

A LIBERDADE DAS PARTES NA FIXAÇÃO DAS CONDIÇÕES MÍNIMAS DE TRABALHO

Margarida Porto Figueiredo

Jurista, Direcção dos Serviços de Assuntos de Justiça, Governo da RAEM

Sumário: A protecção do trabalhador, enquanto parte, por regra, mais débil da relação laboral, varia de ordenamento em ordenamento jurídico, consoante a política legislativa, o funcionamento da economia e do mercado, o desenvolvimento e o grau de maturação da sociedade e das concepções sociais vigentes.

A Lei n.º 7/2008 assume-se como uma lei protectora do trabalhador, que pretende estabelecer condições mínimas de trabalho. No entanto, ao mesmo tempo que consagra o princípio do tratamento mais favorável do trabalhador enquanto critério de aplicação de normas, permite que, em diversos casos e em matérias da maior importância, a vontade do trabalhador seja, só por si, suficiente para afastar a aplicação das normas legais ou que a regulação de muitos aspectos relativos às condições de trabalho seja feita por acordo das partes ou tão só pelo empregador. Analisamos, no presente artigo, vários desses casos, extraíndo deles algumas conclusões, nomeadamente quanto à extensão do princípio do tratamento mais favorável no ordenamento jurídico da RAEM.

Palavras-chave: condições mínimas de trabalho; protecção do trabalhador; princípio do tratamento mais favorável; liberdade das partes; consentimento do trabalhador; poder regulamentar do empregador.

A relação de trabalho é uma relação por natureza particularmente sensível, atendendo aos interesses que estão contrapostos. De um lado o empregador, com

interesses economicistas, que procura o maior lucro, reduzindo ao máximo os custos com os factores de produção (de entre os quais os gastos com o pessoal), e, do outro, o trabalhador, para quem o trabalho é, as mais das vezes, a sua única fonte de rendimento, precisando dele para a sua sobrevivência e a da sua família, e para quem a prestação a que está obrigado (a sua força de trabalho) implica um envolvimento pessoal como não acontece em mais nenhuma outra relação obrigacional.

A posição do trabalhador na relação laboral distingue-se de sobremaneira de qualquer outra relação jurídica, na medida em que o trabalhador, quando se vincula ao empregador, não se obriga a uma prestação de carácter meramente patrimonial, antes obriga a sua própria pessoa, disponibilizando o seu tempo e a sua força e condição física e psíquica ao serviço do empregador. O trabalho assume na vida do trabalhador um papel vital, não só por ser um meio de sustento, mas também pelo tempo que toma na sua vida, com reflexos na esfera pessoal e familiar, representando ainda para o trabalhador um meio de realização pessoal. “A chamada «mão-de-obra» será, decerto, um factor produtivo, a conjugar com os demais no todo que é a empresa. Mas, antes e acima disso, a mão-de-obra são *peçoas* – é que, como alguém certa vez observou, o trabalho não existe, o que existe são pessoas que trabalham...”¹.

Salvo casos pontuais de escassez de mão-de-obra em determinados sectores de actividades ou de trabalhadores com especiais qualificações, que levam a que os trabalhadores assumam uma posição de preponderância ou pelo menos de paridade na relação, por regra a relação laboral é uma relação estruturalmente desequilibrada, em que o trabalhador aparece como a parte mais débil, perante um empregador que detém os meios de produção e poderes de autoridade que colocam o trabalhador numa posição de sujeição jurídica. A necessidade do trabalhador de prestar trabalho em troca de um salário, num mercado que, de uma forma geral, carece mais de postos de trabalho do que de mão-de-obra, torna o trabalhador mais vulnerável e sujeito a aceitar as condições que lhe sejam impostas pelo empregador, ainda que sob a aparência da prévia negociação, mesmo que tais condições tenham repercussões negativas na sua pessoa.

Esta debilidade e dependência do trabalhador explicam a razão pela qual historicamente a relação de trabalho passou a ser regulada, pelo menos em parte, por normas legais distintas das normas reguladoras dos contratos privados em geral, que limitam a liberdade contratual das partes e fixam condições mínimas de trabalho. Se assim não for, a sujeição da relação laboral no seu todo às regras do direito civil e, mais concretamente, do direito das obrigações, com normas

1 João Leal Amado, *Contrato de Trabalho – Noções Básicas*, Coimbra Editora, Coimbra, 2015, pág. 22.

criadas no pressuposto da existência de igualdade entre as partes, dá lugar a uma relação materialmente desigualitária, em que a autonomia das partes equivale, na prática, à vontade do empregador.

As normas de natureza laboral têm como fim dar uma protecção ao trabalhador, que, de outra forma, ao abrigo das normas gerais reguladoras dos contratos, o mesmo não teria. Protecção que varia de ordenamento em ordenamento jurídico, consoante a política legislativa, o funcionamento da economia e do mercado, o desenvolvimento e o grau de maturação da sociedade e das concepções sociais vigentes, não sendo, nem devendo ter o direito laboral a pretensão de ser imutável, mas estando em constante adaptação à realidade económica e social da sociedade que regula.

Esta necessidade de constante adaptação da legislação laboral encontramos reflectida, no ordenamento jurídico da RAEM, desde logo na Lei Básica, cujo art. 115.º, n.º 1 atribui à RAEM competência para definir, por si própria, a sua política laboral e para aperfeiçoar as suas leis de trabalho, esclarecendo que tal deve ser feito “de harmonia com a sua situação de desenvolvimento económico”.

Por sua vez, a Lei de Bases da Política de Emprego e dos Direitos Laborais (Lei n.º 4/98/M, de 27 de Julho) dispõe que “a política de emprego assenta na manutenção da estrutura económica, no regular funcionamento do mercado, no respeito dos direitos dos trabalhadores e no reconhecimento do valor social do trabalho”, devendo “ser coordenada com as demais políticas socioeconómicas, na prossecução dos objectivos” enunciados na lei (art. 2.º, n.ºs 1 e 3). Como sublinha o parecer n.º 1/III/2008 da 3ª Comissão Permanente da Assembleia Legislativa da RAEM, elaborado no âmbito da discussão na Assembleia daquela que veio a ser a Lei n.º 7/2008 (Lei das relações de trabalho), “da diversidade dos fundamentos legalmente enunciados na Lei de Bases, sobressai a linha de força subjacente a toda a ordem jurídica do trabalho que é a existência de uma tensão permanente entre a vertente económica do trabalho, encarado enquanto mero factor de produção numa sociedade capitalista, e a vertente social do trabalho, que ultrapassa a sua natureza económica e lhe atribui um papel relevante na sociedade enquanto fonte de realização pessoal e de sustento do indivíduo e da família. Cabe aos poderes públicos a procura do equilíbrio entre estas duas vertentes, na tentativa de alcançar o primeiro dos objectivos da política de emprego que é «fomentar o desenvolvimento sustentado da economia e a justiça social» [artigo 6.º, alínea a), da Lei n.º 4/98/M, de 27 de Julho]”².

A Lei de Bases da Política de Emprego e dos Direitos Laborais estabelece, assim, as bases da política de emprego e dos direitos laborais no ordenamento jurídico de Macau, concretizando a Lei n.º 7/2008 essas mesmas políticas. E é da

2 In <http://www.al.gov.mo/lei/leis/2008/07-2008/parecer.pdf>, pág. 5.

análise à Lei n.º 7/2008, numa perspectiva de conjunto, que se poderá definir o grau de protecção que o legislador pretendeu conceder ao trabalhador, que interesses e valores fundamentais quis proteger e quais foram os critérios que encontrou e que entendeu serem adequados para a realidade actual, por forma a conseguir o ponto de equilíbrio entre as referidas vertentes económica e social do trabalho.

A Lei n.º 7/2008 assume-se, como lei laboral que é, como uma lei protectora do trabalhador. No entanto, é uma lei que, através de algumas das suas normas, aparenta conferir uma protecção ao trabalhador maior do que aquela que efectivamente concede. Por um lado, assume-se como estabelecendo as condições mínimas de trabalho, limitando a liberdade das partes na conformação da relação de trabalho e o poder regulamentar do empregador (atendendo à posição mais débil do trabalhador na relação e ao enfraquecimento do seu poder de negociação), mas, por outro, em várias ocasiões e sobre matérias da maior importância, refere expressamente a possibilidade de o disposto na lei poder ser afastado por acordo das partes, como se as razões que estão na base da fixação de condições mínimas já não existissem, ou abstém-se simplesmente de regular, deixando nas mãos do empregador essa função.

Contrariamente ao DL n.º 101/84/M, de 25 de Agosto (art. 1.º), a Lei n.º 7/2008 não tem um artigo inicial que consagre de forma expressa que o seu objectivo é definir condições mínimas e básicas a ser respeitadas e observadas nas relações de trabalho.

No entanto, através de algumas “normas chave”, a Lei n.º 7/2008 toma também como seu o objectivo supra referido. Essas “normas chave” são normas que dizem respeito à articulação entre a lei, o regulamento de empresa e o contrato de trabalho e que permitem, através da sua interpretação, definir em que medida é que as normas legais podem ou não ser derogadas por outros instrumentos de regulação das condições de trabalho.

O entendimento do modo como os instrumentos de regulação das condições de trabalho se articulam entre si e a hierarquia entre eles é absolutamente fulcral para aferir o nível de protecção dos trabalhadores e o cumprimento dos objectivos a que a lei se propõe. Como refere José Andrade Mesquita, “a classificação das regras laborais revela uma complexidade maior do que noutros ramos do Direito. Isto deve-se à forma através da qual o legislador equilibra a defesa dos trabalhadores com a tutela dos interesses públicos e, também, com a salvaguarda dos empregadores. A classificação das regras torna-se importante para que se possa compreender o âmbito deixado às várias fontes e aos contratos individuais. Nomeadamente, é decisivo conhecer os diversos tipos de normas quando se pretende avaliar a relação material entre várias fontes, complementando a mera



ordenação formal (...)”³.

Quer isto dizer que não basta, para aferir o grau de tutela jurídica do trabalhador, reconhecer a consagração na lei de diversos direitos e garantias do trabalhador ou de obrigações ou limites ao poder do empregador, uma vez que o direito do trabalho não se limita a dar relevância à ordenação formal na hierarquia das normas que o regulam. Essencial é saber de que forma é que esses direitos, garantias, obrigações e limites consagrados na lei se impõem à autonomia da vontade das partes. E para tal importa descortinar qual a natureza das normas legais. Independentemente do número de normas de cariz protectivo existentes na lei, apenas a determinação da sua natureza absolutamente imperativa, relativamente imperativa, dispositiva ou supletiva permite concluir o grau efectivo de tutela do trabalhador e a aplicação prática do regime consagrado.

Com efeito, a necessidade que o trabalhador tem em trabalhar, a dependência económica em que as mais das vezes se encontra relativamente ao empregador, fazem com que o mesmo não tenha verdadeiramente liberdade para negociar em pé de igualdade com o empregador, sujeitando-se, como tal, à vontade deste. Daí que o maior ou menor poder de conformação da relação de trabalho por parte do empregador ou do empregador e do trabalhador, através de acordos, em detrimento da imposição legal de condições mínimas, tenha muita influência, na prática, no nível de protecção do trabalhador.

Importa, assim, para a análise do regime de tutela consagrado na Lei n.º 7/2008, atender desde logo aos artigos 14.º e 5.º da lei, que respeitam, respectivamente, à relação entre a lei e o contrato de trabalho (à relação entre as normas legais e as normas contratuais) e à relação entre o regulamento de empresa e a lei ou o contrato de trabalho.

No que toca ao art. 14.º, prevê o seu n.º 2 que os empregadores e os trabalhadores podem acordar cláusulas contratuais que disponham de modo diferente da lei, “desde que da sua aplicação não resultem condições de trabalho menos favoráveis para os trabalhadores”. E acrescenta o n.º 3 que estabelecendo as cláusulas contratuais condições menos favoráveis ao trabalhador, são as mesmas consideradas inexistentes.

Os n.ºs 2 e 3, que constituem uma limitação à autonomia da vontade das partes, no sentido em que a lei não lhes permite derrogar as suas normas quando essa derrogação for em sentido menos favorável para o trabalhador, consagram um princípio clássico do direito laboral, o princípio do tratamento mais favorável ao trabalhador (ou princípio do *favor laboratoris*).

Muito já se escreveu sobre o princípio do tratamento mais favorável (não é para menos, sendo um princípio basilar do direito do trabalho) e muito diferentes

3 *Direito do Trabalho*, 2ª Edição, AAFDL, Lisboa, 2004, pág. 254.

têm sido as formas de o compreender, o alcance que lhe é atribuído e a aceitação das suas diversas manifestações ou planos.

Nas palavras de Bernardo Lobo Xavier, enunciando o princípio, “o *favor laboratoris* tem sido invocado para defender a aplicação, em cada caso, da norma ou solução normativa que se verifique ser mais favorável para o trabalhador”. E distingue: “no plano da interpretação, do princípio do tratamento mais favorável decorreria que na dúvida sobre o sentido da lei deverá optar-se por aquele que seja mais benéfico para o trabalhador. No plano da hierarquia das normas, o mesmo princípio significaria que as normas de mais alto grau valem como estabelecendo mínimos, podendo ser derogadas por outras subalternas desde que mais favoráveis para o trabalhador. Na aplicação no tempo, este princípio mandaria aplicar imediatamente todas as regras do trabalho, no pressuposto de que, havendo um constante progresso social, as novas normas são mais favoráveis para o trabalhador, conservando este, em certa medida, as regalias adquiridas à sombra de normas anteriores”. Mas acrescenta: “sendo inegável a relevância do princípio do tratamento mais favorável para o trabalhador, é necessário introduzir-lhe assinaláveis precisões e limitações, sem as quais se ficará com uma ideia falseada do possível campo de aplicação desse mesmo princípio”⁴.

É um princípio que, sendo considerado historicamente importantíssimo (e mesmo decisivo) para o desenvolvimento e maturação do direito laboral, para a consolidação dos direitos e garantias dos trabalhadores e para a obtenção de um maior equilíbrio entre as partes na relação, não se manifesta, no entanto, em todos os ordenamentos jurídicos com a mesma amplitude e com a mesma intensidade, nem abdica, para o seu entendimento, do contexto legislativo, político, social e económico no qual é invocado. O princípio do tratamento mais favorável é como o próprio direito do trabalho, “o produto de um compromisso dinâmico entre uma exigência económica (optimizar a capacidade produtiva da força de trabalho), uma exigência social (dominar os riscos que fazem com que os trabalhadores mergulhem na insegurança) e uma exigência política (garantir a coesão da sociedade sob a égide do Estado)”⁵.

O princípio do tratamento mais favorável existe com a extensão e com a intensidade que as fontes do direito laboral de cada ordenamento jurídico atribuírem ao princípio⁶. Não há, necessariamente, uma obrigação de os

4 *Manual de Direito do Trabalho*, 2ª Edição, Verbo, Lisboa, 2014, págs. 292 e 293.

5 Robert Castel, “Droit du Travail: redéploiement ou refondation?”, *Droit Social*, 1999, pág. 348, *apud* Júlio Gomes, *Direito do Trabalho, Volume I, Relações Individuais de Trabalho*, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, pág. 24, nota 42.

6 Se tomarmos como exemplo o caso português, com doutrina com posicionamentos bem distintos sobre praticamente todos os aspectos do direito do trabalho (como refere Júlio Gomes, *Direito*

ordenamentos jurídicos consagrarem que no conflito de normas prevalece sempre aquela que consagra um tratamento mais favorável ao trabalhador. Como também não tem necessariamente de se encontrar em todos os ordenamentos jurídicos manifestações do princípio do tratamento mais favorável como critério de interpretação da lei⁷. Cabe “a cada Direito historicamente localizado definir, através das suas regras, os objectivos ou os valores a prosseguir”⁸.

Como tal, em cada ordenamento jurídico ter-se-á, antes de mais, de procurar com que sentido, em que plano e com que extensão foi consagrado o princípio do tratamento mais favorável e para tanto é essencial atender às suas fontes normativas e, concretamente, à lei.

Regressando ao art. 14.º, o mesmo consagra então o princípio do tratamento mais favorável como critério de aplicação da lei, no conflito entre normas legais

do Trabalho..., págs. 15 e 16, “no direito do trabalho é difícil manter a pretensão, tão cara a alguns juristas, da neutralidade científica. (...) No direito do trabalho a máscara da neutralidade é diáfana e desfaz-se a cada instante. Consoante se perfilhe esta ou aquela visão do homem, do valor do seu trabalho, do mercado, consoante os valores que são tidos como fundamentais, tender-se-á concomitantemente a defender-se esta ou aquela posição”), é visível que os autores assentam e fundamentam o seu entendimento sobre a manifestação do princípio do tratamento mais favorável no ordenamento jurídico português nas suas fontes e, muito concretamente, na lei. Isso tornou-se muito notório aquando do Código do Trabalho de 2003 (Lei n.º 99/2003, de 27 de Agosto) e do seu art. 4.º, que, contrariamente à legislação precedente, consagrou a regra de as normas legais poderem ser afastadas por instrumento de regulamentação colectiva de trabalho (com excepção do regulamento de condições mínimas), fosse em sentido mais ou menos favorável ao trabalhador. Esta mudança de paradigma representou para muitos autores “um rude golpe no princípio do tratamento mais favorável”, “um golpe no “coração” do próprio direito do trabalho português” (João Reis, “Princípio do tratamento mais favorável e da norma mínima”, Para Jorge Leite, Escritos Jurídico-Laborais, Volume I, Coimbra Editora, Coimbra, 2014, pág. 856).

- 7 Sem prejuízo de autores com entendimento contrário, veja-se Bernardo Lobo Xavier, Manual de Direito do Trabalho..., pág. 299, que refere “é exacto que, na realidade, o sentido geral das normas de trabalho tem sido o de proteger o trabalhador. Simplesmente, do facto de as normas do trabalho funcionarem, em regra, para proteger o trabalhador não se extrai qualquer princípio de interpretação com aplicação prática. Basta pensar que nas leis de trabalho se encontram também as fontes de legitimação dos poderes patronais (v.g., poder regulamentar, directivo e disciplinar)”. Também no sentido de negar a consagração do princípio do tratamento mais favorável no ordenamento jurídico português enquanto critério de interpretação de normas, Pedro Romano Martinez, “Interpretação e aplicação de normas laborais (Revisitação do favor laboratoris: ativismo jurídico versus segurança jurídica)”, Estudos dedicados ao Professor Doutor Bernardo da Gama Lobo Xavier, Volume III, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2015, págs. 247 a 249 e Luís Manuel Menezes Leitão, Direito do Trabalho, 4ª Edição, Almedina, Coimbra, 2014, págs. 93 e 94.
- 8 António Menezes Cordeiro, “O princípio do tratamento mais favorável no Direito do Trabalho actual”, *Direito e Justiça*, Volume III (1987-1988), Universidade Católica Portuguesa, pág. 133.



e normas contratuais. E dos seus n.ºs 2 e 3 decorre uma conclusão importante. A de que o legislador reconhece que o empregador e o trabalhador não se encontram em posição de igualdade, pelo que no que respeita às condições mínimas de trabalho, a lei deve impor-se (atendendo apenas a este preceito, dir-se-ia, sempre) no sentido de fixar o patamar mínimo de protecção do trabalhador. Decorre da norma o entendimento de que o trabalhador não está em condições de, de forma livre e autónoma, fixar condições de trabalho que sejam justas e equilibradas no contexto da sua relação de trabalho. E, como tal, as normas legais, no confronto com as normas contratuais, assumem uma natureza relativamente imperativa (de imperatividade relativa), só permitindo o seu afastamento quando as normas contratuais prevejam condições iguais (no sentido de igualmente benéficas) ou mais favoráveis ao trabalhador.

E esta opção é clara, sobretudo se tivermos em conta que esta norma foi alvo de alterações relativamente à sua versão original. A 1ª versão da proposta de lei previa que, não obstante os empregadores e os trabalhadores devessem, ao celebrar os contratos de trabalho, observar os critérios legais mínimos, poderiam, nas situações em que a lei autorizasse, não observar esses critérios (art. 2.º, n.º 1). Entendeu-se, porém, eliminar as limitações ao princípio do tratamento mais favorável que constavam da versão original da proposta de lei. Ora, este recuo evidenciou uma opção (que pareceria clara) do sentido que se pretendeu dar ao direito do trabalho no ordenamento jurídico da RAEM, representando “uma consolidação do papel do Direito do Trabalho enquanto instrumento de protecção dos trabalhadores”⁹.

No entanto, esta tomada de posição quanto à necessidade de tutela do trabalhador pela lei na fixação das condições mínimas de trabalho, que aparenta ser uma posição de princípio, é contrariada por opções legislativas tomadas em diversas matérias. Tendo-se consagrado um princípio nos n.ºs 2 e 3 do art. 14.º que se esperava que tivesse reflexos em toda a extensão da lei, o certo é que em matérias fundamentais estreitamente ligadas à dignidade humana do trabalhador a lei descurou essa tutela mínima. Ou permitiu que essas condições mínimas fossem alteradas por acordo entre empregador e trabalhador ou permitiu que o trabalhador prescindisse dessas condições.

É o caso do descanso semanal. Prevê o art. 42.º, n.º 1 o direito do trabalhador a gozar de um período de descanso remunerado de vinte e quatro horas consecutivas por semana. No entanto, o n.º 2 prevê a possibilidade de o

9 Parecer n.º 1/III/2008 da 3ª Comissão Permanente da Assembleia Legislativa da RAEM, pág. 13. Não obstante ter sido uma matéria sem consenso no âmbito da Comissão Permanente, para o efeito do papel que se quis atribuir ao direito do trabalho e da definição das suas linhas orientadoras, releva a solução que foi efectivamente adoptada.



gozo do período de descanso não ter a frequência semanal em caso de acordo das partes ou quando a natureza da actividade da empresa o torne inviável, casos em que o trabalhador tem direito a gozar um período de quatro dias de descanso remunerado por cada quatro semanas.

Ora, o descanso semanal é, a par da limitação do período normal de trabalho, das férias, dos intervalos de descanso, um direito que corresponde a uma necessidade fundamental na vida do trabalhador. O descanso semanal permite que o trabalhador recupere do desgaste físico e psíquico do trabalho realizado durante a semana, só assim conseguindo manter o seu nível de produtividade no trabalho e assegurar, em simultâneo, as condições de segurança necessárias para a sua pessoa, para terceiros e mesmo para a empresa. Permite que, por um período mais largo que o tempo de descanso diário, o trabalhador recupere a auto-disponibilidade, aproveitando o tempo para se dedicar à sua vida pessoal e familiar, podendo, enquanto ser social que é, conviver, cultivar-se, dedicar-se aos outros e ao mundo que o rodeia.

Não nos podemos esquecer que o homem-trabalhador encarna sempre estas duas dimensões: a do trabalhador, que, enquanto tal, tem a sua disponibilidade ao serviço do empregador, e a do homem, que dispõe com autonomia do seu tempo. E é forçoso que haja um equilíbrio entre estas duas dimensões, equilíbrio esse que, pelos motivos já anteriormente referidos, não pode ficar entregue à autonomia das partes.

Não é por acaso que o direito ao descanso vem desde há muito consagrado em importantes instrumentos internacionais, que têm, inclusive, aplicação na RAEM, como é o caso da Convenção n.º 14 da OIT, relativa à aplicação do descanso semanal nos estabelecimentos industriais (modificada pela Convenção relativa à revisão dos artigos finais, de 1946) e do Pacto Internacional sobre os Direitos Económicos, Sociais e Culturais, tendo sido também assumido pela Lei de Bases da Política de Emprego e dos Direitos Laborais como uma política a levar a cabo no âmbito dos direitos laborais, ao dispor que todos os trabalhadores têm direito ao descanso semanal (art. 5.º, n.º 1, al. e)).

A Lei n.º 7/2008 veio introduzir a possibilidade de o gozo do período de descanso poder não ser semanal por acordo das partes e não apenas por motivos ligados à natureza da actividade da empresa (ou à natureza do sector de actividade, como previa anteriormente o DL n.º 24/89/M), retrocedendo na tutela do trabalhador.

A norma do n.º 2 do art. 42.º permite, no limite, que, por acordo entre empregador e trabalhador, o trabalhador esteja um mês menos quatro dias a trabalhar sem usufruir de qualquer dia de descanso, o que parece manifestamente excessivo e atentatório dos propósitos do descanso semanal. A redacção da norma sugere, ainda para mais, não terem de ser esses acordos celebrados apenas para

circunstâncias pontuais, podendo valer por tempo prolongado, daí que o legislador faça na parte final do n.º 2 referência ao direito a gozar o período de descanso num espaço de quatro semanas¹⁰.

Poder-se-á dizer que essa opção tem o consentimento do trabalhador, que, como pessoa autónoma, deve ter a liberdade de decidir nesse sentido. Acontece que no plano laboral essa liberdade é as mais das vezes aparente. E nestas matérias que se prendem intimamente com a dignidade do trabalhador e que têm preocupações humanitárias a elas associadas, o direito laboral, como direito de interesse e ordem pública que é, não deve ceder e abrir mão da imperatividade das suas normas¹¹.

Mas o legislador foi mais longe e permitiu que o trabalhador possa (voluntariamente)¹² solicitar a prestação de trabalho em dia de descanso semanal e que, tendo em virtude disso, direito a um dia de descanso compensatório, possa não o gozar e receber em troca um acréscimo de remuneração. Essa troca de descanso compensatório por um acréscimo de remuneração não está sujeita a qualquer exigência, podendo decorrer da iniciativa do trabalhador ou de acordo entre o trabalhador e o empregador, fazendo com que, na prática, o trabalhador possa não gozar de nenhum dia de descanso semanal.

Como refere Teixeira Garcia, a propósito do art. 17.º, n.º 5 do DL n.º 24/89/M, a norma que dá ao trabalhador a faculdade de trabalhar em dia de descanso semanal “permite que a regra do descanso semanal seja, na prática, esvaziada de conteúdo, permitindo deste modo abusos, deixando entrar pela janela aquilo que proibiu que entrasse pela porta. É que, não se pode esquecer, as razões que estão na base da instituição do descanso semanal são de tal modo prementes que devem ser impostas ao próprio trabalhador, retirando-lhe a possibilidade de sobre ele transaccionar”¹³.

Outro caso em que o legislador deixou nas mãos das partes a possibilidade

10 A redacção da norma também sugere (tal como a redacção do art. 18.º do DL n.º 24/89/M, embora em moldes diferentes) que os quatro dias de descanso remunerado sejam seguidos, atendendo à referência a “um período” de descanso remunerado de quatro dias, o que não garante o necessário descanso que com mais constância deve ser dado ao trabalhador.

11 Mesmo a previsão de o gozo do período de descanso poder não ser semanal quando a natureza da actividade da empresa o torne inviável levanta-nos muitas dúvidas. Temos dificuldade em imaginar situações em que tal se justifique. Porque se a ideia do legislador é a de abranger aqui os casos em que o empregador tem uma empresa com laboração contínua e, como tal, tem sempre necessidade de ter trabalhadores ao seu serviço, essa situação é resolvida com recurso ao trabalho por turnos, que não justifica, por si só, a limitação ao direito ao descanso semanal.

12 O advérbio “voluntariamente” é desnecessário.

13 “Lições de Direito do Trabalho (II Parte)”, Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Macau, Ano XII, n.º 25, 2008, págs. 186 e 187.

de, por acordo, definirem ou alterarem condições mínimas de trabalho foi na alteração da retribuição.

Não obstante o art. 10.º, al. 5) consagrar o princípio da irredutibilidade do salário, dispondo que é proibido ao empregador “diminuir a retribuição de base do trabalhador”, na mesma alínea acrescenta, “salvo os casos previstos na lei”. E nos casos previstos na lei aparece o acordo escrito entre as partes (art. 59.º, n.º 5), que não depende de quaisquer circunstâncias objectivas e devidamente justificadas¹⁴.

Curiosamente a Lei n.º 7/2008, que reforçou, de um modo geral, a protecção ao trabalhador relativamente ao DL n.º 24/89/M, nesta matéria retrocedeu. Se anteriormente a diminuição de retribuição estava dependente não só de acordo mas também de autorização do Gabinete para os Assuntos de Trabalho (art. 9.º, n.º 1, al. d) do DL n.º 24/89/M), nos termos do art. 59.º, n.º 5 da Lei n.º 7/2008, basta haver acordo das partes e posterior comunicação à DSAL, para efeitos de fiscalização. Sendo certo que, não estando a diminuição da retribuição por acordo dependente da verificação de quaisquer circunstâncias, a DSAL apenas se limitará a aferir se o consentimento foi livremente prestado, com o que de difícil tem essa verificação¹⁵.

Ora, a possibilidade que o legislador concede às partes de reduzirem por acordo a remuneração de base, em termos práticos faz cair por terra a aplicação do princípio da irredutibilidade do salário. O trabalhador não está em condições de negociar com o empregador, nem tem a liberdade de se recusar a aceitar uma proposta de redução do salário que o empregador lhe faça. A pressão que sente em agradar ao empregador por forma a assegurar o seu emprego levam-no a acordar nos termos que lhe forem propostos. Tanto mais quanto a lei laboral de Macau consagra um regime de cessação de contrato de trabalho flexível, que permite a resolução do contrato sem justa causa por iniciativa do empregador (que, ainda que sujeita ao pagamento de uma indemnização, pode compensar)¹⁶. Como é sabido, a maior ou menor rigidez do regime da cessação do contrato de trabalho tem repercussões na forma como o trabalhador manifesta a sua vontade

14 Outros casos são os previstos no DL n.º 43/95/M, de 21 de Agosto.

15 João Leal Amado qualifica a resposta à questão de saber quais são os casos previstos na lei em que é admitida a diminuição da remuneração de base como “um tanto ou quanto desconcertante”, in “A retribuição e a Lei das Relações de Trabalho de Macau: hesitações e convicções de um jurista lusitano”, Formação Jurídica e Judiciária – Colectânea, Tomo VII, Centro de Formação Jurídica e Judiciária, 2013, pág. 215.

16 No mesmo sentido, João Leal Amado, “A retribuição e a Lei das Relações de Trabalho de Macau...”, pág. 233: “esta falta de tutela da estabilidade do posto de trabalho, na justa medida em que precariza o emprego e acentua a fragilidade da posição do trabalhador, torna mais imperiosa a necessidade de cautela em relação, por exemplo, à prescrição do direito à remuneração (...) ou à garantia da irredutibilidade da mesma”.



no decurso da relação laboral e reclama os seus direitos. Quanto maior facilidade existir na cessação do contrato por iniciativa do empregador, menor liberdade sentirá o trabalhador para defender os seus interesses (na pendência da relação).

É certo que no art. 70.º, n.º 7, o legislador salvaguardou a situação de diminuição da remuneração de base ter tido como fim pagar uma indemnização mais baixa no momento da resolução do contrato sem justa causa por iniciativa do empregador, prevendo que, se essa resolução se verificar antes de decorridos dois anos desde a comunicação à DSAL a indemnização é calculada com base no montante da remuneração de base auferida pelo trabalhador antes do acordo. No entanto, esta norma apenas salvaguarda uma hipótese, não afastando a preocupação atrás manifestada.

Citando João Leal Amado, ao referir-se aos arts. 10.º, al. 5) e 59.º, n.º 5, “não parece avisado consagrar uma garantia legal do trabalhador, com foros de solenidade, a qual logo cede com o respectivo assentimento. É que, como é óbvio, a situação economicamente dependente e juridicamente subordinada do trabalhador é de molde a lançar um forte juízo de suspeição sobre a integridade do seu consentimento”¹⁷.

Idêntica conclusão se retira no caso do trabalho extraordinário.

É notório o impacto que o trabalho extraordinário tem na vida do trabalhador. Podendo ser muitas vezes aliciante para o trabalhador, pelo acréscimo que o mesmo representa na sua remuneração, é o mesmo uma limitação ao direito ao descanso a que já nos referimos.

A lei prevê a possibilidade de ser prestado trabalho extraordinário por solicitação prévia do empregador, obtido o consentimento do trabalhador, e por iniciativa do trabalhador, obtido o consentimento prévio do empregador (art. 36.º, n.º 1, als. 2) e 3)). E contrariamente ao trabalho extraordinário prestado por determinação prévia do empregador, independentemente do consentimento do trabalhador, que apenas pode ser exigido nas circunstâncias enunciadas na lei (n.º 2), naqueles dois casos a lei não faz depender a prestação de trabalho extraordinário de quaisquer circunstâncias que comprovem a necessidade do mesmo. A única limitação é mesmo a de o trabalho ter carácter extraordinário...

E o problema é tanto maior quanto é certo que a maior parte das vezes por detrás da aparência de trabalho extraordinário prestado por solicitação prévia do empregador, com o consentimento do trabalhador, ou por iniciativa do trabalhador, obtido o consentimento prévio do empregador, está a prestação de trabalho extraordinário imposto pelo empregador. Quantos trabalhadores haverá que, perante a solicitação do empregador para que preste trabalho fora do seu

17 “A retribuição e a Lei das Relações de Trabalho de Macau...”, pág. 216.

período normal de trabalho, se negarão a fazê-lo, se essa for a sua vontade? Que liberdade para recusar a prestação de trabalho extraordinário ou para declarar por escrito o seu consentimento é que tem um trabalhador que depende do seu trabalho para viver? E relativamente ao trabalho extraordinário prestado por iniciativa do trabalhador, que outra opção tem um trabalhador que recebe do seu empregador mais trabalho do que aquele ao qual o período normal de trabalho permite dar resposta?

A lei, aliás, não só deu abertura a duas situações de trabalho extraordinário facilmente manipuláveis, como ainda incentivou a sua utilização, por um lado, ao prever uma remuneração por esse trabalho prestado substancialmente inferior à auferida no âmbito do trabalho extraordinário prestado por imposição do empregador; por outro, ao não estabelecer qualquer limite máximo ao número de horas de trabalho extraordinário que o trabalhador pode prestar, sem que esteja sequer previsto, para estes casos, descanso compensatório.

Um quarto caso em que o legislador, em matéria sensível e à margem do art. 14.º, volta a permitir às partes, sem a devida tutela, acordarem num desvio à forma comum de prestação da relação de trabalho é o da isenção de horário de trabalho.

É certo que a lei começa por fixar o limite máximo do período normal de trabalho, tanto diário como semanal. Fixa-os em oito horas e quarenta e oito horas, respectivamente (art. 33.º, n.º 1), podendo em determinadas situações o período normal de trabalho diário ser superior a oito horas, respeitadas que sejam as quarenta e oito horas semanais (n.º 2). Paralelamente, a lei atribui ao empregador a competência para definir o horário de trabalho, dentro do seu poder directivo, sem prejuízo de o horário poder ser acordado pelas partes (art. 34.º). Seja como for, ainda que a carga do empregador, a definição do horário de trabalho está sempre sujeita aos períodos normais de trabalho diário e semanal, pois aquele limita-se a determinar as horas do início e do termo do período normal de trabalho diário, assim como o intervalo de descanso.

No entanto, no art. 35.º a lei prevê a possibilidade de o trabalhador não estar sujeito a horário de trabalho sempre que exerça determinados cargos (cargos de direcção, chefia e fiscalização externa), determinada actividade (trabalho doméstico) ou trabalhos em determinadas circunstâncias (trabalho em locais fora do estabelecimento de trabalho, sem controlo imediato de superior hierárquico ou trabalho académico ou de estudo sem supervisão de superior hierárquico)¹⁸.

18 Concordamos com Miguel Quental, Manual de Formação de Direito do Trabalho em Macau, Novo Regime das Relações de Trabalho, Centro de Formação Jurídica e Judiciária, 2012, pág. 252, que, perante a contradição do art. 35.º que no corpo do n.º 1 faz depender a isenção de horário de trabalho apenas de uma circunstância objectiva para depois acrescentar que a isenção depende obrigatoriamente de acordo celebrado por escrito, entende que se deverá ler o n.º 1 com

São situações muito distintas as que estão previstas como podendo dar lugar ao regime de isenção, com diferentes fundamentos, mas que são tratadas da mesma forma. E se a isenção, só por si, não teria necessariamente de se traduzir num aumento do período normal de trabalho diário ou semanal (trata-se de uma “isenção de horário de trabalho”), o certo é que a lei permite, como aliás é usual encontrar noutros ordenamentos jurídicos, que a isenção possa afastar a observância dos períodos normais de trabalho (n.º 3 do art. 35.º). E o problema é que a lei, se de um lado permite o exercício da prestação de trabalho sem observância dos períodos normais de trabalho, do outro, não só não impõe qualquer limite máximo ao número de horas de trabalho diário, semanal ou mensal (apenas refere que não pode ficar prejudicado o direito do trabalhador ao gozo do intervalo para descanso, do descanso semanal, dos feriados obrigatórios, das férias e demais garantias)¹⁹, como não prevê a obrigatoriedade de pagamento de um acréscimo de remuneração por esse esforço dos trabalhadores.

Impunha-se uma maior tutela por parte da lei, pelo menos relativamente a algumas das situações do n.º 1. Não é comparável a situação do exercício do cargo de direcção ou chefia com o trabalho doméstico. Se aquele, à partida, já conferirá uma remuneração mais elevada ao trabalhador em função do cargo, no trabalho doméstico não se adivinha que haja qualquer compensação pelo regime de isenção. Sendo certo que também a responsabilidade das funções na primeira situação pode justificar um regime de isenção em termos que o trabalho doméstico não justifica. E, também aqui, com forte probabilidade, o acordo das partes não se deveu propriamente à vontade do trabalhador doméstico em querer prestar mais horas que o limite máximo do período normal de trabalho previsto na lei...

De notar ainda que a isenção de horário de trabalho sem a observância dos períodos normais de trabalho tem como consequência o afastamento do regime do trabalho extraordinário previsto no art. 36.º, devendo essa “penalização” (que retira ao trabalhador a possibilidade de auferir um acréscimo retributivo e eventualmente descanso compensatório) ser também devidamente compensada.

O exemplo da isenção de horário de trabalho remete-nos para outro aspecto que contribui para o enfraquecimento do princípio do tratamento mais favorável previsto no art. 14.º e que não advém da abertura que a lei dá aos acordos ou ao

o sentido de que o trabalhador poderá não estar sujeito a horário de trabalho verificada alguma das situações previstas nas alíneas seguintes.

19 Não está sequer salvaguardado um número mínimo de horas de descanso diário (o que contraria a al. e) do n.º 1 do art. 5.º da Lei de Bases da Política de Emprego e dos Direitos Laborais, que consagra o direito a um limite máximo da jornada de trabalho), uma vez que não se aplica, pelo menos de forma directa, o limite do n.º 2 do art. 33.º, que se refere a uma situação específica em que existe limite máximo do período normal de trabalho.

consentimento do trabalhador em matérias fundamentais, mas da omissão na lei de aspectos essenciais da relação de trabalho, que deixa, na prática, nas mãos do empregador, através dos seus poderes directivo, regulamentar e disciplinar, a função de regulá-los ou conformá-los.

Antes de ver alguns exemplos, dos quais a falta de previsão da obrigatoriedade de o empregador pagar um acréscimo retributivo pela prestação do trabalho em regime de isenção é um deles, atentemos no art. 5.º, respeitante ao poder regulamentar do empregador.

Dispõe o n.º 1 que “dentro dos limites decorrentes da relação de trabalho e das normas que a regulamentam, o empregador tem o direito de fixar os termos em que o trabalho deve ser prestado, podendo para o efeito elaborar regulamentos de empresa contendo normas de organização e disciplina do trabalho”. Concentrados nesta norma encontramos a expressão de todas as dimensões dos poderes do empregador, o poder directivo, o poder regulamentar e o poder disciplinar. E da norma resulta que o exercício destes poderes tem como limites os que decorrem da relação de trabalho e das normas que a regulamentam.

A redacção do n.º 1 do art. 5.º não é, de todo, clara, e para essa falta de clareza contribuem dois aspectos. O primeiro tem a ver com o sentido de “dentro dos limites decorrentes da relação de trabalho”; o segundo respeita à menção aos limites das normas que regulamentam a relação de trabalho. Relativamente ao primeiro aspecto, que limites são esses que decorrem da relação de trabalho? Não são esses limites exactamente aqueles que decorrem das normas que regulamentam a relação de trabalho? Se sim, porquê a referência a esta primeira parte? E qual o sentido que o legislador pretendeu atribuir a “relações de trabalho”? O sentido que lhe atribuiu no DL n.º 24/89/M, no art. 2.º, al. c), como “todo o conjunto de condutas, direitos e deveres, estabelecidos entre o empregador e o trabalhador ao seu serviço, relacionados com os serviços ou actividade laboral prestados ou que devem ser prestados e com o modo como essa prestação deve ser efectivada” e que entendeu não fazer prever na Lei n.º 7/2008, ou o sentido que comumente lhe é dado, enquanto vínculo jurídico existente entre o trabalhador e o empregador²⁰?

Se considerarmos que o legislador pretendeu manter o sentido que deixou expresso no DL n.º 24/89/M, tendo em consideração a referência a “todo o conjunto de condutas, direitos e deveres, estabelecidos entre o empregador e o trabalhador ao seu serviço”, diríamos que nesta primeira parte do art. 5.º o legislador quis sujeitar o poder regulamentar do empregador ao respeito pelo que foi definido pelo empregador e pelo trabalhador no contrato de trabalho ou em acordos celebrados na vigência do contrato. Já quanto à referência às normas que regulamentam a relação de trabalho, não obstante as cláusulas contratuais serem também normas

20 E com que é utilizado, por exemplo, no capítulo da cessação da “relação de trabalho”.

que regulamentam a relação de trabalho (embora normas que não provêm de uma fonte de direito, atendendo a que o contrato de trabalho não é fonte), deve entender-se esta referência como sendo às outras fontes de direito do trabalho que não o próprio regulamento de empresa.

Dito isto, na interpretação que fazemos do art. 5.º, diríamos que dentro dos limites que as próprias partes definiram no âmbito da sua autonomia da vontade e dos limites impostos pela lei e demais fontes, o empregador tem o direito de fixar os termos em que o trabalho deve ser prestado, podendo fazê-lo através de regulamentos de empresa.

Ainda assim, atendendo a que muita matéria ficou por regular na lei, e ainda que o empregador tenha sempre como limites, para além dos já mencionados, os limites decorrentes do respeito pelos direitos fundamentais do trabalhador, da boa-fé e do instituto do abuso do direito, sempre se concluirá que o empregador ficou com uma ampla margem para fazer uso dos seus poderes e para conformar e regular aspectos fundamentais da relação de trabalho.

E essa margem tão ampla que o legislador deixou ao empregador coloca pelo menos dois problemas. O primeiro é o de, por princípio, tornar tendencialmente legítima a actuação do empregador no uso dos seus poderes. Se a lei não lhe impõe restrições em matérias concretas, se não impõe normas mínimas que condicionem a sua actuação, a forma como o empregador exerce os seus poderes é mais discricionária, o que torna, à partida, legítimo esse exercício (a não ser, claro, que viole os limites supra referidos).

O segundo problema é o risco que a falta de regulação acarreta tanto para o empregador como para o trabalhador. Para o empregador, porque o facto de não haver critérios, regras mínimas pelas quais se possa guiar, faz com que se mova em zonas cinzentas na constante incerteza de não saber se a sua actuação ainda está ou não no limite dos seus poderes. Vejam-se as dúvidas que se criam, na prática, mesmo em matérias reguladas pelo legislador, mas em que são utilizados conceitos amplos, como acontece com a resolução do contrato com justa causa por iniciativa do empregador - a dificuldade em aferir se uma conduta concreta, que até pode estar descrita no n.º 2 do art. 69.º, é suficientemente grave de forma a tornar praticamente impossível a subsistência da relação de trabalho. Por outro lado, a falta de regulação importa riscos para o trabalhador, na medida em que a garantia de que os seus direitos serão salvaguardados durante a actuação do empregador no uso dos seus poderes fica mais fragilizada, por não estarem os direitos expressamente definidos na lei, para além da maior dificuldade que terá em fazer prova da sua violação.

Veja-se a questão da alteração do horário de trabalho. Prever que o horário de trabalho constante de contrato de trabalho carece de acordo das partes para a sua alteração é pouco (art. 34.º, n.º 2). Mesmo o horário fixado unilateralmente



pelo empregador deveria estar sujeito a regras mínimas ou ao cumprimento de determinados pressupostos. É o horário de trabalho que delimita a vida de trabalho da vida pessoal do trabalhador, o tempo de hetero-disponibilidade do tempo de auto-disponibilidade. Não é matéria de pouca importância a determinação das horas em que o trabalhador tem de estar disponível para o empregador, porque só assim pode organizar a sua vida. Questão que terá ainda maior importância se o trabalhador tiver filhos ou outros dependentes. Ora, podendo a alteração do horário de trabalho ser significativa (podendo inclusive, o horário passar de diurno para nocturno ou alterar-se o dia de descanso semanal) e ter fortes repercussões na organização da vida do trabalhador, seria útil que a lei acautelasse essa situação, mesmo tendo cabido a fixação do horário exclusivamente ao empregador²¹.

A várias matérias importantes o legislador não faz sequer referência, o que tem como efeito imediato a remissão da sua regulação para o campo dos poderes do empregador com os problemas que se apontaram. E se neste ponto poderíamos enunciar várias matérias cuja consagração legal seria importante para não dar azo a abusos (vejam-se os casos da utilização de meios de vigilância à distância, da exigência de testes ou exames médicos, da protecção de dados pessoais, do trabalho a tempo parcial, para não falar da falta que faz a previsão do direito colectivo, que tanto contribuiu noutros ordenamentos jurídicos para o amadurecimento do direito laboral e para o fortalecimento das relações de trabalho), não podemos deixar de destacar a ausência de regulação do poder disciplinar.

São escassas as normas da Lei n.º 7/2008 que fazem referência ao poder disciplinar. Encontramos o art. 5.º, n.º 1 e o art. 11.º, n.º 1, al. 4), respeitantes à disciplina do trabalho, e as normas relativas à resolução do contrato de trabalho com justa causa por iniciativa do empregador. Como sublinha Chan Tze King, depois de fazer notar que o regime disciplinar continuou esquecido na Lei n.º 7/2008, “o legislador deixou passar mais uma boa oportunidade para fixar um regime de direito disciplinar”, defendendo que “uma implementação mais abrangente e clara do regime do direito disciplinar e da sua sistematização trazem mais vantagens do que desvantagens quer à entidade patronal, quer ao trabalhador”²².

O poder disciplinar é um poder imprescindível na relação de trabalho. Vem previsto desde logo na noção de contrato de trabalho constante do art. 1079.º,

21 Ainda que, como refere Miguel Quental, *Manual de Formação...*, pág. 250, nota 246, se possa invocar a ocorrência de modificações ilegítimas, nomeadamente com o intuito de prejudicar o trabalhador, ou se possa considerar tratar-se de uma alteração significativa às condições de trabalho contratualmente estabelecidas que constitua justa causa de resolução do contrato por iniciativa do trabalhador.

22 “O regime do poder disciplinar na nova Lei das Relações de Trabalho”, *Formação Jurídica e Judiciária – Colectânea*, Tomo VII, Centro de Formação Jurídica e Judiciária, 2013, págs. 45 a 47.

n.º 1 do Código Civil (“contrato de trabalho é aquele pelo qual uma pessoa se obriga, mediante retribuição, a prestar a sua actividade intelectual ou manual a outra pessoa, sob a autoridade e direcção desta”).

É o poder que mais exprime a desigualdade das partes e porventura o que mais distingue o contrato de trabalho de outros tipos de contratos. Refere Maria do Rosário Palma Ramalho que o poder disciplinar “é o instituto que melhor evidencia as componentes dominial e de pessoalidade do contrato de trabalho, enquanto poder unilateral do empregador, com uma essência punitiva, que atinge globalmente o trabalhador na sua personalidade (e não apenas no seu património)”²³.

É o poder disciplinar que assegura a eficácia das orientações que o empregador vai dando ao trabalhador ao longo de toda a relação laboral, no exercício dos seus poderes directivo e regulamentar, e que permite ao empregador o cumprimento dos seus objectivos de gestão; ainda que o empregador não venha a exercer o poder disciplinar durante toda a vigência do contrato de trabalho, a possibilidade de fazê-lo existe sempre.

O poder disciplinar tem um conteúdo sancionatório ou punitivo, que permite ao empregador aplicar sanções ao trabalhador pelo incumprimento de deveres laborais, principais ou acessórios, e qualquer que seja a sua origem²⁴. Permite a aplicação de sanções ao trabalhador directamente pelo empregador, numa situação que não tem paralelo no direito privado e que aparenta pôr em causa dois princípios fundamentais da ordem jurídica: o princípio da justiça pública e o princípio da igualdade das partes²⁵.

Por tudo isto, exigir-se-ia uma intervenção do legislador, no sentido de consagrar princípios, definir limites, estabelecer critérios, em prol da segurança do trabalhador e para prevenir uma actuação discricionária do empregador.

Falta na lei a consagração dos critérios e dos princípios básicos para o exercício do poder disciplinar e para a aplicação de sanções (sem ter de recorrer ao princípio geral da boa fé e ao instituto do abuso do direito), a regulação, ainda que em linhas gerais, do procedimento disciplinar, prevendo a obrigatoriedade de se permitir ao trabalhador exercer o contraditório²⁶, a definição da forma do

23 Tratado de Direito do Trabalho, Parte II – Situações Laborais Individuais, 5ª Edição, Almedina, Coimbra, 2014, pág. 740.

24 Maria do Rosário Palma Ramalho, Tratado de Direito do Trabalho..., pág. 743, defende que o poder disciplinar tem também um outro conteúdo, ainda que não reconhecido pela generalidade da doutrina, que é um conteúdo prescritivo ou ordenador, que “permite ao empregador emitir regras de comportamento ou de disciplina no seio da sua organização, que extravasam o âmbito da prestação de trabalho” e que, por essa razão, segundo a autora, não integram o poder directivo.

25 Maria do Rosário Palma Ramalho, Tratado de Direito do Trabalho..., pág. 780.

26 Como nota José Pinheiro Torres, “Da cessação da relação de trabalho em Macau – de 1989 a 2009”, Formação Jurídica e Judiciária – Colectânea, Tomo VII, Centro de Formação Jurídica



procedimento, a estipulação de prazos para a decisão e aplicação da sanção e de prazos de prescrição da infração disciplinar, a previsão das sanções passíveis de serem aplicadas ao trabalhador.

No que respeita a esta última questão, se em termos de direito constituído se assiste a que determinadas sanções admissíveis em alguns ordenamentos jurídicos são proibidas noutros por se considerar já serem abusivas e violadoras de garantias dos trabalhadores²⁷, que dúvidas não se suscitarão (para os empregadores, trabalhadores e operadores do direito) num ordenamento em que, com excepção da resolução com justa causa por iniciativa do empregador, nenhuma outra sanção está prevista, cabendo ao empregador a sua definição?

Querendo exercer o poder disciplinar, parece decorrer do art. 5.º, n.º 1, que, com excepção do exercício do poder disciplinar com vista à resolução com justa causa por iniciativa do empregador, que está previsto na lei, o empregador terá de prever os seus termos no regulamento de empresa. Mas a previsão do regime no regulamento de empresa, a sua regulação por parte do empregador, envolve também para este um risco significativo. Julgamos que não tanto o risco na regulação do procedimento disciplinar em si, atendendo a que a lei para a aplicação da sanção mais gravosa não estabelece nenhum procedimento para além do previsto no art. 69.º, n.º 1 (nem mesmo a audição prévia do trabalhador), pelo que estranho seria que se viesse a exigir em tribunal um procedimento mais complexo que o previsto na lei, mas o risco na definição dos critérios para a aplicação das sanções e, acima de tudo, o risco na escolha das sanções a consagrar no regulamento de empresa²⁸.

Estará dentro dos limites dos poderes do empregador, sem ofender as garantias do trabalhador, a previsão da multa como sanção²⁹? E admitindo-a, para

e Judiciária, 2013, pág. 244, criticava-se, antes da Lei n.º 7/2008, “a completa omissão do legislador em relação à regulamentação do processo tendente à rescisão do contrato, por incipiente que fosse. Em especial, a comunicação prévia, por escrito, da decisão de rescisão e do motivo invocado, com especificação dos factos que o consubstanciam; e, estando em causa a violação culposa de deveres, a audição prévia do trabalhador”. Se relativamente à comunicação prévia, a Lei n.º 7/2008 passou a prevê-la no n.º 1 do art. 69.º, estabelecendo também um prazo para essa comunicação, a audição prévia do trabalhador continuou a não estar prevista na lei.

27 É, por exemplo, o caso da sanção pecuniária, que é admitida em Portugal, mas é proibida em França e Espanha, e da sanção de perda de dias úteis de férias que é também admitida em Portugal, mas proibida em Espanha.

28 Em Portugal, o legislador tomou a posição de considerar que o empregador não pode estabelecer sanções disciplinares, conforme decorre do art. 328.º, n.ºs 1 e 2 do Código do Trabalho (Lei n.º 7/2009, de 12 de Fevereiro).

29 Chan Tze King, “O regime do poder disciplinar...”, pág. 49, admite-a, com recurso à aplicação do direito civil, como direito subsidiário do direito do trabalho, e à figura da cláusula penal (“neste sentido, o poder disciplinar será semelhante à consagração pelas partes de uma relação

quem vai o dinheiro da multa? Porque se o valor da multa resultar apenas num desconto a efectuar na remuneração do trabalhador, sempre se poderá considerar esta sanção como abusiva, na medida em que resulta num benefício para o empregador, podendo dar azo a um aproveitamento da sua parte³⁰ (pelo menos o art. 64.º não faz qualquer menção à possibilidade de o empregador descontar o montante da multa na remuneração do trabalhador). Semelhantes reservas podem surgir da sanção de suspensão sem remuneração.

E relativamente a uma sanção de perda de dias de férias? Sendo ela admitida nalguns ordenamentos jurídicos (e proibida noutros), será uma sanção considerada válida no ordenamento jurídico da RAEM? Atendendo a que na RAEM o trabalhador só tem garantidos por lei seis dias úteis de férias por ano e pelo que já dito sobre o direito ao descanso, não nos parece de admitir...

Mencionar ainda um ponto em que julgamos que empregador e trabalhador perdem por não estar regulado na lei o regime do poder disciplinar e não se preverem expressamente as sanções conservatórias, mas tão só a sanção da resolução com justa causa por iniciativa do empregador. O facto de as sanções conservatórias não estarem previstas na lei pode, por um lado, levar a que o empregador caia na tentação de recorrer à sanção mais gravosa mesmo quando a gravidade dos factos e a culpa do trabalhador não o justifiquem. E pode, por outro, demover o empregador de proceder disciplinarmente contra o trabalhador quando estão em causa pequenos incumprimentos, deixando o poder disciplinar de cumprir as funções que geralmente lhe são apontadas de prevenção geral e de prevenção especial. O exercício do poder disciplinar com vista à aplicação de medida conservatória tem sempre a vantagem, não só de servir de aviso e de exemplo para os restantes trabalhadores, como também de constituir uma chamada de atenção ao trabalhador, que poderá, inclusive, em consequência, melhorar a sua prestação daí em diante. E mesmo para o empregador, o facto de ir procedendo disciplinarmente contra o trabalhador quando ele viola os seus deveres laborais, faz com que essas condutas passadas possam assumir relevância na ponderação e aplicação de sanções futuras.

Aqui chegados, concluímos que, apesar de a Lei n.º 7/2008 regular um conjunto de matérias referentes às condições de trabalho que são de extrema importância no âmbito da relação laboral e, em concreto, para a pessoa do

jurídica de uma cláusula penal”). Já Maria do Rosário Palma Ramalho, *Tratado de Direito do Trabalho...*, pág. 780, rejeita a comparação da cláusula penal a qualquer sanção disciplinar, por na cláusula penal não se descortinar qualquer posição de domínio de um dos contraentes sobre o outro.

30 Em Portugal, prevê-se que o montante da sanção pecuniária aplicada deve ser entregue pelo empregador ao serviço responsável pela gestão financeira do orçamento da Segurança Social (art. 330.º, n.º 3 do Código do Trabalho).

trabalho, tendo, inclusive, reforçado os direitos dos trabalhadores relativamente ao DL n.º 24/89/M, o que é certo é que muitas matérias ficaram por legislar, algumas das quais com fortes repercussões nos direitos e garantias dos trabalhadores.

Por outro lado, ao mesmo tempo que a Lei n.º 7/2008 consagrou, no art. 14.º, o princípio do tratamento mais favorável enquanto critério de aplicação de normas, permitiu que, em diversos casos, a vontade do trabalhador fosse, só por si, suficiente para afastar a aplicação das normas legais ou que a regulação de muitos aspectos relativos às condições de trabalho fosse feita por acordo das partes ou tão só pelo empregador, no âmbito dos seus poderes de direcção, regulamentar e disciplinar. E fê-lo conscientemente. Podendo a lei ter ido mais longe na previsão de determinadas matérias e na consagração de normas mínimas, optou por limitar de forma muito moderada a autonomia das partes. O regime laboral previsto na lei traduz aquele que, no momento e atendendo à realidade da RAEM e aos interesses em confronto, foi considerado o equilíbrio político e socialmente possível.

E julgamos que desta opção do legislador de não ter ido mais longe na protecção ao trabalhador, que decorre da Lei n.º 7/2008, mas também da ausência de normas mínimas de condições de trabalho na Lei Básica ou de um corpo de normas mínimas previsto na demais legislação da RAEM, se deve retirar a consequência de encarar o princípio do tratamento mais favorável tão só com a extensão e a manifestação que decorrem da lei.

Não obstante o papel que se reconhece ao princípio do tratamento mais favorável no desenvolvimento e maturidade do direito do trabalho, a força e as manifestações que assume noutros ordenamentos jurídicos e a importância do mesmo em ordenamentos jurídico-laborais ainda incipientes e com um caminho a percorrer, não se pode impor o princípio, sem mais, num ordenamento jurídico sem que o seu sistema jurídico de alguma forma o consagre. Toda a construção do princípio do tratamento mais favorável, bem como as propostas que ela encerra, “terá, em última análise, de encontrar a sua fundamentação no Direito Positivo e nas soluções a que conduza”³¹.

No sistema jurídico da RAEM encontramos, efectivamente, a expressão do princípio do tratamento mais favorável. Encontramos na Lei n.º 7/2008, no artigo 14.º, enquanto critério de aplicação da lei, embora com as limitações já referidas, e no art. 4.º, n.º 2, enquanto critério de aplicação de normas no tempo. Já não encontramos expressão do princípio do tratamento mais favorável enquanto critério de interpretação de normas³², pelo que pretender aplicá-lo nesse plano é,

31 António Menezes Cordeiro, “*O princípio do tratamento mais favorável...*”, pág. 136.

32 O n.º 2 do art. 4.º, embora refira “a presente lei não pode ser interpretada”, não reflecte o princípio do tratamento mais favorável enquanto critério de interpretação de normas, mas reflecte-o no plano da sucessão de leis no tempo, conforme decorre da última parte da norma.

quanto a nós, dar um escopo e um âmbito ao direito do trabalho da RAEM que, embora ambicionados, o sistema jurídico não consagrou.

A capacidade de adaptação do direito do trabalho “não depende só e não depende tanto da sua dogmática ou do seu instrumentário conceptual, mas de pré-decisões no campo da política do direito: em última análise, o direito do trabalho será o que o compromisso e o conflito entre as forças políticas e sociais permitirem que ele seja...”³³.

33 Júlio Gomes, *Direito do Trabalho...*, pág. 24.