artigos 9.º a 13.º da petição inicial - para depois concluir de forma genérica - artigos 33.º e segs. do mesmo articulado - que praticou trabalho suplementar, calculando números certos de horas. No entanto, não alegou em concreto os dias e as horas em que trabalhou ou, ao contrário, os dias e/ou as horas em que não trabalhou, fazendo equivaler o horário a trabalho suplementar prestado.

Daí que se tenha de considerar que, embora com o devido respeito por diferente opinião, o A. não provou a prestação de trabalho suplementar, quando era ele que, dadas as funções desempenhadas, procedia ao registo do trabalho suplementar efectuado pelos outros trabalhadores [Cfr. o facto assente sob a alínea ab):

Eram o A. e o seu colega F..... que anotavam o trabalho suplementar prestado pelos demais trabalhadores da ré, cuja nota entregavam mensalmente ao serviço de pessoal da ré].

Por outro lado, a circunstância de se ter provado que a R. pagava ao A. quantias a título de trabalho suplementar não altera a conclusão anterior, pois que tal pagamento não se reporta, em concreto, aos dias e às horas em que ele foi prestado, pelo que continua por fazer a respectiva prova [Cfr. a matéria de facto assente sob as alíneas u) a z)].

Assim, não tem o A. direito à quantia fixada a título de trabalho suplementar na sentença que, nesta parte, deverá ser revogada, procedendo a última conclusão da apelação da R.

Vejamos a 4.ª questão [recurso subordinado] que consiste em saber se as quantias pagas a título de subsídio de transporte e de gratificação devem integrar a retribuição de férias, respectivo subsídio e subsídio de Natal.

Na verdade, tendo o A. pedido a quantia de PTE 227.700\$00 - 25.300\$00 x 3 x 3 (1998, 1999 e 2000) - a título de diferença da retribuição de férias, respectivo subsídio e subsídio de Natal, correspondente ao denominado subsídio de transporte, bem como a quantia de PTE 276.138\$00 - 30.682\$00 x 3 x 3 (1998, 1999 e 2000) - a título de diferença da retribuição de férias, respectivo subsídio e subsídio de Natal, correspondente à denominada gratificação, a sentença entendeu que tais atribuições patrimoniais não integravam a retribuição, por não serem contrapartida da actividade normal a que o trabalhador se obrigou, pelo que denegou tais pedidos.

São pertinentes para a decisão desta questão os seguintes factos:

o) Por isso, a quantia de 25.300\$00 que, a partir de 1998, o A. passou a receber regular e mensalmente, a título de subsídio de transporte, à excepção dos meses em que por gozar férias a R. lhe pagava uma prestação correspondente aos dias de trabalho prestado, não correspondia, à realização de quaisquer viagens.

p) A partir de Julho de 1998, o A. passou a receber mensalmente a quantia de 30.682\$00 a título de gratificação, à excepção dos meses em que por gozar férias tal prestação não era lhe paga ou era de montante inferior.

q) Nas retribuições de férias, subsídio de férias e de Natal, a R. não pagou ao A. as quantias que normalmente lhe pagava a título de subsídio de transporte e gratificação.

x) A partir de Julho de 1998, por recomendação do gabinete de contabilidade da R., que sustentava não ser justificável o processamento de ajudas de custo por deslocações, não fazendo o A. quaisquer viagens, o pagamento do trabalho suplementar por este prestado passou a ser processado sob as rubricas subsídio de transporte e gratificação (com excepção das gratificações por acta) incluídas nos recibos de vencimento, tributadas em sede de IRS.

z) Na mesma data o autor começou a assinar os "recibos" juntos de fls. 182 a fls. 212, nos quais declara que a gratificação constante dos recibos inclui eventual trabalho suplementar.

Destes factos pode concluir-se que tais quantias - 25.300\$00 e 30.682\$00 - eram pagas como contrapartida de trabalho suplementar prestado, em cada mês, durante anos, usando-se nomen juris não correspondentes à realidade, mas apenas para se obterem vantagens, embora ilícitas, contributivas e fiscais.

Dispõe o Art.º 86.º do regime jurídico do contrato de trabalho, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 49 408, de 1969-11-24 (LCT), o seguinte:

Não se considera retribuição a remuneração por trabalho extraordinário, salvo quando se deva entender que integra a retribuição do trabalhador.

Ora, é entendimento antigo que se a retribuição por trabalho suplementar (dizia-se extraordinário) tiver carácter regular ou permanente e se, pelo seu montante, pesar sensivelmente no quantum recebido pelo trabalhador, em termos de ele contar com tal remuneração, integra o conceito de retribuição, devendo ser atendida no cálculo de férias, respectivo subsídio e subsídio de Natal [Cfr. Bernardo da Gama Lobo Xavier, Introdução ao estudo da retribuição no direito do trabalho português, in REVISTA DE DIREITO E DE ESTUDOS SOCIAIS, Ano I (2.ª Série), n.º 1, págs. 65 e segs., nomeadamente, págs. 90 e nota (1) e os Acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça de 1992-02-12 e de 1992-04-02, in Boletim do Ministério da Justiça, n.ºs e págs., respectivamente, 414/365-371 e 416/485-491, bem como os Acórdãos do Supremo Tribunal Administrativo e do Supremo Tribunal de Justiça, citados por ambos]. É que o trabalho suplementar prestado com regularidade, perde o seu carácter de extraordinário, excepcional, quase passando a ser havido - no plano psicológico do trabalhador - como trabalho normal, o que acarreta a alteração da qualificação da correspondente atribuição patrimonial.

Daí que o A. tenha direito às reclamadas quantias de PTE 227.700\$00, a título de diferença da retribuição de férias, respectivo subsídio e subsídio de Natal, correspondente ao denominado subsídio de transporte, bem como de PTE 276.138\$00, a título de diferença da retribuição de férias, respectivo subsídio e subsídio de Natal, correspondente à denominada gratificação. Daí que o recurso subordinado deva proceder, no que às 11 primeiras conclusões diz respeito, devendo a sentença ser revogada nesta parte.

A 5.ª questão consiste em saber se é devida retribuição pelo trabalho prestado em dias de feriado e pelo trabalho prestado em dias de domingo e respectivo descanso compensatório não concedido.

Sobre a matéria foram dados como provados os seguintes factos:

m) O A. trabalhou todos os dias de feriados nacionais, com excepção dos feriados de Natal e Ano Novo, únicos dias em que o estabelecimento encerrava e também no dia de feriado municipal (25/7), dias de trabalho que a R. não lhe pagou.

af) A partir de 1997, o A. trabalhou, pelo menos, 20 Domingos, em cada ano completo de serviço.

ag) A R. não atribuiu ao A. o respectivo descanso compensatório, num dos três dias subsequentes.

Acontece que, normalmente, o trabalho prestado aos domingos e em dias de feriado é considerado como trabalho suplementar, por prestado fora, ou para além, do horário de trabalho [Considera-se trabalho suplementar todo aquele que é prestado fora do horário de trabalho - assim estabelece o Art.º 2.º, n.º 1 do Decreto-Lei n.º 421/83, de 2 de Dezembro].

Na nossa hipótese, sendo a R. uma empresa autorizada a funcionar de forma contínua, tendo os horários organizados de forma a permitir o funcionamento ininterrupto do estabelecimento, portanto, também aos fins de semana e nos dias de feriado, põe-se a questão de saber como devem ser tratados tais dias, pois para o trabalhador deveriam ser, em princípio, dias de repouso - sábados e domingos - ou, pelo menos, dias de não actividade - feriados.

O CCT entre a Associação Comercial de Aveiro e outras e o SINDCES-Centro/Norte - Sindicato Democrático

do Comércio, Escritório e Serviços [In Boletim do Trabalho e Emprego, 1.ª série, n.º 48, de 1988-12-29], regulando as relações colectivas de trabalho no âmbito do pequeno comércio, não se afasta da lei geral, prevendo o domingo como dia de descanso semanal obrigatório [O dia de descanso semanal será obrigatoriamente o domingo, salvo nos concelhos onde por usos e costumes seja esse dia diferente - assim estipula a cláusula 40.ª, n.º 1 de tal instrumento de regulamentação colectiva do trabalho]. O CCT entre ANS - Associação Nacional de Supermercados e a FEPCES - Federação Portuguesa dos Sindicatos do Comércio, Escritórios e Serviços e outros [Cfr. nota (3)], regulando a actividade nas grandes superfícies, organiza os horários de trabalho tendo em vista o funcionamento contínuo das empresas de supermercados, integrando os domingos e feriados dentro dos horários, embora estabeleça como dia de descanso semanal obrigatório o domingo em 15 semanas [Cfr. o disposto na cláusula 10.ª, alínea c) de tal IRCT] e se reporte genericamente à lei a propósito dos feriados [Cfr. o disposto na cláusula 35.ª, n.º 2 do mesmo IRCT]. De acordo com esta convenção colectiva, o trabalho prestado em dia de domingo ou de feriado [O trabalho prestado em dia de feriado é mais problemático, uma vez que, ao contrário do que sucede com o dia de descanso semanal - o domingo - ele não é dado a gozar posteriormente. Daí que, perante tal dificuldade, se tenha estabelecido no Código do Trabalho, no seu Art.º 259.º, n.º 2, o seguinte:

O trabalhador que realize a prestação em empresa legalmente dispensada de suspender o trabalho em dia feriado obrigatório tem direito a um descanso compensatório de igual duração ou ao acréscimo de 100% da retribuição pelo trabalho prestado nesse dia, cabendo a escolha ao empregador] não integra o conceito de trabalho suplementar, pois que o trabalho prestado em tais dias, dado o funcionamento ininterrupto da empresa, é normal e não suplementar ou extraordinário. Daí que se venha entendendo que o trabalho prestado em tais dias não confira o direito a acréscimo retributivo de 100% e a descanso complementar, igual no caso dos domingos e de 25% no caso dos feriados, como decorreria em princípio das disposições combinadas dos Art.ºs 7.º, n.º 2 e 9.º, n.ºs 1 e 3 do Decreto-Lei n.º 421/83, de 2 de Dezembro.

Assim, sendo de aplicar a última convenção referida, suplementar é apenas o trabalho prestado em dia de sábado, domingo ou feriado que coincida com dia de descanso do trabalhador, únicos que são suplementares ou extraordinários, por estarem para além - fora - do horário normal de trabalho [Cfr., em texto integral, os Acórdãos da Relação de Coimbra de 1985-02-26 e de 1990-07-12 e os Acórdãos da Relação de Lisboa de 1993-06-09 e de 1999-05-26, in Colectânea de Jurisprudência, respectivamente, Ano X-1985, Tomo I, págs. 129, Ano XV-1990, Tomo IV, págs. 104 a 108, Ano XVIII-1993, Tomo III, págs. 183 a 185 e Ano XXIV-1999, Tomo III, págs. 164 a 167, estando o primeiro sumariado no Boletim do Ministério da Justiça, n.º 344, a págs. 469.

Na doutrina e já no domínio do Código do Trabalho, cfr. Pedro Romano Martinez e outros, in Código do Trabalho Anotado, 2003, pág. 341 [nota III. ao Art.º 205.º do CT]].

In casu, será de aplicar o CCT celebrado entre a ANS e a FEPCES porque, não estando provada qualquer filiação associativa das partes nas entidades outorgantes de qualquer das convenções que demandam a sua aplicação à situação em presença [Segundo o disposto no Art.º 7.º, n.º 1 do Decreto-Lei n.º 519-C1/79, de 9 de Dezembro, As convenções colectivas de trabalho obrigam as entidades patronais que as subscrevem e as inscritas nas associações patronais signatárias, bem como os trabalhadores ao seu serviço que sejam membros quer das associações sindicais celebrantes, quer das associações sindicais

representadas pelas associações sindicais celebrantes], tal decorre do disposto nas Portarias de Extensão [PE] respectivas [Ambas publicadas no Boletim do Trabalho e Emprego, 1.ª série, n.º 31, de 1996-08-22], sendo que a respeitante ao CCT de Aveiro afasta expressamente a sua aplicação às grandes superfícies.

A propósito, foram dados como provados os seguintes factos:

ah) O concelho de Estarreja tem menos de 30.000 habitantes.

ai) A área de venda do estabelecimento da R. identificado na alínea a) é superior a 1000 m2.

O Decreto-Lei n.º 258/92, de 20 de Novembro, define como grande superfície comercial no seu Art.º 2.º, n.º 1, alínea a), o estabelecimento de comércio a retalho ou por grosso que disponha de uma área de venda contínua superior a 1000m2, nos concelhos com menos de 30 000 habitantes. E, embora o Decreto-Lei n.º 218/97, de 20 de Agosto, tenha aumentado a área para 2 000m2, atento o disposto no seu Art.º 4.º, n.º 1, alínea a) e tenha revogado o diploma anteriormente referido [Cfr. o disposto no seu Art.º 25.º, n.º 1], certo é que ele apenas se aplica aos estabelecimentos a licenciar a partir da sua entrada em vigor, como resulta do consignado no seu Art.º 24.º, n.º 1 [Que dispõe: Os pedidos de autorização prévia entrados na Direcção-Geral do Comércio e da Concorrência até à data de entrada em vigor do presente diploma, ao abrigo do Decreto-Lei n.º 258/92, de 20 de Novembro, na redacção que lhe foi dada pelo Decreto-Lei n.º 83/95, de 26 de Abril, são apreciados nos termos do regime previsto nestes diplomas.].

Assim, forçoso é concluir que in casu e face à matéria de facto dada como provada e acima transcrita, o estabelecimento da R. é uma grande superfície. Por outro lado e tendo presente a conclusão ora extraída, a convenção aplicável é a outorgada entre a ANS e a FEPACES.

Ora, os feriados e os domingos, no domínio desta convenção, para serem tratados como trabalho suplementar, têm de ocorrer em dias de descanso, sob pena de serem dias normais de trabalho, dado o licenciamento para funcionar ininterruptamente, como acima se referiu.

No entanto, o A., embora reclamando retribuição correspondente a 10 dias de feriado e a 20 dias de domingo e respectivo descanso compensatório, não alegou nem provou que eles recaíram em dia de descanso, atentos os horários por si praticados, nem que o trabalho lhe foi previa e expressamente ordenado pela R. [Não é exigível o pagamento de trabalho suplementar cuja prestação não tenha sido prévia e expressamente determinada pela entidade empregadora - assim estabelece o Art.º 7.º, n.º 4 do Decreto-Lei n.º 421/83, de 2 de Dezembro] ou que esta dele teve conhecimento [Cfr. nota (5), supra].

Daí que não tenha direito às retribuições que pede a tal título, im procedendo deste modo as correspondentes conclusões do recurso.

Assim e em síntese:

I - O recurso [de apelação] principal:

a) Proceder no que respeita à diferença de 7.772.282\$00, relativa a trabalho suplementar, assim sendo a sentença revogada nessa parte e

b) Improceder no que respeita ao subsídio de domingo, assim sendo confirmada a sentença na parte respectiva e

II - O recurso subordinado:

a) Proceder no que respeita às quantias de 227.700\$00 e de 276.138\$00, respeitantes às diferenças devidas nas férias, respectivo subsídio e subsídio de Natal, assim sendo a sentença revogada nessa parte e

b) Improcede no que respeita à retribuição correspondente aos feriados, domingos e descanso compensatório, assim sendo confirmada a sentença na parte correspondente.

Termos em que se acorda em conceder provimento parcial a ambos os recursos, assim revogando em parte a sentença que, quanto ao mais, se confirma.

Custas por ambas as partes, na respectiva proporção, sem prejuízo do benefício do apoio judiciário.

Porto, 28 de Fevereiro de 2005

Manuel Joaquim Ferreira da Costa

Domingos José de Moraes

António José Fernandes Isidoro

Fonte: <http://www.dgsi.pt>