

Tribunal da Relação de Lisboa
Processo nº 5034/2005-4

Relator: FERREIRA MARQUES

Sessão: 02 Novembro 2005

Número: RL

Votação: UNANIMIDADE

Meio Processual: RECURSO PENAL

Decisão: REVOGADA

TRABALHO NOCTURNO

RETRIBUIÇÃO

Sumário

Tal como sucede em relação ao trabalho por turnos prestado aos domingos e feriados, em relação ao qual os trabalhadores não podem reclamar qualquer acréscimo remuneratório, por se tratar de trabalho prestado dentro do seu horário normal, também não faz sentido esses trabalhadores reclamá-lo em relação ao trabalho que normalmente prestam em período nocturno, dentro do seu horário de trabalho.

Texto Integral

Acordam na Secção Social do Tribunal da Relação de Lisboa:

I. RELATÓRIO

Vista Alegre Atlantis, S.A., com sede no Largo Barão de Quintela, 3, em Lisboa, e com estabelecimento na loja nº 108, no Fórum Almada, impugnou judicialmente a decisão do Instituto do Desenvolvimento e Inspeção das Condições de Trabalho [IDICT], que lhe aplicou a coima no valor de € 2.000,00, pela prática de duas contra-ordenações graves previstas nos arts. 19.º e 32.º, n.º 2 do DL 26/94, de 1/2, e puníveis, à data da prática dos factos, nos termos da al. c) do nº 1 do art. 9.º em conjugação com a al. c) do n.º 3 do art. 7.º ambos da Lei nº 116/99, de 4 de Agosto, com coima de € 648,44 a €1.795,67, em caso de negligência, e de € 1.646,03 a € 4.638,82 em caso de dolo e, actualmente, após a entrada em vigor do Código do Trabalho com coima de € 623,00 a € 1246,00, em caso de negligência e de € 1.335,00 a € 3.560,00 em caso de dolo, nos termos do art.º 620.º n.º 3 al. b) do referido

diploma legal, por não ter realizado exames de saúde aos seus trabalhadores antes do início das suas funções; e ainda pela prática da infracção ao disposto nas cláusulas 29^a, n.º 6 e 33^a, n.º2 do CCT entre a Associação do Comércio e Serviços do Distrito de Setúbal e o CES/Sul - Sindicato dos Trabalhadores do Comércio, Escritório e Serviços do Sul e outros, publicado no BTE, 1.^a Série, n.º 40, de 29 /10/96, por não pagar aos seus trabalhadores o subsídio de turnos rotativos, bem como o acréscimo por trabalho nocturno, infracção esta que constitui contra-ordenação grave punível, nos termos do disposto no n.º 1 do art. 44.º do DL 519-C1/79, de 29/12, e al. c) do n.º 1 do art. 9º em conjugação com a al. c) do n.º 3 do art. 7.º ambos da Lei n.º 116/99, de 4/8, com coima de € 648,44 a € 1795,67, em caso de negligência, e de € 1.646,03 a € 4638,82 em caso de dolo e, actualmente, após a entrada em vigor do Código do Trabalho com coima de € 623,00 a €1.246,00, em caso de negligência, e de € 1335,00 a € 3560,00 em caso de dolo, nos termos do art.º 620.º n.º 3 al. b) do referido diploma legal.

O Tribunal do Trabalho de Almada [TTL] julgou parcialmente procedente o recurso interposto pela recorrente e, em consequência, decidiu:

- a) julgar extinto, por prescrição, o procedimento contra-ordenacional relativo à não realização dos exames de saúde aos trabalhadores;
- b) absolver a recorrente da coima aplicada em relação ao alegado não pagamento do subsídio de turno, bem como do pagamento de alegadas quantias devidas a esse título aos trabalhadores;
- c) condenar a recorrente no pagamento da coima de € 800,00 (oitocentos euros) por violação do n.º 2 da Cl.^a 33.^a do CCT, celebrado entre a Associação do Comércio e Serviços do Distrito de Setúbal e o CES/Sul - Sindicato dos Trabalhadores do Comércio, Escritório e Serviços do Sul e outros, publicado no BTE, 1.^a Série, n.º 40, de 29 /10/96, pela prática da contra-ordenação grave prevista no n.º 1 do art. 44.º do DL 519-C1/79, de 29/12 e, actualmente, no art.º 687.º n.º 1 do Código do Trabalho.

Inconformada, a arguida interpôs recurso desta decisão para o Tribunal da Relação de Lisboa, no qual formulou as seguintes conclusões:

- 1^a) - A arguida não se encontrava obrigada ao pagamento do subsídio nocturno em relação a nenhum dos trabalhadores identificados no auto de notícia;

2ª) - A arguida, aquando da contratação dos referidos trabalhadores, estabeleceu quer o valor da sua remuneração base, quer o valor de turno, claramente acima do previsto na Contratação Colectiva aplicável, já tendo em conta a maior penosidade do trabalho nocturno;

3ª) - É pacífico que a entidade patronal pode estabelecer o valor da remuneração base ou do subsídio de turno atendendo à circunstância de dever o trabalho ser prestado à noite, como se verifica no art. 257º, n.º 3, alínea c) do Código do Trabalho, aprovado pela Lei 99/2003, de 27/8;

4ª) - O que já a jurisprudência consagrara, vide o douto Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 23/7/1999;

5ª) - Não ficou provado que a arguida ao estabelecer a remuneração base e o subsídio de turno bastante acima do previsto na contratação colectiva, não atendia à especial penosidade do trabalho nocturno;

6ª) - Foi no entanto, a arguida condenada pelo não pagamento do subsídio nocturno;

7ª) - Violou-se, com o devido respeito pela douta sentença, desta forma, o princípio da presunção de inocência;

8ª) - Na verdade, o que ficou provado é que a arguida não pagava aos seus trabalhadores o subsídio nocturno, facto que a arguida sempre admitiu, isto porque entendia cumprir essa obrigação ao pagar aos seus trabalhadores subsídios de turno em valor acima do estipulado na contratação colectiva;

9ª) - O facto de a arguida não ter apresentado prova do facto de a maior penosidade do trabalho nocturno ser atendida no estabelecimento do subsídio de turno não deve sujeitar a arguida às consequências desfavoráveis da falta da prova;

10ª) - Não tendo a acusação afastado a presunção de inocência, isto porque não produziu prova que sustentasse os factos que nem sequer constam da acusação, não pode a arguida ser condenada pela prática de uma contra-ordenação que não cometeu;

11ª) - Não pode a arguida ser condenada por facto que deveria constar da acusação, e não consta, e que a arguida, por prevenção alegou na sua defesa não fazendo, contudo prova disso, vicissitude que em circunstância alguma a pode prejudicar.

12ª) - A arguida não praticou qualquer infracção, nem foi feita prova do contrário;

13ª) - Não pode, assim, a arguida ser condenada pela prática de qualquer infracção.

Terminou pedindo a revogação da decisão recorrida e a sua substituição por outra que a absolva da coima que lhe foi aplicada.

O M^oP^o, na sua contra-alegação, pugnou pela confirmação da sentença e pela improcedência do recurso.

Admitido o recurso, na forma, com o efeito e no regime de subida devidos, subiram os autos a esta Relação onde, depois de colhidos os vistos legais, cumpre apreciar e decidir.

A única questão que se suscita neste recurso consiste em saber se a arguida estava obrigada a pagar subsídio por trabalho nocturno aos trabalhadores identificados nos autos e se, ao não pagar-lhes esse subsídio, cometeu a contra-ordenação que lhe foi imputada na decisão recorrida.

II. FUNDAMENTOS DE FACTO

A 1ª instância considerou provada a seguinte matéria de facto:

No dia 12 de Agosto de 2003, pelas 15H45M, no local de trabalho acima mencionado, o inspector atuante verificou que a arguida Casa Alegre-Porcelanas e Faianças, Lda. tinha ao seu serviço, sob suas ordens, direcção e fiscalização e mediante retribuição os seguintes trabalhadores:

(S), com a categoria de subgerente de loja, admitida em Fevereiro de 2003;

(M), admitido em Outubro de 2002; (J), admitido em Outubro de 2002; (P) , admitida em Dezembro de 2002; (SP), admitida em Fevereiro de 2002, estes últimos todos com a categoria de caixeiros;

2. A arguida não promoveu, relativamente às trabalhadoras (P) e (SP), a realização dos exames de saúde (exames de admissão), tendo em vista verificar da sua aptidão física e psíquica para o exercício da sua profissão, bem como a repercussão do trabalho e das suas condições na sua saúde, exame esse que deveria ser realizado antes do início da prestação do trabalho e cujos resultados deveriam estar contidos em ficha de aptidão;

3. A arguida pagava aos seus trabalhadores 20% sobre as sua remunerações a título de subsídio de turno, mas não lhes pagava os subsídios por trabalho nocturno (25% e 50%), consagrados no Contrato Colectivo de Trabalho do Comércio Retalhista do Distrito de Setúbal;
4. Os trabalhadores acima identificados faziam o horário de trabalho por turnos rotativos entre o período das 10H00 e as 24H00;
5. Foram efectuados vários contactos com a representante legal da arguida, (EA), a qual foi informada sobre a contratação colectiva aplicável, tendo a mesma informada que a administração da empresa não procederia ao pagamento voluntário da dívida aos trabalhadores;
6. Segundo o mapa de quadro de pessoal de 2002, a arguida tinha 118 trabalhadores e um volume de negócios de € 768.791,00;
7. Em 1/01/2004, a Casa Alegre - Porcelanas e Faianças, Lda, arguida no presente processo, foi incorporada por fusão na Vista Alegre Atlantis, S.A.

Não se provou que a arguida, aquando da contratação dos referidos trabalhadores, tivesse estabelecido quer o valor da sua remuneração base, quer o valor do subsídio de turno, claramente acima do previsto na Contratação Colectiva aplicável, já tendo em conta a maior penosidade do trabalho nocturno.

III. FUNDAMENTOS DE DIREITO

Como vimos atrás, a única questão que se suscita neste recurso consiste em saber se a arguida estava obrigada a pagar subsídio por trabalho nocturno aos trabalhadores identificados nos autos e se, ao não pagar-lhes esse subsídio, cometeu a contra-ordenação que lhe foi imputada.

No caso em apreço, está provado, que tais trabalhadores prestavam trabalho, em regime de turnos rotativos, entre o período das 10H00 e as 24H00. Mais resulta dos autos que a trabalhadora (S) era sub-gerente de loja e auferia mensalmente a retribuição base de € 665,00, acrescida de um subsídio de turno de € 133,00. Os demais trabalhadores eram caixeiros, auferindo cada

um deles mensalmente a retribuição base de € 356,60, acrescida de um subsídio de turno de € 71,32.

Por trabalharem em regime de turnos rotativos, os referidos trabalhadores prestavam, com regularidade, trabalho em período nocturno, dentro do seu horário normal de trabalho, auferindo, como contrapartida desse trabalho, para além da sua retribuição base, subsídio de turno.

Tal, como sucede em relação ao trabalho por turnos prestado aos domingos e dias feriados, em relação ao qual os trabalhadores não podem reclamar qualquer acréscimo remuneratório, por se tratar de trabalho prestado dentro do seu horário normal, também não faz qualquer sentido esses trabalhadores reclamá-lo em relação ao trabalho que normalmente prestam em período nocturno, dentro do seu horário de trabalho.

O subsídio de turno destina-se, como se sabe, a compensar a maior penosidade decorrente da sujeição do trabalhador a jornadas de trabalho com início e termo variáveis, isto é, ora com horários diurnos, ora diurnos e nocturnos, ora em horários exclusivamente ou em grande parte nocturnos, o que desregula o biorritmo do trabalhador e tem repercussões tanto a nível fisiológico como em termos familiares e sociais.

A penosidade que geralmente se atribui ao trabalho nocturno já está, portanto, contemplada no âmbito da que é atribuída ao trabalho por turnos.

Daí que, por regra, o subsídio de turno já incluía a retribuição especial por trabalho nocturno.

E daí também que no Acórdão do STJ, de 23/6/99 (Recurso de Revista n.º 362/99-4ª Secção) se tenha decidido que *“quando o trabalho por turnos cair ao domingo e feriado ou em período nocturno, esse trabalho, por ser normal, não constitui trabalho suplementar ou nocturno, não dando direito a receber mais que a retribuição por dia de trabalho e o subsídio de turno.”*

O mesmo entendimento é sustentado pela doutrina. Francisco Liberal Fernandes, em comentário ao art. 27º do DL 409/71, afirma que os IRCTs consagram normalmente uma retribuição complementar para o trabalho por turnos rotativos. Por isso, quando, no âmbito do regime de rotação, os turnos abrangem o período compreendido entre as 20h e as 7h do dia seguinte não é devido o acréscimo de retribuição previsto no art. 30º da LDT para o trabalho nocturno [1].

O mesmo sustenta Pedro Romano Martinez em nota ao art. 188º do Código do Trabalho Anotado na qual afirma que o trabalhador por turnos que preste serviço em período nocturno tem direito ao pagamento de retribuição especial pelo trabalho realizado nesse período, excepto se lhe for atribuído subsídio de turno, o qual exclui a obrigação de pagamento daquela retribuição (Sublinhados nossos).

É certo que a cláusula 33^a, n.º 2 do CCT do Comércio Retalhista do Distrito de Setúbal, publicado no BTE, I Série, n.º 29, de 8/8/1996, aplicável à relação de trabalho existente entre a recorrente e cada um dos referidos trabalhadores, por força da PE, publicada no BTE, I Série, n.º 40, de 29/10/1999, estabelece que o trabalho nocturno será pago com um acréscimo sobre a remuneração normal de 25% até às 21 horas e de 50% das 21 às 7 horas. Contudo, o disposto nessa cláusula constitui o regime regra, ou seja, o regime aplicável aos trabalhadores que geralmente trabalham em período diurno, ou que trabalhem em regime de turnos fixos, não contemplando, em nossa opinião, aos trabalhadores que trabalhando em regime de turnos rotativos, prestem serviço em período nocturno.

De qualquer forma, mesmo que se defenda que o subsídio por trabalho nocturno também é devido aos trabalhadores que prestem serviço, em regime de turnos rotativos, em virtude da referida cláusula não fazer qualquer distinção, mesmo assim entendemos que a arguida não devia ter sido condenada, neste caso.

É certo que se provou que a arguida não pagava subsídio por trabalho nocturno aos referidos trabalhadores, mas esse facto, só por si, não é suficiente para concluir, como concluiu a sentença recorrida, que a arguida cometeu a contra-ordenação de que foi acusada. Basta que a retribuição base e o subsídio de turno que os mesmos auferiam - claramente superiores aos previstos no CCT aplicável, como resulta do mapa anexo ao auto de notícia e dos recibos juntos a fls.131 e segs. - tenham sido estabelecidos, como a arguida alegou, atendendo à circunstância de parte do trabalho dever ser prestado em período nocturno, para se ter de concluir que, a final, a recorrente não se encontrava obrigada a pagar subsídio por trabalho nocturno, em relação a nenhum dos referidos trabalhadores.

É essa a jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça, que no seu Ac. de 23/7/1999, publicado nos Acórdãos Doutriniais 458º, 292, decidiu que a entidade patronal pode estabelecer com os seus trabalhadores o valor da remuneração base ou do subsídio de turno atendendo à circunstância de o trabalho dever ser prestado à noite, ou seja, levando em consideração a maior penosidade do trabalho (ou parte do trabalho) ser prestado em período nocturno. E o art. 257º, n.º 3, al. c) do Código do Trabalho veio consagrar esse mesmo entendimento, ao estabelecer que o acréscimo de 25% previsto no n.º 1 não se aplica ao trabalho prestado durante o período nocturno, quando a retribuição tenha sido estabelecida atendendo à circunstância de o trabalho

ser prestado em período nocturno.

É certo que não se provou que a arguida, aquando da contratação dos referidos trabalhadores, tenha estabelecido os valores da remuneração base e do subsídio de turno, claramente acima do previsto na contratação colectiva aplicável, tendo em consideração a maior penosidade do trabalho nocturno, mas isso não significa que tal não tenha acontecido. Quando determinado elemento de facto não resulta provado, isso não quer dizer que o mesmo não tenha ocorrido, mas tão somente que não se provou, por falta ou insuficiência de prova. Nada mais que isso.

O facto de a arguida não ter apresentado prova de que a maior penosidade do trabalho nocturno tinha sido levada em consideração no estabelecimento do subsídio de turno não deve sujeitá-la às consequências desfavoráveis da falta de prova. Isto porque, em processo penal, o princípio da presunção de inocência é também um princípio de prova, segundo o qual um *non liquet* na questão da prova deve ser sempre valorado a favor e não contra o arguido ^[2].

Como o arguido se presume inocente não se lhe exige actividade probatória alguma em ordem a comprovar a *verdade interina* do processo, tendo em conta que se tal lhe fosse exigido se lhe estaria a impor um encargo às vezes de impossível realização. Por isso pode dizer-se que incumbe à acusação a prova dos factos que lhe imputa e de todos os elementos de facto necessários à sua condenação.

Quer isto dizer que ao constatar-se pelos elementos juntos aos autos que a retribuição base e o subsídio de turno que a arguida pagava aos seus trabalhadores eram claramente superiores aos previstos no CCTV e que, segundo alegação da recorrente, isso sucedia por causa de parte do trabalho ser prestado em período nocturno, cabia ao IDICT (na fase administrativa) e ao M^oP^o (na fase da impugnação judicial) averiguar e apurar se tal sucedia, efectivamente, por causa de parte do trabalho ser prestado em período nocturno. E só se conseguissem demonstrar que tais prestações salariais nada tinham a ver com o facto de parte do trabalho ser prestado à noite, é que deviam imputar à arguida a contra-ordenação que lhe imputaram. E o mesmo devia ter sucedido no tribunal *a quo*. Como isso não sucedeu, não se conseguiu ilidir a presunção de inocência da arguida.

Ora, não tendo a acusação conseguido ilidir a presunção de inocência da arguida, não podia o tribunal condená-la pela prática da contra-ordenação que o IDICT e o M^oP^o lhe imputaram.

Procedem, assim, as conclusões do recurso interposto pela arguida.

IV. DECISÃO

Em conformidade com os fundamentos expostos, concede-se provimento ao recurso e, em consequência, decide-se:

1. Revogar a sentença recorrida, na parte impugnada;
2. Absolver a recorrente da contra-ordenação que lhe foi imputada e da coima que lhe foi aplicada na sentença recorrida.

Sem custas, por delas estar isento o M^ºP^º.

Lisboa, 2 de Novembro de 2005

Ferreira Marques

Maria João Romba

Paula Sá Fernandes

[1] Cfr. Comentário às Leis da Duração do Trabalho, Coimbra Editora, pág. 85.

[2] Cfr. Germano Marques da Silva, Curso de Processo Penal II, 3^a edição.
