

Tribunal da Relação de Évora
Processo nº 67/14.4T8STB.E1

Relator: JOÃO NUNES

Sessão: 07 Dezembro 2016

Votação: MAIORIA COM * VOT VENC

Decisão: IMPROCEDENTE

ACIDENTE DE TRABALHO

TRABALHO SUPLEMENTAR

RETRIBUIÇÃO

Sumário

I – Face ao disposto no artigo 258.º do CT e no artigo 71.º, n.ºs 2 e 3, da LAT, para que as prestações pagas ao trabalhador/sinistrado integrem a retribuição devem assumir carácter regular e não se destinem a compensar custos aleatórios do sinistrado;

II – De acordo com a jurisprudência mais recente do STJ, esse carácter regular só se verifica se a prestação for paga durante 11 dos 12 meses que se tiverem por referência temporal;

III – Em conformidade com as proposições anteriores, tendo sido pagas ao sinistrado apenas em 7 dos 12 meses anteriores ao acidente de trabalho prestações a título de trabalho suplementar, as mesmas não assumiram natureza regular, pelo que não são de computar para efeitos de reparação do acidente de trabalho.

(Sumário do relator)

Texto Integral

Proc. n.º 67/14.4T8STB.E1

Secção Social do Tribunal da Relação de Évora

Acordam na Secção Social do Tribunal da Relação de Évora:

I. Relatório

BB (Autor/recorrente), após infrutífera tentativa de conciliação, intentou, na

Comarca de Setúbal (Setúbal – Instância Central – 1.ª Secção do Trabalho – J2) e com o patrocínio do Ministério Público, a presente acção especial emergente de acidente de trabalho contra:

1. CC;

2. DD, Lda. (Ré/recorrida),

pedindo a condenação das Rés a pagar-lhe (i) o capital de remição de uma pensão anual de € 494,92 – sendo da responsabilidade da 1.ª Ré a quantia de € 454,09 e da 2.ª ré a quantia de € 40,83 – (ii) a 2.ª Ré a quantia de € 408,73 a título de indemnização por incapacidade temporária e ainda (iii) juros de mora, à taxa legal, desde o vencimento até integral pagamento.

Alegou para o efeito, muito em síntese, que no dia 23 de Setembro de 2013, quando se encontrava ao serviço da 2.ª Ré, mediante a retribuição anual de € 14.254,48, foi vítima de um acidente de trabalho, o que lhe provocou lesões várias que lhe determinaram incapacidade temporária absoluta para o trabalho, e sequelas que lhe determinaram incapacidade permanente parcial (doravante, IPP) de 4,96%.

Mais alegou que a 2.ª Ré havia transferido a responsabilidade infortunistica-laboral para a 1.ª Ré, mas apenas pela retribuição anual de € 13.078,52.

Citadas, ambas as Ré contestaram a acção: a Ré seguradora (1.ª Ré) alegou que por causa das lesões que sofreu e das consequentes sequelas, o Autor ficou apenas com uma IPP de 2% (e não 4,96%); por sua vez, a Ré empregadora (2.ª Ré) sustentou que transferiu a responsabilidade infortunistica-laboral para a 1.ª Ré tendo em conta a retribuição auferida pelo Autor, sendo certo que a importância que lhe foi paga a título de trabalho suplementar – e que ele pretende ver integrada na retribuição – não assumiu carácter regular e periódico.

À contestação da 2.ª Ré respondeu o Autor, a reafirmar que a importância que auferiu a título de trabalho suplementar integra a retribuição, uma vez que recebeu importâncias referentes àquele durante 7 meses dos 12 anteriores ao acidente.

Foi elaborado despacho saneador *stricto sensu*, consignados os factos assentes, bem como a base instrutória, que não foram objecto de reclamação das partes.

Foi desdobrado o processo para fixação de incapacidade, tendo no apenso sido fixada ao sinistrado, aqui Autor/recorrente, a IPP de 7,5%.

Procedeu-se à realização da audiência final em 01-06-2016, na qual as partes acordaram quanto à fixação da matéria de facto (fls. 129-130), após o que veio a ser proferida sentença, que julgou a acção parcialmente procedente, sendo a parte decisória do seguinte teor:

«Destarte, julga-se a acção parcialmente procedente, condenando:

a) a Ré CC a pagar ao sinistrado BB o capital de remição da pensão anual vitalícia de € 686,62, com referência ao dia 02.09.2014, acrescida de juros de mora, à taxa do art. 559.º n.º 1 do CCivil, desde aquela data e até integral pagamento.

b) Absolve-se do pedido a R. DD, Ltd.;

c) Custas da acção pela Seguradora, incluindo emolumentos aos Srs. peritos médicos.

Fixa-se à acção o valor de € 10.562,28».

Inconformado com o assim decidido, o Autor, ainda com o patrocínio do Ministério Público, interpôs recurso para este tribunal, tendo nas alegações apresentadas formulado as seguintes conclusões:

«1. O conceito de retribuição constante do artº 71º da lei nº 98/2009, de 04.09, é mais abrangente que o constante dos artºs 258º a 261 do Código de Trabalho.

2. O nosso legislador no tocante ao regime legal dos acidentes de trabalho definiu que constitui retribuição: tudo o que o trabalhador recebe com caracter de regularidade e não se destina a compensar o sinistrado por custos aleatórios, citado artº 71º.

3. Tendo o acidente ocorrido em 23.09.2013, e o sinistrado ter tido alta no dia em 01.09.2014, é evidente que o período a ter em conta para efeitos de aferir da regularidade da prestação, nos termos do disposto no artº 71º, nºs 2, 3 e 4 da Lei nº 98/2009, de 04 de Setembro, é o dos 12 meses anteriores ao do acidente, e não como a Mmª Juiz considerou, isto é, desde Setembro de 2012 a Dezembro de 2014.

4. Acresce, que o conceito de regularidade tem de ser entendido com alguma elasticidade pelo que, não sendo absoluto, terá mais o sentido de predominância, ou de prevalência: o pagamento de tais suplementos retributivos (trabalho suplementar) deve ocorrer m[ai]s vezes do que aquelas em que ele não se verifica, podendo os quantitativos de cada pagamento apresentar alguma variação.

5. A decisão ora recorrida, deverá, assim, ser revogada e substituída por outra que considere que a importância recebida a título de trabalho suplementar pelo sinistrado no período de 12 meses que antecedeu a ocorrência do acidente tem caracter de regularidade, sendo por isso considerada retribuição

para efeitos do cálculo de prestações devidas pelo acidente de trabalho.

6. A decisão proferida viola o disposto no artº 71º, nºs 1 e 4 da lei nº 98/2009, de 04.09.

7. Normativo este, que deve ser interpretado com o sentido e alcance sustentados no presente recurso.

Assim, entendemos que deverá ser dado provimento ao recurso

Vossas Excelências Senhores Desembargadores, decidirão como for de J U S T I Ç A».

A Ré/empregadora (2.ª Ré) respondeu ao recurso, a pugar pela sua improcedência, para o que formulou as seguintes conclusões:

«(1) Tendo o Ministério Público sido notificado da sentença em 15.7.2016, e o recurso sido apresentado em 5.9.2016, deve o recurso ser julgado manifestamente extemporâneo, pelo que não deverá ser admitido (arts. 26/1/a, 80/1 e 82/1 do CPT; art. 138/1, 139/3, e 628 do CPC).

(2) Ainda que se considerasse o recurso interposto em prazo, o mesmo deveria ser considerado totalmente improcedente quanto ao mérito, uma vez que, por um lado, como decorre do art. 71 da Lei 102/2009, só as prestações regulares que não se destinem a compensar o sinistrado por custos aleatórios é que são incluídas no cálculo das responsabilidades por acidente de trabalho.

(3) Para efeitos de acidente de trabalho, como também para outros efeitos, como retribuição e subsídio de férias, uma prestação só é regular se tiver uma permanência, frequência ou habitualidade em termos tais que o trabalhador fica a contar que, quando recebe a retribuição base, também receberá as outras atribuições patrimoniais, todas integrando o seu orçamento.

(4) E, por outro lado, nos autos o trabalho suplementar não teve carácter regular, na medida em que: (i) o Autor auferiu trabalho suplementar em 3 meses em 2011, em 3 meses em 2012 e em 5 meses em 2013, e em 2014 não prestou trabalho suplementar; (ii) nos 12 meses anteriores ao acidente de trabalho o Autor auferiu trabalho suplementar em 7 meses, nem sempre seguidos, e no mês em que ocorreu o acidente de trabalho (23.9.2013) o Autor não prestou trabalho suplementar; (iii) no período de 12 meses anterior ao acidente, o trabalho suplementar auferido pelo Autor variou, e em nenhum dos meses auferiu a mesma quantia.

(5) Em face do exposto, no caso dos autos, a remuneração por trabalho suplementar revestiu antes carácter accidental, e assim sendo, resulta que a Ré Visteon transferiu efetivamente todo o montante da retribuição auferida pelo sinistrado, uma vez que não tinha que transferir a responsabilidade pelo trabalho suplementar, devendo consequentemente responder somente a seguradora.

*Nestes termos e nos demais de direito aplicáveis,
Deve ser julgado totalmente improcedente o recurso do Autor, só assim se
fazendo o que é de Lei e de JUSTIÇA».*

O recurso foi admitido na 1.^a instância, como de apelação, com subida imediata, nos autos e com efeito meramente devolutivo.

Recebidos os autos neste tribunal, e não havendo lugar ao cumprimento do disposto no n.º 3 do artigo 87.º, n.º 3, do Código de Processo do Trabalho – uma vez que o Ministério Público patrocina uma das partes – foi elaborado projecto de acórdão e remetido aos exmos. juízes desembargadores adjuntos. Com a anuência dos mesmos foram dispensados os vistos legais. Realizada a conferência, cumpre decidir.

II. Objecto do recurso

Sabido como é que o objecto do recurso é delimitado pelas conclusões das respectivas alegações (cfr. artigos 635.º, n.ºs 3 e 4 e 639.º, n.º 1, do Código de Processo Civil, *ex vi* do artigo 87.º, n.º 1, do Código de Processo do Trabalho), no caso a única questão trazida à apreciação deste tribunal consiste em saber se a importância que o Autor auferiu por trabalho suplementar, nos 12 meses anteriores ao acidente, deve integrar a retribuição deste e, por consequência, se deve ser computada no cálculo da pensão e indemnização decorrentes do acidente, por cuja reparação será responsável, nesta parte, a Ré empregadora (2.^a Ré), porquanto, como decorre dos n.ºs 4 e 5 do artigo 79.º da Lei n.º 98/2009, de 04 de Setembro (doravante LAT), responde pela diferença em relação às indemnizações por incapacidade temporária e pensões devidas, tendo em conta a retribuição não declarada para efeito de prémio de seguro. Porém, previamente à questão equacionada haverá que analisar e decidir a questão prévia, suscitada pela recorrida, de extemporaneidade do recurso.

Estipula o artigo 80.º, n.º 1, do Código de Processo do Trabalho, que o prazo de interposição do recurso de apelação (ou de revista) é de 20 dias.

É incontroverso que as acções emergentes de acidente de trabalho têm natureza urgente (cfr. artigo 26.º, n.º 1 alínea e), do CPT): e, como a jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça tem repetidamente afirmado, a natureza urgente do processo mantém-se ao longo das várias fases do processo (neste sentido vejam-se, por todos, os acórdãos do STJ de 24-11-2004 e de 28-09-2006, Proc. n.º 2851/04 e 2453/06, respectivamente, disponíveis em www.dgsi.pt).

Por isso, em conformidade com o que determina o n.º 1 do artigo 138.º do

CPC, estando em causa um processo que a lei considera urgente, o prazo processual é contínuo, não se suspendendo durante as férias judiciais, o que significa no caso em presença que o prazo de interposição de recurso não se suspendeu durante as férias judiciais.

Verifica-se de fls. 136 a 140 dos autos que as partes foram notificadas da sentença através de carta expedida em 15-07-2016, pelo que, face ao disposto no artigo 248.º do CPC, se consideram notificadas a 18-07-2016: todavia, por motivos que se desconhecem, encontra-se a fls. 141 dos mesmos autos a notificação da sentença ao Ministério Público apenas em 01-09-2016.

Ora, os prazos contam-se a partir da notificação da decisão ao mandatário, representante ou patrono oficioso (artigo 247.º, n.º 1, do CPC e artigo 24.º, n.º 4, do CPT).

Assim, e revertendo ao caso em apreciação, tendo o Ministério Público apenas sido notificado da sentença em 01-09-2016, é manifesto que em 05-09-2016, quando interpôs recurso da sentença, ainda não havia decorrido o aludido prazo de 20 dias de que dispunha para tal efeito.

Improcede, pois, a questão prévia, de extemporaneidade do recurso.

III. Factos

Na 1.ª instância foi dada como provada a seguinte factualidade, que se aceita por não vir impugnada nem se vislumbrar fundamento legal para a sua alteração:

- 1) O Autor/sinistrado trabalhava sob as ordens, direcção e fiscalização da 2ª Ré, em execução de contrato de trabalho com este celebrado, como operário fabril.
- 2) Auferia o salário base e diuturnidades: € 934,18 mensais, e no período compreendido entre Setembro de 2012 e Agosto de 2013, efectuou trabalho suplementar, na importância de € 1.175,96, sendo em Setembro de 2012 - € 85,36, em Outubro de 2012 - € 59,55, em Abril de 2013 - € 205,14, em Maio de 2013 - € 317,61, em Junho de 2013 - € 236,47, Julho de 2013 - € 203,11 e em Agosto de 2013 - 68,72.
- 3) Trabalho esse que fez no interesse e por determinação da 2ª Ré.
- 4) No dia 23 de Setembro de 2013 em Palmela, o Autor/sinistrado foi vítima de um acidente, quando prestava a sua função de operário fabril, nas instalações da 2ª Ré.
- 5) O acidente consistiu em quando rodou o corpo, sentiu uma dor no joelho esquerdo, tendo sofrido lesão meniscal e de LCA do joelho esquerdo.
- 6) À data do acidente o Autor/sinistrado auferia a retribuição de 934,18 x 14 (salário base e diuturnidades);
- 7) A responsabilidade emergente de acidente de trabalho estava transferida

para a CC (1ª Ré), pela retribuição de 934,18,00 x 14 (salário base e diuturnidades), o que corresponde a retribuição anual bruta de € 13.078,52.

8) Participado o evento a Tribunal, na sequência da instrução, realizou-se exame médico-legal, em que foi reconhecida ao sinistrado a incapacidade de 4,96% de IPP a partir da data da alta da seguradora ocorrida em 01 de Setembro de 2014.

9) No dia 16 de Dezembro de 2014 teve lugar a tentativa de conciliação tendo pela R. seguradora sido declarado que: *«reconhece o acidente dos autos como de trabalho, o nexo causal entre esse acidente e as lesões dele decorrentes, bem como a sua responsabilidade emergente do acidente em função da retribuição indicada em 7); não estar de acordo com a avaliação da incapacidade feita pelo perito do GML, porquanto o sinistrado foi considerado afectado de uma IPP de 2% conforme consta do seu boletim de alta, pelo que não aceita a conciliação nos termos do acordo proposto pelo Procurador da República. »*

10) Na tentativa de conciliação pela entidade empregadora foi dito que *«reconhece o acidente dos autos como de trabalho, o nexo causal entre esse acidente e as lesões dele decorrentes, não aceitando a responsabilidade emergente do acidente em função da retribuição não transferida para a seguradora no montante do trabalho suplementar porquanto considera que o trabalho suplementar não assume carácter de regularidade dado que no ano de 2013 foi um ano excepcional no que respeita a trabalho suplementar sendo que o habitual no caso do sinistrado, nomeadamente nos anos de 2011, 2012 e 2014 o trabalho suplementar foi sempre esporádico e reduzido.»*

11) O A. nasceu no dia 14.04.1973;

12) Entre janeiro e dezembro de 2011, o sinistrado efectuou trabalho suplementar somente nos meses de julho, setembro e Outubro.

13) Entre janeiro e dezembro de 2012, o sinistrado efectuou trabalho suplementar somente nos meses de abril, setembro e outubro.

14) Entre 1 de janeiro de 2014 e dezembro de 2014 o Sinistrado não efectuou trabalho suplementar.

15) O sinistrado apresenta incapacidade permanente parcial (IPP) de 7,5%;

IV. Fundamentação

Como se afirmou, a única questão a decidir consiste em saber se as importâncias auferidas pelo Autor, aqui recorrente, a título de trabalho suplementar e nos 12 meses anteriores ao acidente, são de computar na retribuição para efeitos de reparação do acidente de trabalho.

Analisemos, então, a questão.

É pacífico que o autor/recorrido sofreu um acidente de trabalho.

À data do mesmo - 23-09-2013 - encontrava-se em vigor o Código do Trabalho (CT) actual, aprovado pela Lei n.º 7/2009, de 12-02, bem como a Lei dos Acidente de Trabalho (LAT), aprovada pela Lei n.º 98/2009, de 04-09.

Estipula o artigo 258.º do Código do Trabalho:

«1- Considera-se retribuição a prestação a que, nos termos do contrato, das normas que o regem ou dos usos, o trabalhador tem direito como contrapartida do seu trabalho.

2 - A retribuição compreende a retribuição base e outras prestações regulares e periódicas feitas, directa ou indirectamente, em dinheiro ou espécie.

3 - Presume-se constituir retribuição qualquer prestação do empregador ao trabalhador».

A referida noção corresponde, no essencial, ao que já resultava do artigo 82.º do Decreto-Lei n.º 49 408, de 24-11-1969 (LCT) e do artigo 249.º do Código do Trabalho de 2003 (aprovado pela Lei n.º 99/2003, de 27-08) e no âmbito dos mesmos, como assinala Monteiro Fernandes (Direito do Trabalho, Almedina, 13.ª edição, pág. 456), retira-se dos preceitos que a retribuição é constituída pelo *«conjunto de valores (pecuniários ou não) que a entidade patronal está obrigada a pagar regular e periodicamente ao trabalhador em razão da actividade por ele desempenhada (ou, mais rigorosamente, de força do trabalho por ele oferecida)»*.

Assim, num primeiro momento, a retribuição, constituída por um conjunto de valores, é determinada pelo clausulado do contrato, por critérios normativos (como sejam o salário mínimo e o princípio da igualdade salarial) e pelos usos da profissão e da empresa; num segundo momento, a retribuição global - no sentido que exprime o padrão ou módulo do esquema remuneratório do trabalhador, homogeneizando e sintetizando em relação à unidade de tempo, a diversidade de atribuições patrimoniais realizadas ou devidas - engloba não só a remuneração de base, como também prestações acessórias, que preencham os requisitos de regularidade e periodicidade.

Constituindo critério legal da determinação da retribuição, a obrigatoriedade do pagamento da(s) prestação(ões) pelo empregador, dele apenas se excluem as meras liberalidades que não correspondem a um dever do empregador imposto por lei, instrumento de regulamentação colectiva de trabalho, contrato individual de trabalho, ou pelos usos da profissão e da empresa, e aquelas prestações cuja causa determinante não seja a prestação da actividade pelo trabalhador - ou a sua disponibilidade para o trabalho -, mas sim causa específica e individualizável, diversa da remuneração do trabalho ou da disponibilidade para este.

No que respeita à característica de periodicidade (no sentido de ser satisfeita

por períodos aproximadamente certos) e regularidade (no sentido da sua constância) da retribuição, significa, por um lado, a existência de uma vinculação prévia do empregador (quando se não ache expressamente consignada) e, por outro, corresponde à medida das expectativas de ganho do trabalhador, conferindo dessa forma relevância no pagamento.

Como se afirmou no acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 9 de Maio de 2007 (Proc. n.º 3211/06 – 4.ª Secção, disponível em www.dgsi.pt), «com a expressão “regular”, a lei refere-se a uma prestação não arbitrária, que segue uma regra permanente, sendo, pois, constante. E exigindo carácter “periódico” para a integração da prestação do empregador no âmbito da retribuição, a lei considera que ela deve ser paga em períodos certos no tempo ou aproximadamente certos, de forma a inserir-se na própria ideia de periodicidade típica do contrato de trabalho e das necessidades recíprocas dos dois contraentes».

No dizer de Monteiro Fernandes (obra citada, pág. 465), «a qualificação de certa atribuição patrimonial como elemento do padrão retributivo definido pelo art. 249.º CT não afasta a possibilidade de se ligar a essa atribuição patrimonial uma cadência própria, nem a de se lhe reconhecer irrelevância para o cálculo deste ou daquele valor derivado da «retribuição»».

E mais adiante (pág. 471): «(...) no tocante ao trabalho suplementar, a remuneração acrescida pode ser ou não computada no salário global conforme se verifique ou não a regularidade do recurso a horas suplementares de serviço. Nesse sentido apontava, no direito anterior, o art. 86.º da LCT []; e cremos que o facto de o preceito não ter correspondência no CT decorre apenas da sua evidente redundância».

Tentando objectivar o critério da regularidade e periodicidade da prestação, a jurisprudência do Tribunal da Relação do Porto adoptou um critério orientador no sentido de que para que uma prestação se possa considerar regular deve ser prestada com alguma frequência, indicando para tanto pelo menos metade do ano.

Escreveu-se a este propósito no acórdão do referido tribunal de 21-02-2011 (Proc. n.º 547/09.3TTGDM.P1, disponível em www.dgsi.pt): “qualquer prestação que não tenha uma periodicidade certa e pré-determinada só poderá considerar-se regular se for prestada com alguma frequência, que terá de ser, pelo menos, de metade do ano. Menos do que isso não lhe permitirá deixar de ser uma prestação esporádica e, portanto, sem carácter retributivo”. Ou seja, de acordo com tal orientação – que foi também sustentada pelo ora relator aquando do exercício de funções naquele tribunal – para que uma prestação assumisse natureza regular e periódica devia ser paga, pelo menos, durante 6 meses do ano a que respeita.

Todavia, ao nível da jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça veio-se consolidando o entendimento de que a uma prestação só é regular e periódica se for paga durante todos os meses da actividade do ano, isto é, durante 11 meses (neste sentido, entre outros, os acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça de 23-06-2010, Proc. n.º 607/07.5TTLSB.L1.S1, de 15-09-2010, Proc. n.º 469/09, e de 05-06-2012, Proc. n.º 2131/08.0TTLSB, disponíveis em www.dgsi.pt).

Mais recentemente, em 01-10-2015, a Secção Social do Supremo Tribunal de Justiça, numa acção especial de interpretação de cláusulas de convenção colectiva de trabalho (artigo 183.º do Código de Processo do Trabalho), reiterou, por unanimidade, tal entendimento (Proc. n.º 4156/10.6TTLSB.L1.S1, publicado no DR, 1.ª Série, n.º 212, de 29 de Outubro de 2015).

Tendo em conta que o acórdão em causa tem o valor ampliado da revista em processo civil (artigo 186.º do Código de Processo do Trabalho), e visando o julgamento ampliado da revista assegurar a uniformidade da jurisprudência (artigo 686.º do Código de Processo Civil), entendemos, após a prolação do referido acórdão, seguir o nele decidido.

Por isso, após a prolação do acórdão em causa, e acolhendo o nele decidido, afirmamos que para que uma dada prestação pecuniária possa considerar-se como parte integrante da retribuição devida pelo empregador ao trabalhador é necessário que a mesma seja paga, pelo menos, em 11 meses dos 12 meses que se tiverem por referência temporal.

Vejamos agora o que dispõe a LAT, mais concretamente o seu artigo 71.º, n.º 3, quanto à retribuição.

Assim, de acordo com este normativo legal «[e]ntende-se por retribuição mensal todas as prestações recebidas com carácter de regularidade que não se destinem a compensar o sinistrado por custos aleatórios».

Daqui decorre que a LAT, à semelhança do regime anterior (artigo 26.º, n.º 3, da Lei n.º 100/97, de 13-09) adopta um conceito de retribuição amplo, onde engloba todas as prestações que assumam carácter de regularidade, apenas dele excluindo aquelas prestações que se destinem a compensar custos aleatórios do sinistrado.

Como se assinalou no acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 17-03-2010 (Recurso n.º 436/09.1YFLSB, disponível em www.dgsi.pt) – entendimento que embora no domínio da referida Lei n.º 100/97 se mantém actual – «[o] art. 26.º, da LAT, adopta um conceito de retribuição que, aproximando-se, num primeiro momento, do conceito genérico vertido no art. 249.º, do Código do Trabalho de 2003, acaba por nele integrar, num segundo momento, todas as prestações que assumam carácter de regularidade, o que significa que perfilha

um conceito mais abrangente, apenas aludindo, para efeitos de exclusão retributiva, à variabilidade e contingência das prestações» (no mesmo sentido, veja-se, entre outros, o acórdão do mesmo tribunal de 13-04-2011, Recurso n.º 216/07.9TTCBR.C1.S1, também disponível em www.dgsi.pt).

Todavia, sublinhe-se, quer no âmbito do CT, quer no âmbito da LAT, constitui *conditio sine qua non* para que uma prestação possa integrar a retribuição que assuma carácter de regularidade.

Assim, e em jeito de síntese nesta matéria, para que as prestações por acidente de trabalho integrem a retribuição devem assumir carácter regular e não se destinem a compensar custos aleatórios do sinistrado: e, face à jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça, esse carácter regular só se verifica se a prestação for paga durante 11 dos 12 meses que se tiverem por referência temporal.

É altura de regressarmos ao caso que nos ocupa.

Como decorre da matéria de facto (n.º 2), em 7 dos 12 meses anteriores ao acidente de trabalho o aqui recorrente auferiu importâncias a título de trabalho suplementar.

Face ao entendimento que se deixou exposto esses 7 meses não são suficientes para que se possa considerar que as prestações assumiram carácter regular. De resto, se tivermos por referência cada ano civil, constata-se que no ano de 2011 o aqui recorrente apenas efectuou trabalho suplementar em 3 meses, no ano de 2012 também em 3 meses, no ano de 2013 – até à data do acidente (23 de Setembro) – em 5 meses, e no ano de 2014 (a alta ocorreu em Setembro desse ano) não efectuou trabalho suplementar, o que aponta para que a prestação a tal título não era constante.

Por isso, não assumindo as prestações a título de trabalho suplementar natureza regular não integram a retribuição, não sendo, pois, de computar para efeitos de reparação do acidente de trabalho.

Aqui chegados, e sem desdouro pelo esforço argumentativo do recorrente, o recurso não pode proceder, sendo pois de confirmar a sentença recorrida.

Vencido no recurso, deverá o Autor/recorrente suportar o pagamento das custas respectivas (artigo 527.º do CPC).

Isto tendo em conta que nada foi alegado tendo em vista a eventual isenção de custas, designadamente por os rendimentos não serem superiores aos referidos na alínea h) do artigo 4.º do Regulamento das Custas Processuais (RCP).

V. Decisão

Face ao exposto, **acordam os juízes da Secção Social do Tribunal da Relação de Évora em negar provimento ao recurso interposto por BB, e, em consequência, confirmam a decisão recorrida.**

Custas pelo recorrente.

*

Évora, 07 de Dezembro de 2016

João Luís Nunes (relator)

Alexandre Ferreira Baptista Coelho

Moisés Pereira da Silva (votou vencido, conforme declaração junta)

Declaração de voto de vencido:

Processo n.º 67/14.4T8STB.E1

Com todo o respeito pela decisão que fez vencimento, voto vencido pelas razões seguintes:

Pese embora a douta jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça que é indicada, parece-me que o critério para aferir da integração no conceito de retribuição das quantias auferidas pelo trabalhador, nomeadamente a que resulta da prestação de trabalho suplementar, deve obter-se a partir de um critério substancial, ou seja, o critério melhor é aquele que atende ao caso concreto.

O acórdão do Supremo Tribunal de Justiça proferido no processo n.º 4156/10.6TTLSB.L1.S1, publicado no DR, 1.ª Série, n.º 212, de 29 de outubro de 2015, referido na fundamentação que fez vencimento, não pode ser aplicado ao caso concreto, pois diz respeito a questão diversa.

Como expressamente se refere na delimitação do objeto do recurso no acórdão em referência, “a questão em apreço na revista traduz -se em saber se a «prestação retributiva especial» prevista na Cláusula 5.ª do Regulamento de Remunerações, Reformas e Garantias Sociais, integrado no AE/2006, publicado no BTE n.º 8, de 28 de fevereiro de 2006, integra o conceito de retribuição e se, por isso, deve a média auferida a esse título pelos tripulantes de cabina, ser atendida nas retribuições de férias e subsídios de férias, conquanto, nos doze meses que antecederam o gozo das férias, essa prestação haja sido paga, pelo menos, 11 meses, devendo, em função da conclusão a que se chegar, ser fixada a interpretação a conferir à Cláusula 12.ª daquele Regulamento”.

Ora, no caso dos autos, a questão consiste em saber se as quantias percebidas pelo trabalhador a título de trabalho suplementar nos doze meses anteriores à data do acidente devem fazer parte da retribuição para efeitos de calcular a pensão e indemnização que lhe é devida em virtude dos danos sofridos em

consequência do acidente de trabalho, a qual nada tem a ver com a interpretação de cláusulas de um Acordo de Empresa, que não se aplica de forma alguma às partes intervenientes neste litígio.

O artigo 258.º do Código do Trabalho prescreve que se considera retribuição a prestação a que, nos termos do contrato, das normas que o regem ou dos usos, o trabalhador tem direito como contrapartida do seu trabalho (n.º 1);

A retribuição compreende a retribuição base e outras prestações regulares e periódicas feitas, direta ou indiretamente, em dinheiro ou espécie (n.º 2); e Presume-se constituir retribuição qualquer prestação do empregador ao trabalhador (n.º 3).

O trabalhador prestou trabalho suplementar e este foi-lhe pago como contrapartida da obrigação de prestar a que estava adstrito, pelo que face ao disposto no n.º 1 do art.º 258.º do CT deve considerar-se parte integrante da retribuição.

Mesmo na hipótese de assim não se entender, face ao disposto no n.º 3 do art.º 258.º do CT, compete à empregadora, neste caso à responsável pela reparação, a seguradora, provar que o pagamento das quantias auferidas a título de trabalho suplementar não constituem contrapartida da prestação de trabalho do trabalhador sinistrado, o que a seguradora não fez.

Daí que também por esta via se deva entender que as quantias auferidas pelo trabalhador a título de trabalho suplementar integram a retribuição.

A prestação de trabalho suplementar não constitui uma prestação acessória, mas a continuação da execução da prestação principal a que está obrigado, a qual reveste maior penosidade por se prolongar para além do horário normal de trabalho. A natureza e as funções não se alteram. O que muda é apenas a duração diária, semanal ou mensal da prestação do trabalhador. O pagamento desta prestação constitui a contrapartida da obrigação do trabalhador em prestar trabalho suplementar, nos termos em que a lei o prevê.

O n.º 2 do art.º 258.º do CT constitui uma norma jurídica que reforça o princípio já consagrado no seu n.º 1, ao prescrever que a retribuição compreende a retribuição base e outras prestações regulares e periódicas feitas, direta ou indiretamente, em dinheiro ou espécie. Esta última norma jurídica visa evitar dúvidas e litígios, pois pretende clarificar que o conceito de retribuição base é mais restrito que o conceito de retribuição a atender e que deve descortinar-se a partir do n.º 1.

Todavia, verifica-se que por vezes a interpretação sobre o que é retribuição se cinge mais à apreciação do art.º 258.º n.º 2 do CT do que ao conceito mãe insito no n.º 1. A definição do que deve considerar-se retribuição deve encontrar-se a partir do n.º 1 deste artigo. O número dois é uma regra clarificadora do princípio aí plasmado, que visa incluir na retribuição outras

prestações que podem não ter a ver com a prestação do trabalho, mas que pela sua regularidade e periodicidade o legislador entendeu que deveriam ser consideradas como tal. A interpretação do n.º 2 não pode opor-se ao que resulta do n.º 1.

Por sua vez, o n.º 3 deste artigo é uma norma jurídica que visa facilitar a prova ao trabalhador, ao dispensá-lo da prova de que as quantias que auferiu da sua empregadora fazem parte da retribuição. Se o empregador não ilidir a presunção, consideram-se como retribuição todas as prestações auferidas pelo trabalhador.

Se o legislador quisesse estabelecer um número de meses mínimo para que se considerassem como retribuição as prestações auferidas pelo trabalhador, tê-lo-ia dito expressamente ou, no mínimo, teria estabelecido factos índice, a exemplo do que faz a propósito do que deve considerar-se contrato de trabalho.

Acresce que durante o tempo em que presta trabalho suplementar o trabalhador está sujeito ao risco de ocorrência de acidente de trabalho, pelo que é justo que seja a empregadora, beneficiária desta atividade, a suportar o risco inerente e repare os danos tendo em conta também as quantias auferidas pela prestação do trabalho suplementar.

O legislador, atento e consciente da diversidade das situações da vida e que cada uma delas é única e não comparável a outras sem justa ponderação, deixou à doutrina e jurisprudência a interpretação, intermediação e aplicação ao caso concreto da norma jurídica de acordo com os factos e circunstâncias aí presentes.

Não é possível estabelecer regras científicas definitivas sobre o que deve considerar-se retribuição de modo a que sejam aplicadas automaticamente. O caso concreto é um cosmos de vida, interesses, contradições, aproximações, interrogações, subtilidades e cores que nunca se repetem. Cada caso é o objeto de estudo em si.

Considerando o que referimos, parece-me que, em concreto, a remuneração percebida pelo trabalhador a título de trabalho suplementar é contrapartida da sua prestação principal e integra a retribuição. Mesmo que assim não se entendesse, beneficia da presunção do art.º 58.º n.º 3 do CT, pelo que em meu entender deve ser incorporada na sua retribuição para o efeito de calcular as prestações que lhe são devidas em consequência do acidente de trabalho de que foi vítima.

Assim, consideraria a remuneração auferida pelo trabalhador a título de trabalho suplementar durante os 12 meses que antecederam o acidente como retribuição para efeitos do cálculo das prestações que lhe são devidas em consequência do acidente de trabalho de que foi vítima.

Sumário: no que diz respeito ao conceito de retribuição para efeitos de cálculo das prestações devidas em consequência de acidente de trabalho, compete ao trabalhador a prova do recebimento de determinadas quantias e compete ao empregador, ou a quem o substitua na obrigação de reparar, a prova de que tais quantias não são contrapartida da prestação do trabalho.

Évora, 07 de dezembro de 2016.

Moisés Pereira da Silva