

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO – PUC/SP
COORDENADORIA GERAL DE ESPECIALIZAÇÃO, APERFEIÇOAMENTO E
EXTENSÃO – COGEAE

ALESSANDRO PINHEIRO RODRIGUES

O TRABALHADOR PORTUÁRIO AVULSO E A LEI 12.815/2013

São Paulo

2014

ALESSANDRO PINHEIRO RODRIGUES

O TRABALHADOR PORTUÁRIO AVULSO E A LEI 12.815/2013

Monografia apresentada à Coordenadoria Geral de Especialização, Aperfeiçoamento e Extensão da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como requisito à obtenção do título de Especialista em Direito do Trabalho, sob orientação do professor Vinícius Franco Duarte.

São Paulo

2014

ALESSANDRO PINHEIRO RODRIGUES

O TRABALHADOR PORTUÁRIO AVULSO E A LEI 12.815/2013

Monografia apresentada à Coordenadoria Geral de Especialização, Aperfeiçoamento e Extensão da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como requisito à obtenção do título de Especialista em Direito do Trabalho.

São Paulo, 17 de setembro de 2014.

Aos meus pais, que sempre foram essenciais em minha formação moral e acadêmica.

À minha esposa e filhos que, sempre ao meu lado, renunciaram aos poucos momentos de lazer em nome do meu aperfeiçoamento como estudioso do Direito do Trabalho.

AGRADECIMENTOS

Ao Professor Vinícius Franco Duarte, que, incansavelmente, orientou-me na elaboração dessa modesta resenha com o devido rigor científico, abrilhantando a conclusão do presente trabalho com seu conhecimento e dedicação.

RESUMO

O novo marco regulatório vem após vinte anos da publicação da Lei nº 8.630/93, que, na época, foi rotulada como a lei de modernização dos portos. A Lei 12.815/13 tem por objetivo principal permitir o investimento por parte da iniciativa privada e que esta desenvolva e explore novas e velhas instalações portuárias.

O debate do presente trabalho se centraliza na contratação do trabalhador portuário avulso, já que o artigo 40 da Lei 12.815/13 parece ter trazido mudança substancial ao tema, posto que se contrapõe ao artigo 26 da revogada lei 8.630/93, passando a permitir que aos arrendatários/autorizatórios de áreas fora do porto organizado dispense a contratação de mão de obra avulsa através do Órgão Gestor de Mão de Obra, antes obrigatória, podendo se utilizar de mão de obra própria, através de trabalhadores com vínculo empregatício por prazo indeterminado.

A mencionada inovação legal materializou o clássico conflito entre trabalho e capital. Aos que colocam à frente o equilíbrio comercial no mercado, convém interpretar que a regra instituída pela lei de modernização dos portos desobriga o terminal privativo de contar com a intermediação do OGMO, divergindo daqueles que preferem defender que o novo regramento não afasta o órgão Gestor de Mão de Obra dos terminais sediados fora do porto organizado.

Noutro bordo, os trabalhadores avulsos cadastrados no Órgão Gestor de Mão de Obra provavelmente sofrerão perdas em virtude da redução de oferta de trabalho avulso, além do eminente risco de afronta ao princípio do retrocesso social e precarização do trabalho portuário.

ABSTRACT

The new regulations come after twenty years since the publication of Law No. 8,630 / 93, which at the time was labeled as the law of modernization of ports. Law 12,815 / 13 has as main objective to allow investment by the private sector and that it develop and explore old and new port facilities.

The discussion of this paper focuses on the hiring of temporary port worker, since Article 40 of Law 12,815 / 13 seems to have brought substantially to the topic, since it is opposed to Article 26 of the repealed Law 8630/93 shift, going to allow to tenants / authorized areas outside the organized port dispense hiring labor through piecemeal Governing Body of labor, before mandatory and can be used for labor itself, by workers with employment for an indefinite term.

The mentioned legal innovation materialized the classic conflict between labor and capital. Those who put forward the trade balance in the market, should be interpreted that the rule established by law for the modernization of ports relieve the private terminal count intermediation OGMO, unlike those who prefer to defend the new manager does not remove rules body Labor of terminals based outside the organized port.

Another board, the temporary workers registered with the Governing Body of Labor will likely suffer losses due to the reduction of supply of casual work, in addition to the imminent risk of affront to the principle of social backlash and casualization of dock labor.

O TRABALHADOR PORTUÁRIO AVULSO E A LEI 12.815/2013.

INTRODUÇÃO	10
------------------	----

Capítulo I - O Trabalho Portuário

1.1. Breve Histórico do Trabalho Portuário	12
1.2. Órgão Gestor de Mão de Obra	14
1.3. O Trabalho Portuário	18
1.4. Porto Organizado	20
1.4.1. Operador Portuário	23
1.4.2. Terminais Privativos	25

Capítulo II – O Trabalhador Portuário

2.1. Conceito	27
2.2. Trabalhador Portuário e Trabalhador Portuário Avulso	28
2.3. Multifuncionalidade	31
2.4. Contrato de Trabalho	34
2.5. O Trabalhador Avulso Não Portuário	37
2.5.1 A intermediação de Mão de Obra pelo Sindicato	40
2.5.2. A Intermediação de Mão de Obra e a Liberdade de Filiação e Associação	42

Capítulo III – As inovações da Lei 12.815/13

3.1. Legislação Básica	46
3.2. Convenção 137, da OIT	47
3.3. Recomendação 145, da OIT	50
3.4. Considerações à Lei 12.815/13	52
3.5. Efeitos da Lei 12.815/13 nas relações laborais	55
3.5.1. Possibilidade ou Não de Dispensa da intervenção do OGMO	58
3.5.2. Contratação do Trabalhador Portuário pelo Terminal Privativo	62
3.5.3. Possível Retrocesso ao Monopólio da Mão de Obra	69

3.5.4. Vantagens da Intermediação de Mão de Obra pelo Sindicato.....74

Conclusão77

Referências80

INTRODUÇÃO

O presente trabalho monográfico resulta de vasta pesquisa que busca aglomerar princípios, conceitos e práticas que se relacionam com a recente Lei 12.815, de 05 de junho de 2013 e o trabalho portuário avulso, abordando as questões ligadas a prática laboral e as novas regras instituídas pelo marco regulatório para a exploração das infraestruturas portuárias.

Como principal alteração, a nova lei inovou o critério de definição da natureza jurídica das instalações portuárias, transferindo a conceituação para a localização geográfica e não mais para a natureza da carga movimentada e atividade desenvolvida, como se adotava na revogada Lei 8.630 de 25 de fevereiro de 1993.

Em que pese as alterações legislativas, certo é que a definição, em seu próprio sentido, de Órgão Gestor de Mão de Obra de Trabalhador Avulso não sofreu alterações, mas a lei revogadora passou a autorizar a participação do sindicato e dispensa a intervenção do OGMO para atender as peculiaridades de cada região.

No que tange à relação laboral, a maior mudança ocorreu no tocante à contratação do trabalhador portuário avulso. Conforme a revogada lei 8.630/93, em seu artigo 26, a contratação de mão de obra avulsa era obrigatória para trabalhos dentro da área do porto organizado e em seu entorno, através do Órgão Gestor de Mão de Obra. Já a Lei 12.815/13, em seu artigo 40, prevê que. *O trabalho portuário de capatazia, estiva, conferência de carga, conserto de carga, bloco e vigilância de embarcações, nos portos organizados, será realizado por trabalhadores portuários com vínculo empregatício por prazo indeterminado e por trabalhadores portuários avulsos.* Entende-se, portanto, que aos arrendatários/autorizatórios de áreas fora do porto organizado poderão dispensar a contratação ou não de mão de obra avulsa, podendo se utilizar de mão de obra própria, através de trabalhadores com vínculo empregatício por prazo indeterminado e sem precisar recorrer ao OGMO.

A interpretação ao novo texto legal ainda varia, mas, tendemos a nos curvar ao entendimento de que o equilíbrio comercial no mercado de importação e exportação de cargas depende essencialmente da participação dos portos privados, bem como dos terminais privativos. Em contrapartida, será dado o devido respeito ao princípio do incentivo ao

emprego permanente, embora haja os que entendam que os trabalhadores avulsos oriundos do OGMO, sofrerão perdas substanciais em virtude da redução de oferta de trabalho avulso, caso se generalize a interpretação dada ao texto legal.

Neste singelo trabalho, fazemos breves considerações sobre as principais inovações introduzidas no contexto portuário brasileiro pela recente lei.

Capítulo I - O trabalho Portuário

Inegável que o transporte de mercadorias em embarcações faz parte da história da humanidade. Hoje reduzidas, mas ainda as viagens marítimas são consideradas longas, fazendo com que as tripulações dos navios mercantes, após exaustivos dias de viagem, repassem o carregamento ou descarregamento das mercadorias a outros trabalhadores, assim que atracam, com a finalidade de gozarem merecido descanso, além de necessário, já que permite recuperar as energias para suportar o longo retorno.

Diante dessa oportunidade, o porto passou a ser o meio de vida de outros trabalhadores.

1.1. Breve Histórico do Trabalho Portuário

Em vinte e oito de janeiro de mil oitocentos e oito, na Capitania da Baía de Todos os Santos, em Salvador, foi promulgado o Decreto de Abertura dos Portos às Nações Amigas. Por esse diploma era autorizada a abertura dos portos do Brasil ao comércio com as nações amigas de Portugal, do que se beneficiou largamente o comércio britânico.

O trabalho avulso surgiu historicamente nos portos, onde, inclusive, a organização sindical se fez presente de forma acentuada, garantindo conquistas inexistentes para outras categorias de trabalhadores com menor representatividade. O porto de Santos (SP) foi o centro da atividade sindical portuária e já no final do século XIX, quando nem sequer dispúnha-mos de uma expressiva classe operária urbana fabril, os trabalhadores portuários já travavam lutas e se organizavam, o que, de certa forma, ensejou a formação de certo monopólio da intermediação da mão de obra nos portos brasileiros.

O professor Amauri Mascaro Nascimento¹ relata o nascimento do trabalho avulso nos portos, aludindo a uma das categorias que integram o rol dos avulsos, os estivadores:

Da necessidade de carga e descarga de mercadorias no porto, surgiu uma categoria de trabalhadores que exercem a sua atividade segundo características peculiares. São os estivadores, assim denominados aqueles que fazem esse serviço nos porões dos navios, os conferentes, consertadores de carga e descarga e assemelhados. Esses trabalhadores não contratam diretamente o serviço. Fanem-no por meio dos próprios sindicatos. Quando

¹ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo: Ed. Saraiva. 2007, 13. ed., p. 709.

uma empresa de navegação precisa de mão de obra, solicita-a ao sindicato dos trabalhadores. A entidade sindical recruta o pessoal nela agrupado, que, assim, vai trabalhar durante a carga ou descarga de um determinado navio e em quanto tal se fizer necessário. Terminada a operação, o preço global do serviço é colocado pelas empresas de navegação à disposição do sindicato, que faz o rateio entre os trabalhadores. Estes não são, assim considerados empregados, nem das empresas de navegação, porque o serviço a elas prestado é esporádico e eventual e porque delas nada recebem diretamente, nem do sindicato de classe, porque essa entidade não exerce atividade lucrativa, não paga salário e funciona como simples agente de recrutamento e colocação.

Nesse compasso, o monopólio da intermediação da mão de obra aumentava o poder de barganha dos sindicatos que passaram a obter conquistas que culminaram com a igualdade jurídica frente aos trabalhadores com vínculo empregatício permanente esboçada na Constituição de 1988, em seu artigo 7º, XXXIV.

Mesmo gozando de igualdade de direitos com os empregados de vínculo permanente, os trabalhadores avulsos não possuem a mesma qualificação jurídica, em face da descontinuidade do trabalho prestado perante vários tomadores.

Contudo, essa situação ganhou novos contornos com o advento da revogada Lei 8.630/93, que, ao criar o Órgão Gestor de Mão de Obra – OGMO encerrou com a exclusividade sindical no fornecimento da força de trabalho avulsa portuária. Entretanto, o monopólio sindical encontrava-se consagrado na fórmula do artigo 544, VIII, da CLT, que assegurava ao trabalhador sindicalizado, em igualdade de condições, preferência para a admissão nos serviços portuários e anexos.

Não existia, na lei, qualquer obrigatoriedade de utilização dos trabalhadores avulsos, posto que isso iria de encontro ao disposto nos artigos 5º, XIII e 8º, V, da Constituição Federal, que versam, respectivamente, acerca da liberdade de exercício profissional e direito de não se sindicalizar. Na prática, todavia, o que era apenas preferência se tornou exclusividade do exercício da profissão de portuário avulso pelos membros do sindicato.

O mestre José Martins Catharino², criticando a definição de trabalhador avulso contida na legislação previdenciária, desenvolveu um enfoque peculiar sobre o papel dos sindicatos nas relações de trabalho portuárias. Segundo ele, não havia previsão legal quanto à

² CATHARINO, José Martins. **O novo sistema portuário brasileiro**. São Paulo: Ed. Destaque, 1997, p. 20 e 57.

intermediação obrigatória do sindicato, nem o sindicato deveria cumprir o papel de intermediário. Nas suas palavras:

O sindicato, na verdade, cumpre o papel de prestador de serviços, enquanto corporação sindical de mão de obra, já que não há intermediação obrigatória de sindicato portuário. Este não é intermediário e nem usufrui de monopólio, mas sim prestador de serviços através de seus associados. É ímpar, justamente por ser fornecedora de mão de obra, e não puramente sindicato. Sua atividade principal, por intermédio dos trabalhadores seus associados, é a de prestar serviços portuários.

Como visto, a discussão acerca da intermediação da mão de obra portuária através do sindicato se confunde com a própria história do trabalho portuário. Sempre se temeu que o sindicato dos trabalhadores portuários se despojasse de suas funções de representação e defesa de sua categoria para se transformar numa entidade de caráter empresarial de prestação de serviços. Esta transmutação implicaria a perda de sua identidade sindical. Insiste-se, portanto, em acreditar que o controle de mão de obra e a intermediação dos sindicatos na prestação de serviços eram apenas meios utilizados para a defesa das posições de seus associados.

Ainda que considerada uma posição sem força, Robson Tavares Dutra³ defende que:

Os avulsos são hoje, ainda, uma realidade mundial (“trabalhadores de pool”), porquanto nenhum custo direto representa para o operador portuário, enquanto ociosos e, por outro lado, atendem aos “picos” de oferta de mão de obra, bastante variáveis em alguns portos sazonais.

Esta força fica clara nas dificuldades de implantação prática da nova lei, pela qual, em muitos portos, o OGMO figura como ente político, enquanto que os sindicatos permanecem ditando a composição das turmas de trabalhadores avulsos.

1.2. Órgão Gestor de Mão de Obra

O Órgão Gestor de Mão de Obra foi instituído pela revogada Lei 8.630, de 25 de fevereiro de 1993, com a flagrante intenção de afastar o monopólio da oferta de mão de obra avulsa nos portos. Ainda que criados nos principais portos brasileiros, o OGMO ainda não controla a escalação dos trabalhadores avulsos nos sistemas de rodízio, que ainda se encontra sob responsabilidade do sindicato.

³ DUTRA, Robson Tavares. **O trabalho portuário avulso (lei 8.630/93)** In Revista LTr 60-10, 01.10.96, p.1358

Com o advento da Lei 12.815/13, acredita-se que o controle da escala poderá ser definido através de negociação coletiva entre o sindicato dos trabalhadores e os operadores portuários.

A ideia do Órgão Gestor de Mão de Obra surgiu de uma adaptação do Centro de Empregadores do Porto de Antuérpia, na Bélgica, com a diferença que no modelo belga o controle do órgão pertence apenas aos empresários. Já no modelo brasileiro, existem representantes dos operadores portuários, dos trabalhadores portuários e, ainda, dos usuários dos serviços portuários.

O artigo 32, da Lei 12.815/13 manteve a disposição do artigo 18, da Lei 8.630/93 determinando que os operadores portuários devem constituir, em cada porto organizado, um órgão de gestão de mão de obra do trabalho portuário.

Conforme definição dada pelo já citado José Martins Catharino⁴, o OGMO não possui personalidade jurídica, não sendo parte de qualquer relação jurídica, estando, entretanto, encarregado de gerenciar ou administrar o trabalho avulso.

A finalidade do OGMO está destrinchada no citado artigo 32, da Lei 12.815/13⁵, que baixo se transcreve:

Art. 32. Os operadores portuários devem constituir em cada porto organizado um órgão de gestão de mão de obra do trabalho portuário, destinado a:

I - administrar o fornecimento da mão de obra do trabalhador portuário e do trabalhador portuário avulso;

II - manter, com exclusividade, o cadastro do trabalhador portuário e o registro do trabalhador portuário avulso;

III - treinar e habilitar profissionalmente o trabalhador portuário, inscrevendo-o no cadastro;

IV - selecionar e registrar o trabalhador portuário avulso;

V - estabelecer o número de vagas, a forma e a periodicidade para acesso ao registro do trabalhador portuário avulso;

VI - expedir os documentos de identificação do trabalhador portuário; e

VII - arrecadar e repassar aos beneficiários os valores devidos pelos operadores portuários relativos à remuneração do trabalhador portuário avulso e aos correspondentes encargos fiscais, sociais e previdenciários.

Parágrafo único. Caso celebrado contrato, acordo ou convenção coletiva de trabalho entre trabalhadores e tomadores de serviços, o disposto no

⁴ *Op. Cit.*, p.14

⁵ http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/Lei/L12815.htm, acessado em 15/04/2014

instrumento precederá o órgão gestor e dispensará sua intervenção nas relações entre capital e trabalho no porto.

Esclarece-se que, caso as concessionárias ou entidades delegadas do serviço público de exploração de portos marítimos, fluviais e lacustres utilizem mão de obra avulsa não fornecida pelo OGMO, fica caracterizada a infringência às normas do contrato de concessão ou de delegação, acarretando respectivamente, a aplicação das penalidades cabíveis, inclusive, a revogação do ato administrativo de pré qualificação.

Ocorre que, o Órgão Gestor de Mão de Obra pode ser dispensado das relações entre capital e trabalho no porto em caso de celebração de contrato, acordo ou convenção coletiva de trabalho entre trabalhadores e tomadores destes préstimos.

O artigo 33 da Lei 12.815/13 também manteve o poder disciplinar do OGMO sobre o trabalho portuário. Pelo dispositivo que manteve na íntegra o que previa o artigo 19, da Lei 8.630/93, o OGMO pode aplicar, quando couberem, normas disciplinares previstas em lei, contrato, convenção ou acordo coletivo de trabalho, inclusive, no caso de transgressão disciplinar, cabendo ao órgão repreender verbalmente ou por escrito, suspender o registro do trabalhador pelo período de dez a trinta dias e, até mesmo, cancelá-lo.

Ainda, o tratado texto de lei atribui ao OGMO a sua missão mais nobre que é a de promover a formação profissional e o treinamento multifuncional do trabalhador portuário, bem como criar programas de realocação e de incentivo ao cancelamento do registro e de antecipação de aposentadoria. Além de se responsabilizar pela arrecadação e repasse aos respectivos beneficiários, contribuições destinadas a incentivar o cancelamento do registro e a aposentadoria voluntária, comprometendo-se a zelar pelas normas de saúde, higiene e segurança no trabalho portuário avulso e submeter à Administração dos Portos e no respectivo Conselho de Autoridade Portuária propostas que visem à melhoria da operação portuária e à valorização econômica do porto.

Na sua atuação, o OGMO age como simples agência de colocação de mão de obra, razão pela qual a lei tratou de eximi-lo de qualquer responsabilidade no caso de prejuízos que possam ser causados pelos trabalhadores portuários avulsos aos tomadores dos seus serviços ou a terceiros. Por força do disposto no § 2º, do artigo 33, da Lei 12.815/13, OGMO e operadores portuários são solidários com relação à remuneração devida ao trabalhador

portuário avulso. Como cada um responde pela totalidade da obrigação na solidariedade, o trabalhador portuário avulso poderá exigir e receber de um ou de ambos, parcialmente ou totalmente a dívida comum.

Segundo Robson Tavares Dutra⁶, com a responsabilidade solidária prevista entre o órgão Gestor de Mão de Obra e o operador portuário, será permitido que as reclamações trabalhistas sejam ajuizadas tendo estes como litisconsortes passivos. Anteriormente, como os sindicatos avulsos eram considerados parte manifestamente legítima para figurar no polo passivo, era mais difícil para o trabalhador demandar em juízo. Agora, a figura legal da responsabilidade solidária torna o recurso ao judiciário mais eficaz. Conclui o mencionado autor que *assim, o órgão gestor congrega os operadores, numa única pessoa jurídica (de direito privado e “utilidade pública”), que responderá, em razão da aludida solidariedade, às ações de competência da Justiça do Trabalho (art. 643, da CLT).*

Como instrumento que tem por objetivo isentar-se do risco de inadimplência por parte dos operadores portuários, o OGMO pode exigir prévia garantia dos respectivos pagamentos para atender à requisição de trabalhadores portuários avulsos.

Vale dizer que a contratação de trabalhadores portuários pode ser pela modalidade avulsa ou por prazo indeterminado, regido pela CLT e com vínculo direto com o operador portuário. Entretanto, mesmo nessa última hipótese, nos termos do artigo 35, da Lei 12.815/13, o trabalhador portuário deverá ser requisitado junto ao OGMO e, em assim sendo, o avulso contratado passa a ser regido pela Consolidação das Leis Trabalhistas em respeito ao princípio do incentivo ao emprego permanente estatuído no artigo 2º, I, da Convenção nº. 137, da OIT, a qual será melhor estudada em tópico próprio.

Ousamos divergir daqueles que acreditam na possibilidade de contratação preparatória a título de experiência do trabalhador portuário pertencente aos quadros do OGMO, pois, parece-nos que o fato do trabalhador já ter alcançado o cadastro no órgão gestor, demonstra sua prévia habilitação, sendo certo que o registro no OGMO é prova suficiente da sua aptidão para o exercício dos misteres do trabalho portuário.

⁶ *Op. Cit.*, p. 1359

Nos termos do artigo 39, da Lei 12.815/13, o OGMO não pode ter fins lucrativos e a ele é reputado de utilidade pública, sendo-lhe vedada a prestação de serviços a terceiros ou o exercício de qualquer atividade não vinculada à gestão de mão de obra.

Por fim, a lei estabelece que o Órgão Gestor de Mão de Obra deve ser constituído de Conselho de Supervisão e Diretoria Executiva, cabendo ao primeiro estabelecer o número de vagas, a forma e a periodicidade para acesso ao regime do trabalhador portuário avulso, normatizar sobre a seleção e o registro do trabalhador portuário avulso e fiscalizar a gestão dos diretores e seus prepostos; já ao segundo, compete administrar o fornecimento de mão de obra portuária, manter, com exclusividade, o cadastro do trabalhador portuário e o registro do trabalhador portuário avulso, promover o treinamento e a habilitação profissional, expedir os documentos de identificação do trabalhador portuário e, por fim, arrecadar e repassar, aos respectivos beneficiários, os valores devidos pelos operadores portuários, relativos à remuneração e aos encargos fiscais, sociais e previdenciários.

1.3. O Trabalho Portuário

Das categorias descritas pela lei, somente quatro admitem a contratação com vínculo empregatício por prazo indeterminado e, ainda assim, estes trabalhadores deverão ser selecionados dentre os portuários avulsos registrados no OGMO. Segundo o artigo 40, da Lei 12.815/13, estas atividades são de estiva, conferência de carga, conserto de carga, trabalho de bloco e vigilância de embarcações. O próprio artigo 40⁷, através de seus incisos, encarrega-se de conceituar cada atividade, fazendo-o da seguinte forma:

I - capatazia: atividade de movimentação de mercadorias nas instalações dentro do porto, compreendendo o recebimento, conferência, transporte interno, abertura de volumes para a conferência aduaneira, manipulação, arrumação e entrega, bem como o carregamento e descarga de embarcações, quando efetuados por aparelhamento portuário;

II - estiva: atividade de movimentação de mercadorias nos conveses ou nos porões das embarcações principais ou auxiliares, incluindo o transbordo, arrumação, peação e despeação, bem como o carregamento e a descarga, quando realizados com equipamentos de bordo;

III - conferência de carga: contagem de volumes, anotação de suas características, procedência ou destino, verificação do estado das mercadorias, assistência à pesagem, conferência do manifesto e demais serviços correlatos, nas operações de carregamento e descarga de embarcações;

⁷ http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/Lei/L12815.htm, acessado em 15/04/2014

IV - conserto de carga: reparo e restauração das embalagens de mercadorias, nas operações de carregamento e descarga de embarcações, reembalagem, marcação, remarcação, carimbagem, etiquetagem, abertura de volumes para vistoria e posterior recomposição;

V - vigilância de embarcações: atividade de fiscalização da entrada e saída de pessoas a bordo das embarcações atracadas ou fundeadas ao largo, bem como da movimentação de mercadorias nos portalós, rampas, porões, conveses, plataformas e em outros locais da embarcação; e

VI - bloco: atividade de limpeza e conservação de embarcações mercantes e de seus tanques, incluindo batimento de ferrugem, pintura, reparos de pequena monta e serviços correlatos.

O Professor Washington Trindade⁸ comenta: *Entende-se o objetivo legal: estiva, conferência e conserto de carga são atividades que demandam tirocínio e profissionalismo. As atividades restantes: trabalhadores de bloco e capatazia admitem serem realizadas por avulso ou por empregado.*

Para Catharino⁹, todavia, a exclusão do bloco e da capatazia é medida de evitar ou reduzir excedente de mão de obra avulsa, mesma intenção buscada pela proporcionalidade entre trabalhadores empregados e avulsos. Porém, o parágrafo único do artigo 56, da revogada Lei 8.630/93 o qual dava sustentação a esta afirmativa não foi incorporado ao novo texto dado à Lei revogadora 12.815/13.

Frise-se que as atividades descritas acima não constituem categorias profissionais, ressaltando-se que são, em verdade, funções desempenhadas pelo trabalhador portuário que, por sua vez, constitui categoria profissional. Assim, devemos salientar que, em consonância à unicidade sindical estatuída no artigo 8º, II, da Constituição Federal, tem-se por inconstitucional a coexistência dos diversos sindicatos de trabalhadores portuários, ainda que a prática laboral reconheça, efetivamente, a legitimidade desses entes sindicais.

Por isso, o Professor Ronaldo Curado Fleury¹⁰ recomenda a fusão em apenas um ente sindical por localidade com o escopo de centralizar a representatividade da categoria dos trabalhadores portuários.

⁸ TRINDADE, Washington Luiz da. **Trabalho Portuário e Desregulamentação**. In: Revista de Direito do Trabalho 77/75, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1992, p. 30.

⁹ *Op. Cit.*, p.59

¹⁰ FLEURY, Ronaldo Curado, **Trabalho Portuário, a Modernização dos Portos e as relações de trabalho no Brasil**. São Paulo: Ed. Método, 2008, p.38.

Nessa vereda, possível afirmar que a revogada Lei 8.630/93 regulamentou definitivamente os portos organizados, acabou com o monopólio dos sindicatos e implementou mudanças que possibilitaram reformas estruturais e administrativas no trabalho portuário, buscando uma melhor competitividade com a descentralização do mercado de trabalho e redução de tarifas, bem como eliminando alguns entraves e impedimentos que dificultavam a adaptação dos portos brasileiros à livre iniciativa mercadológica. Talvez por isso, a recente Lei 12.815/13 conservou o objeto principal da lei revogada.

1.4. Porto Organizado

Arnaldo Bastos Santos Neto¹¹ define o porto com maestria:

Se trata de um local abrigado ao mar por entrada navegável, com profundidade adequada para permitir a ancoragem segura de navios visando a transferência de carga, passageiros ou suprimentos e a execução de obras de reparo. Encontram-se portos naturais em baías protegidas por promontórios; em ancoradouros protegidos por ilhas e na foz dos rios. Os navios modernos possuem grande distância vertical da quilha à linha de flutuação, de modo que os portos artificiais são cada vez mais importantes. Assim, desenvolveram-se técnicas de engenharia para o melhoramento dos portos naturais e a construção de novos. Embora complexa dispendiosa, a engenharia dos portos é vital para a moderna navegação.

No entanto, o conceito de porto organizado recebe contornos jurídicos, podendo se dizer que é aquele construído e aparelhado para atender as necessidades da navegação e da movimentação e armazenagem de mercadorias, concedido ou explorado pela União, cujo tráfego e operações portuárias estejam sob a jurisdição de uma autoridade portuária.

Porto organizado, portanto, é o conjunto de instalações portuárias e de infraestrutura de proteção e acesso aquaviário que tem como objetivo a prestação de serviços públicos portuários pela União, diretamente ou mediante concessão, consistentes na movimentação e armazenagem de mercadorias destinadas ou provenientes de transporte marítimo.

O serviço prestado no porto organizado tem a natureza de serviço público e não pode ser excepcionado em favor de qualquer usuário. Nada impede, porém, que a autoridade portuária, considerando os investimentos realizados pelos respectivos titulares das instalações

¹¹ NETO, Arnaldo Bastos Santos. **O trabalho portuário e a modernização dos portos**, Curitiba: Ed. Juruá, 2009, p.67.

portuárias de uso público instaladas no porto organizado, estabeleça um tratamento tarifário diferenciado para os serviços prestados nas mesmas instalações.

Porto organizado, então, afigura-se à espécie de “condomínio” de instalações portuárias subordinadas à autoridade portuária encarregada de garantir a supremacia do interesse público, que tenham por finalidade o atendimento das necessidades da coletividade em geral, mediante a realização de operações portuárias, assim consideradas a movimentação de pessoas e de mercadorias, ou a mera armazenagem destas, oriundas e/ou destinadas ao transporte aquaviário.

Todavia, considerando que a sua exploração deva ocorrer de forma direta pela União, titular desse serviço público, ou indiretamente mediante concessão e permissão, exsurge um elemento importante para sua conceituação, que diz respeito à titularidade do bem.

A despeito de qualquer classificação operada na seara de lei ordinária, o serviço portuário foi incluído pelo legislador constitucional entre aquelas atividades listadas no art.21, da Constituição Federal, razão pela qual detém o caráter de serviço público. É certo, porém, que nem toda atividade desenvolvida no âmbito do porto organizado seja serviço público. Tanto assim que a nova Lei dos Portos estabelece expressamente *A administração do porto poderá, a critério do poder concedente, explorar direta ou indiretamente áreas não afeta às operações portuárias, observado o disposto no respectivo Plano de Desenvolvimento e Zoneamento do Porto* (art. 19, Lei 12.815/13).

O Decreto 1.886¹², de 1º de julho de 1996 estabelece em seu artigo 5º que o ingresso de trabalhador portuário avulso na área do porto organizado é autorizado mediante a apresentação da carteira de identificação expedida exclusivamente pelo OGMO.

Pela natureza da atividade, o espaço portuário não pode ser totalmente privatizado. Se o Estado deve se afastar da execução direta dos serviços, por não ser sua função precípua, não deve, entretanto, afastar-se do controle e da regulamentação.

É preciso deixar claro que o transporte marítimo, a par de sua complexidade, é regido, ainda, por fatores condicionados ao Direito Internacional e aos aspectos diplomáticos e de

¹² <http://presrepublica.jusbrasil.com.br/legislacao/111165/decreto-1886-96>, acessado em 13/07/2014

segurança nacional. No regramento do transporte marítimo existem ainda os usos e costumes internacionais e nacionais.

O porto, visto como local estratégico para a defesa nacional, sempre frequentou as prioridades militares. Inclusive, Washington Luiz da Trindade¹³ lembra que nos estudos da Escola de Guerra Naval existe o conceito de “guerra econômica” que consiste, dentre outras, em bloquear o acesso naval do país. Em condições normais as mercadorias movimentadas também devem ser sujeitas ao rigoroso controle por parte da Receita Federal, no combate ao contrabando, ao descaminho e à sonegação fiscal de impostos e da vigilância sanitária.

O mencionado autor argumenta que:

A atividade marítima e portuária guarda intransponível caráter semipúblico, de contingentes de trabalhadores habilitados e portadores de aptidões para as difíceis, pesadas e duras tarefas a que são submetidos diariamente. (...) uma profissão peculiar e complexa, comprometida com a densidade estatal ainda existente nos portos e navios, que têm nos contingentes de marítimos e operadores portuários uma verdadeira milícia privada, um efetivo ligado às responsabilidades aduaneiras, sanitárias, de emigração e imigração, de polícia e de interesses de segurança e defesa nacionais. Segue-se, pois, que a desregulamentação do trabalho portuário tem seus limites fñcados na defesa nacional e no caráter consuetudinário das tarefas praticadas por operadores conhecidos e cadastrados.

Estas condições peculiares do porto, e principalmente a mescla de atividades públicas e particulares que envolvem o chamado complexo “navio/porto”, exigem que formas de controle do universo de trabalhadores portuários sejam impostas, bem como de resto, toda ação que se desenrola nas docas.

Em suma, com o advento da Lei nº 12.815/13, a exploração dos portos organizados e das instalações portuárias pode ser feita direta ou indiretamente pela União. Na indireta, a União transfere a uma pessoa jurídica a exploração mediante os instrumentos jurídicos de concessão ou arrendamento de bem público, quando se tratar de instalações localizadas dentro da área do porto organizado; e autorização, quando for o caso de instalações localizadas fora da área do porto organizado.

¹³ *Op. Cit., p. 77*

À luz da Lei nº 12.815/93, as instalações portuárias podem ficar dentro ou fora da área do porto organizado. Fora da área do porto localizam-se os terminais de uso privativo, estação de transbordo de carga, instalação portuária pública de pequeno porte e instalação portuária de turismo que, também, poderá ficar dentro da área do porto.

Estas instalações devem ser exploradas mediante o regime de autorização, exceto a de turismo que poderá, também, ser explorada por arrendamento e a movimentação de cargas nelas realizadas será disciplinada pelo titular da respectiva instalação, observadas as normas estabelecidas pelas autoridades marítima, aduaneira, sanitária, de saúde e de polícia marítima, previsto no artigo 30 da tratada lei.

1.4.1. Operador Portuário.

Antes da revogada Lei 8.630/93, a operação portuária era monopolizada pela Companhia das Docas que também tratava da administração do porto. Esta confusão de tarefas, ao lado dos aspectos negativos da ausência de ambiente concorrencial, dificultava a diminuição dos custos.

Com o regramento de modernização dos portos foram criados os operadores portuários, empresas privadas que competem nos portos pelas cargas, procurando atrair clientes com custo acessível e qualidade de serviços, convertendo a Companhia Docas em autoridade portuária.

Trata-se o operador portuário de pessoa jurídica pré qualificada para a execução de operação portuária na área do porto organizado. Anteriormente esses operadores portuários recebiam a designação de entidades estivadoras, conhecidos como agências marítimas, conforme consta do revogado § 2º, letra “c”, da CLT. Esta pré qualificação é efetuada perante a administração do porto, entretanto, como bem salienta Eduardo Gabriel Saad¹⁴, a existência do operador portuário não fica condicionada a um pronunciamento por parte da administração portuária. Diz o autor:

A verdadeira intenção do legislador, a nosso ver, é a de obrigar o operador portuário a comunicar a sua existência à Administração do Porto,

¹⁴ SAAD, Eduardo Gabriel, **CLT comentada**. 23. Ed., São Paulo: Ed. LTr, 2003, p.651.

oferecendo-lhe informações sobre os seus atos constitutivos e a sua localização, enfim, sobre a sua existência legal. Nada mais que isso.

Não poderia ser diferente, pois a intenção do legislador é aumentar a competitividade nos portos, permitindo a atuação de um número expressivo de operadores portuários e evitando a cartelização do setor. A Lei 12.815/13 mantém a procura do estímulo da concorrência dentro de cada porto e, ainda, entre os portos, visando beneficiar os usuários com custo menores.

Com a instituição do operador portuário encerrou-se a duplicidade no comando das operações portuárias, deixando de existir a separação do controle do trabalho de docas, compreendido aquele executado até o costado do navio; e o de estiva, executado no interior do navio.

O artigo 2º, XIII, da estudada Lei 12.815/13 conceitua operador portuário como sendo a pessoa jurídica pré qualificada para operar a movimentação de passageiros e/ou movimentação/armazenagem de mercadorias destinadas ou provenientes de transporte aquaviário, dentro da área do porto organizado. Tal instrumento normativo não olvidou de delimitar a responsabilidade do operador portuário no tocante à movimentação/armazenagem de cargas dentro do porto organizado, *in verbis*:

Art. 26. O operador portuário responderá perante:

I - a administração do porto pelos danos culposamente causados à infraestrutura, às instalações e ao equipamento de que a administração do porto seja titular, que se encontre a seu serviço ou sob sua guarda;

II - o proprietário ou consignatário da mercadoria pelas perdas e danos que ocorrerem durante as operações que realizar ou em decorrência delas;

III - o armador pelas avarias ocorridas na embarcação ou na mercadoria dada a transporte;

IV - o trabalhador portuário pela remuneração dos serviços prestados e respectivos encargos;

V - o órgão local de gestão de mão de obra do trabalho avulso pelas contribuições não recolhidas;

VI - os órgãos competentes pelo recolhimento dos tributos incidentes sobre o trabalho portuário avulso; e

VII - a autoridade aduaneira pelas mercadorias sujeitas a controle aduaneiro, no período em que lhe estejam confiadas ou quando tenha controle ou uso exclusivo de área onde se encontrem depositadas ou devam transitar.

Parágrafo único. Compete à administração do porto responder pelas mercadorias a que se referem os incisos II e VII do caput quando estiverem em área por ela controlada e após o seu recebimento, conforme definido pelo regulamento de exploração do porto.

Somente poderão atuar como operadores portuários os que se mantiverem em dia com as contribuições devidas ao Órgão Gestor de Mão de Obra e com os recolhimentos dos encargos sociais relativos ao trabalho portuário avulso.

1.4.2. Terminais Privativos

A instalação portuária de uso privativo é conceituada pela melhor doutrina como aquela que é explorada por pessoa jurídica de direito público ou privado, fora da área do porto, utilizada na movimentação e ou armazenagem de mercadorias destinadas ou provenientes de transporte aquaviário.

O terminal privativo difere do operador portuário, já que este último é um concessionário de um serviço público, enquanto que ao primeiro basta mera autorização do Ministério dos Transportes para exercer suas atividades. Na área do porto organizado a exploração do terminal privativo se fará mediante licitação, com a celebração de um contrato de arrendamento.

Legalmente, desde o advento da revogada Lei 8.630/93, reconhecia-se a existência do porto organizado e do porto privativo. Contudo, os portos organizados são ainda os principais do país e, sob o aspecto da lei, são aqueles tidos sob a jurisdição de uma autoridade portuária, cuja área é definida por ato do presidente da república, sendo inegável a existência de concorrência entre o porto organizado e o terminal privativo, mas o sistema do porto organizado sempre representou um custo de mão de obra superior aos dos portos privados.

A exploração dos terminais de uso privativo se dá mediante autorização e sempre se localizam geograficamente fora dos limites do porto organizado, sendo subdivididos pela lei revogada em terminais de uso exclusivo e de uso misto. O terminal de uso exclusivo movimenta apenas carga própria, já o de uso misto, movimenta carga própria e de terceiros.

Tem-se que Lei 12.815/13 eliminou esta subdivisão, passando a existir doravante somente terminais de uso privado, deixando de se fazer referência à carga própria ou de terceiro. Com isso, permitiu-se que os terminais de uso privado, ou seja, instalações portuárias exploradas mediante autorização e localizadas fora da área do porto organizado, estatuídos no

artigo 2º, IV, da Lei 12815/2013, operem independentemente de manejarem carga própria ou de terceiro, sendo um concorrente direto dos portos organizados.

Nesse contexto, objeto principal deste singelo estudo, o trabalho portuário passa a sofrer impactos ao passo que os terminais de uso privativo, tendo sua localização fora dos limites do porto organizado, não se sujeitam às regras para contratação de mão de obra prevista no artigo 40, da tratada Lei 12.815/13, dispensando-se a intermediação do OGMO.

Vale dizer que em 2003 o Tribunal Superior do Trabalho já conduzia a tal entendimento ao editar a Súmula 309¹⁵ abaixo transcrita:

Súmula nº 309 do TST

VIGIA PORTUÁRIO. TERMINAL PRIVATIVO. NÃO OBRIGATORIEDADE DE REQUISIÇÃO (mantida) - Res. 121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003.

Tratando-se de terminais privativos destinados à navegação de cabotagem ou de longo curso, não é obrigatória a requisição de vigia portuário indicado por sindicato.

A autorização para a construção e a exploração de instalação portuária de uso privativo é concedida pela União a pessoa jurídica que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco. Para isso, é celebrado um contrato de adesão com a Agência Nacional de Transportes Aquaviários, mas o novo marco regulatório dispensa que a empresa interessada tenha movimentação de carga própria de forma volumosa para justificar o empreendimento tirando uma prerrogativa que, nos termos anteriores, destinava-se apenas às grandes exportadoras.

¹⁵

http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_301_350.html#SUM-309: acessado em 13/07/2014

Capítulo II - O Trabalhador Portuário Avulso

Dando continuidade à identificação dos atores sociais envolvidos no processo de modernização dos portos, objeto do presente estudo, passamos a abordar o tratamento legal acerca daquele que é sem dúvidas para nós o personagem principal, o trabalhador portuário.

2.1. Conceito

Nos termos do artigo 40, da Lei 12.815/13, pode se considerar como possíveis duas formas de execução do trabalho portuário, podendo ser empreendido tanto pelo trabalhador avulso, sem vínculo empregatício, como pelo trabalhador portuário empregado a prazo indeterminado, sendo certo que ambos podem se ativar nas funções capatazia, estiva, conferência de carga, conserto de carga, bloco e vigilância de embarcações.

Nas palavras de Ronaldo Curado Fleury¹⁶:

Trabalhador portuário é aquele habilitado a executar atividades realizadas nas instalações de uso público ou privativo, dentro ou fora dos limites do porto organizado, nos casos previstos em lei. A lei estabelece duas formas de trabalho: o trabalho portuário avulso e o trabalho portuário com vínculo empregatício.

Tem-se, portanto, que o conceito de trabalhador portuário se destina àquele que presta serviços portuários especializados, sem vínculo empregatício, em favor de diversos tomadores de mão de obra portuária, bem como àqueles registrados no OGMO e cedidos em caráter permanente ao operador portuário, mediante vínculo de emprego.

Vale acrescentar que se distingue o trabalhador portuário registrado no OGMO do cadastrado no Órgão Gestor de Mão de Obra. O ingresso do trabalhador portuário avulso no registro depende de disponibilidade de vaga nos quadros, comprovação da respectiva inscrição no cadastro do OGMO e obediência à ordem cronológica de inscrição no cadastro.

Já o Cadastro corresponde à força de trabalho supletiva, isto é, ao quadro de trabalhadores avulsos que têm acesso à escala quando da insuficiência da força efetiva para

¹⁶ *Op. Cit.*, p. 49

atender à demanda das operações portuárias, dependendo de prévia habilitação profissional do interessado, mediante treinamento realizado por entidade indicada pelo OGMO.

Ressalte-se que, nos termos do artigo 3º, § 2º, da Lei 9.719/98¹⁷, apenas os trabalhadores registrados poderão ser disponibilizados pelo OGMO para serem contratados por prazo indeterminado pelo operador portuário, sendo, contudo, vedada tal situação aos cadastrados.

2.2. Trabalhador Portuário e Trabalhador Portuário Avulso

Como visto, o trabalho portuário pode se dar através do trabalhador portuário empregado ou pelo avulso, sendo que ambos precedem de cadastro ou registro junto ao OGMO. Contudo, enquanto o trabalhador portuário estiver contratado por prazo indeterminado pelo operador portuário, seu cadastro ou registro permanecerá suspenso, sendo impedido de concorrer às oportunidades de trabalho ofertadas pelo Órgão Gestor de Mão de Obra.

Tal impedimento se justifica pelo fato de que o trabalho a ser exercido por ele, como contratado, não será ofertado aos demais trabalhadores portuários, o que atenuaria o desequilíbrio entre a oferta e a procura de trabalho para aqueles que buscam engajamento. Inclusive, assim dispõe o artigo 3º, § 1º, da Lei 9.719/98:

Art. 3º O órgão gestor de mão-de-obra manterá o registro do trabalhador portuário avulso que:
I - for cedido ao operador portuário para trabalhar em caráter permanente;
II - constituir ou se associar a cooperativa formada para se estabelecer como operador portuário, na forma do art. 17 da Lei nº 8.630, de 1993.
§ 1º Enquanto durar a cessão ou a associação de que tratam os incisos I e II deste artigo, o trabalhador deixará de concorrer à escala como avulso.

Havendo a rescisão do vínculo empregatício, assegura-se ao trabalhador o seu retorno ao sistema de rodízio de avulsos, voltando a concorrer à escala, pois ainda permanecerá como trabalhador portuário avulso.

Nesse passo, importante observar que a possibilidade de extinção do registro e cadastro junto ao OGMO, nos termos §3º, do artigo 27, da revogada Lei 8.630/93 poderia se

¹⁷ http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9719.htm - acessado em 14/07/2014

dar mediante cancelamento, morte ou aposentadoria do trabalhador. Contudo, o § 3º, do artigo 41, da Lei 12.815/13, suprimiu a aposentadoria, entendendo-se que o trabalhador portuário poderá se manter no certame mesmo após a sua aposentadoria.

Não se pode negar que o trabalho portuário constitui um tipo de reserva de mercado, posto que não qualquer trabalhador, mesmo que treinado por instituição diversa do OGMO, ativar-se naquele trabalho, eis que privativo dos que encontram inscritos no Órgão Gestor de Mão de Obra, de idêntico modo que também constitui uma espécie de reserva de mercado a operação portuária, pois restrita às empresas assim qualificadas pela autoridade portuária.

O trabalhador portuário com vínculo empregatício que exerça qualquer das funções descritas no artigo 40, da Lei 12.815/13 é, sem dúvidas, um trabalhador portuário. Assim, extinguindo-se o vínculo empregatício, este não perde a condição de portuário, sendo-lhe, pois, assegurado a condição de portuário inscrito no OGMO e, conseqüentemente, o direito a disputar oportunidades de trabalho na forma de avulso.

Diante de um cenário em que houve aumento considerável do número de trabalhadores estranhos ao Órgão Gestor, executando trabalhos portuários típicos em decorrência ao investimento privado na modernização do sistema portuário trazido pela Lei 12.815/13, vem à baila novamente o debate acerca da representatividade sindical dos trabalhadores portuários com vínculo de emprego junto ao operador fora dos limites do porto organizado.

Esclarece-se que, pelo que estatui o artigo 114, III, da Constituição Federal, compete à Justiça do Trabalho apreciar litígio que versa sobre a representatividade sindical. Frise-se que os trabalhadores portuários constituem categoria profissional específica, dotada de privilégios, à hipótese de vinculação empregatícia, como é o caso dos trabalhadores já inseridos no sistema, ou seja, com inscrição junto ao OGMO e, portanto, têm preferência na contratação, em detrimento de outros trabalhadores, sendo certo que esta prerrogativa legal é essencial à manutenção de um sistema portuário digno e socialmente adequado.

O debate, contudo, paira sobre a representatividade sindical do trabalhador que transcende de avulso para trabalhador com vínculo empregatício, sendo imperioso aqui citar o raciocínio desenvolvido Ronaldo Curado Fleury¹⁸:

Partindo do pressuposto de que a contratação de um trabalhador portuário deve ser feita entre os inscritos nos OGMOs, o registro ou cadastro do trabalhador contratado deverá ser suspenso. Ou seja, ele permanecerá sendo trabalhador portuário, mas não concorrerá à escala de trabalho avulso. O obreiro vinculado não perderá sua condição de portuário pelo simples fato de estar vinculado. Faria sentido um trabalhador ser representado por um sindicato da orla portuária (por exemplo, o da estiva) e apenas pelo fato de ter sido contratado por um operador portuário, alterar sua filiação sindical? E após ter seu contrato de trabalho rescindido, retornar sua representatividade ao sindicato da estiva? Essa conclusão não parece razoável, pois o que define o enquadramento sindical é o trabalho exercido e não a forma da relação mantida com o tomador de serviços.

Há de se reconhecer, contudo, a possibilidade de contratação de trabalhadores fora desse sistema, ainda que vedado pela lei. Estes trabalhadores, ativando-se dentro da área do porto organizado, são indiscutivelmente considerados trabalhadores portuários, cuja representatividade recai sobre o sindicato portuário respectivo.

Registre-se que no porto de Santos, por exemplo, existem oitenta e oito “subcategorias” profissionais inseridas dentro da categoria intitulada trabalhador portuário. Com isso, torna-se imperioso analisarmos a situação da representatividade sob o prisma do empregador, haja vista a categoria econômica e atividade preponderante definir a representação sindical.

Ora, por executarem as atividades de movimentação de carga em detrimento do porto organizado, as empresas são essencialmente operadores portuários e assim devem ser enquadrados no respectivo sindicato patronal passível de negociar junto ao sindicato profissional que é claramente o sindicato de trabalhadores portuários.

Compete, pois, aos sindicatos profissionais já estabelecidos na área portuária a legitimidade para representarem os trabalhadores portuários vinculados a empresas operadoras portuárias, não encontrando apoio na doutrina, jurisprudência ou lei a tentativa de representação por outras entidades associativas estranhas ao mundo portuário.

¹⁸ *Op. Cit.*, p. 73

Com a modernização dos portos e advento de novas tecnologias e metodologias de trabalho, tende-se à extinção de determinadas funções laborais e surgimento de novas profissões das quais dependerão cada vez mais de qualificação técnica por parte do trabalhador.

2.3. Multifuncionalidade

A modernização dos portos foi regulada há vinte anos com o advento da Lei 8.630/93, sendo esta revogada pelo novo marco regulatório, objeto desse estudo. As disposições transitórias da lei revogada estabelecia, em seu artigo 57, uma adequação progressiva aos processos de manipulação de carga, demonstrando a preocupação do legislador com a inegável inovação tecnológica ao longo do tempo. Trata-se da multifuncionalidade do trabalho, o qual foi mantido na nova lei, mas de maneira mais discreta.

A chamada multifuncionalidade encerrou vários aspectos. Em primeiro lugar é preciso que se diga que se trata de flagrante preocupação com a tendência do mercado de trabalho, onde os trabalhadores são chamados a se tornarem capazes de executar diferenciadas tarefas, ao invés da especialização radical. Inegável que possuir uma formação profissional diversificada aumenta a empregabilidade do trabalhador, ou seja, sua capacidade individual de se manter inserido no mercado de trabalho.

De forma mais discreta do que na lei revogada, a multifuncionalidade é mantida no novo marco regulatório em seus artigos 33 e 43 *in verbis*:

Art. 33. Compete ao órgão de gestão de mão de obra do trabalho portuário avulso:

...

II - promover:

- a) a formação profissional do trabalhador portuário e do trabalhador portuário avulso, adequando-a aos modernos processos de movimentação de carga e de operação de aparelhos e equipamentos portuários;*
- b) o treinamento multifuncional do trabalhador portuário e do trabalhador portuário avulso; e*
- c) a criação de programas de realocação e de cancelamento do registro, sem ônus para o trabalhador;*

Art. 43. A remuneração, a definição das funções, a composição dos ternos, a multifuncionalidade e as demais condições do trabalho avulso serão objeto de negociação entre as entidades representativas dos trabalhadores portuários avulsos e dos operadores portuários.

Parágrafo único. A negociação prevista no caput contemplará a garantia de renda mínima inserida no item 2 do Artigo 2 da Convenção nº 137 da Organização Internacional do Trabalho - OIT.

Assim, tem-se que a Lei 12.815/13 estabelece que o Órgão Gestor de Mão de Obra deve promover a formação e treinamento do trabalhador de maneira multifuncional, cuja implantação far-se-á de forma progressiva, através de ajustes coletivos.

A Organização Internacional do Trabalho, através da Convenção 137 e Recomendação 145, abordadas de maneira mais aprofundada em tópicos próprios, norteiam a fusão de diversas categorias de portuários numa só, maior e menos especializada. Com isso, os aspectos negativos da automação podem ser minorados, já que um estivador inaproveitado poderá encontrar ocupação noutra atividade portuária e assim por diante.

Os sindicatos, entretanto, não costumam enxergar a multifuncionalidade com bons olhos argumentando que se trata de tão somente de ampliação do número de tarefas e responsabilidades do trabalhador, pagando-se a mesma remuneração se sustentando que esse acúmulo de tarefas não representa enriquecimento do trabalhador, mas, sim, do empresário.

A multifuncionalidade portuária, todavia, pressupõe treinamento prévio, e adoção progressiva por via de critérios negociados. É importante que se estabeleçam mecanismos que garantam a oportunidade de trabalho para todos os registrados, como recomenda a OIT. Contudo, se implantada sem um rigoroso programa de treinamento, que inclua também conhecimentos de segurança do trabalho, a multifuncionalidade portuária passa a ser um fator de decréscimo de produtividade, de aumento de acidentes de trabalho e de tensões entre empresários portuários e sindicatos de trabalhadores, com criação de um maléfico clima de insegurança jurídica nesta relação.

A complexidade dessa polivalência desagua nas tantas escalas de rodízio entre os trabalhadores pertencentes aos quadros do OGMO em decorrência da necessidade de se distinguir a capacidade técnica de cada um dentre os concorrentes a cada vaga de trabalho. Essa concepção parece correta, haja vista a hipótese desastrosa de colocar, por exemplo, um empilhadeira da faixa do cais para operar dentro do porão do navio, sem treinamento prévio, mesmo sendo ambos operadores de idênticos tipos de máquina.

É evidente a necessidade de treinamento específico para cada ramo de atividade do trabalho portuário. Francisco Carlos Morais Silva¹⁹ assim se colocou sobre a multifuncionalidade:

Para que a multifuncionalidade se dê, faz-se necessária a implantação de curso e treinamento de forma a habilitá-los aos modernos processos de manipulação de cargas e aumento de sua produtividade. Essa progressividade espelha que diversos serviços podem ser executados por categorias diferentes, bastando, para tanto, que os instrumentos normativos ou do OGMO assim o especifiquem, bem assim que sencontrem registrados no referido órgão.

Sem a multifuncionalidade, o trabalhador portuário sofreria considerável redução de oportunidades de trabalho, pois só executariam os serviços para os quais estavam previamente habilitados na forma da regulamentação da profissão a que pertenciam, ou seja, os operários avulsos em capatazia só desempenhariam as tarefas dessa natureza e assim por diante.

Do ponto de vista da aceitação individual do trabalhador, a contratação de portuários como empregados facilitaria a multifuncionalidade, pois configura o ajustamento do salário único, submetendo-se o empregado às tarefas constantes de seu contrato individual de emprego, desde que esteja treinado e habilitado para o desempenho das funções para as quais foi contratado.

Para o OGMO, operadores portuários e sindicatos, entretanto, o treinamento preparatório multifuncional não é uma faculdade, pois decorre de lei. Trata-se de obrigação legal a ser perseguida através de ajustes coletivos entre os operadores e sindicatos de trabalhadores portuários.

Eduardo Gabriel Saad²⁰ tece algumas observações acerca da multifuncionalidade:

Um conferente de carga e descarga precisa ter boas noções de matemática e saber ler e escrever com desenvoltura. Estamos na persuasão de que boa porcentagem de estivadores e trabalhadores da capatazia não possui tais conhecimentos. De outra parte, estes homens precisam ter grande força muscular, o que nem sempre o conferente de carga e descarga tem. Se a proficiência e rigor, a produtividade da mão de obra declinará e o número de acidentes de trabalho crescerá sensivelmente. Se o desejo do legislador materializar-se ao cabo de cinco anos, no porto haverá um único grupo

¹⁹ SILVA, Francisco Carlos de Morais. **Direito Portuário: considerações sobre a lei de modernização dos portos.** Belo Horizonte: Ed. Del Rey. 1994, p. 105.

²⁰ *Op. Cit.*, p. 40

profissional, o que determinará a fusão de todos os sindicatos que, hoje, representam diversas profissões vinculadas à vida portuária.

Apesar das dificuldades, a multifuncionalidade é desejável pelos motivos já apontados acima, principalmente por funcionar como instrumento de proteção do trabalhador que passa a ter aptidão para conquistar outros postos de trabalho no porto. Ressalte-se que a multifuncionalidade não impõe que o mesmo trabalhador realize serviço diverso de sua profissão original. Isso atentaria contra a liberdade de trabalho, pois ninguém pode ser forçado a tarefas que não são da sua aceitação.

2.4. Contrato de Trabalho

O contrato de trabalho do operário portuário avulso, enquanto forma de *locatio operarium*²¹ ou contrato de trabalho especial, possui as mesmas características de um contrato de emprego, com exceção de não se tratar de um contrato de trato sucessivo. De fato, o contrato de trabalho do avulso é oneroso, sinalagmático, consensual e comutativo. Trata-se, ainda, de trabalho exercido por conta alheia.

Como já sabemos, o trabalhador avulso não tem vínculo empregatício, já que presta serviços a vários tomadores, porém a Constituição Federal de 1988 garante-lhes os mesmos direitos que possuem os trabalhadores com vínculo empregatício permanente, forçando-nos a tecer algumas considerações a esta igualdade estabelecida pela Lei Maior.

Na relação de trabalho do avulso, ao contrário do que ocorre com o empregado celetista, a presença da personalidade se faz de forma enfraquecida, isso pra não dizer que ela não existe, uma vez que o contratante não pode interferir na escalação de trabalho controlada pelo OGMO. De fato, quando da requisição de mão de obra, a empresa tomadora solicita um número determinado de trabalhadores, sem a personificação de cada um desses.

Vale aqui abrir um adendo, pois, entre contar com a contratação de avulso ou manter vínculo direto com o trabalhador portuário, a empresa tomadora se encontra entre a redução

²¹ A *locatio conductiu operarum* é uma relação através da qual alguém se colocava em disposição de uma outra pessoa durante um certo tempo e mediante certa remuneração, para prestar determinado serviço, podendo chamar esta de antecedente direta do contrato de emprego. O que interessa é o serviço propriamente dito. Na *locatio conductiu operis*, o que interessa é o resultado pronto, não importando como foi feito para ser entregue.

de custo por não remunerar o trabalhador enquanto este estiver ocioso, optando, portanto pela tomada do serviço avulso; e a qualidade da execução das tarefas, ao passo que, mantendo vínculo direto, tem por garantida a contratação daquele que possui maior perfeição técnica e capacidade para o trabalho.

O contrato de trabalho do operário avulso é ainda um contrato de atividade e não de resultado, como na empreitada, por exemplo. Mas, quanto *inciso XXXIV do art. 7º*, remetemo-nos à reflexão de Arnaldo Süssekind²²:

A Lei Maior, no inciso XXXIV do art. 7º, preceitua a igualdade de direitos entre o trabalhador avulso e o empregado. Trata-se de mera fantasia, pois a norma jurídica não tem o condão de solucionar o impossível. Essa pretendida isonomia há de ser respeitada no que couber. Como, por exemplo, assegurar ao trabalhador avulso a indenização por despedida arbitrária ou o aviso prévio de despedida, se, não sendo ele empregado, jamais poderia ser despedido. Como garantir-lhes participação nos lucros, nos resultados ou na gestão das empresas tomadoras dos serviços, se entre estas e os trabalhadores escalados estabelece-se relação jurídica efêmera?

Em regra, os trabalhadores avulsos têm sua remuneração definida por salário dia, que é fixo, ou por salário produção, que é variável. O salário dia é uniforme, ou seja, é o mesmo, qualquer que seja a operação, e a remuneração por produção é específica de cada faina e calculada de acordo com sua natureza, seja por tonelada como é no caso do transbordo de grãos e algodão, seja por contêiner, no caso das diversas mercadorias assim transportadas.

A contratação do trabalho avulso é feita por equipe, chamada de terno e o salário, tradicionalmente, é calculado para todos os trabalhadores do terno, ou seja, o salário produção é devido a cada trabalhador da equipe que alcançou aquele resultado. Daí, a "filosofia do terno", que considera que este tem vida própria, que é este que produz, e não o estivador individual.

Sobre a rotina de remuneração do trabalhador portuário avulso, Ronaldo Curado Fleury²³ ensina que:

O ciclo de remuneração inicia-se com a previsão de chegada do navio, sendo desde logo estabelecidos o período de estadia e a carga envolvida. O operador portuário elabora as requisições do número de trabalhadores necessários à carga e descarga e este efetua a escala dos trabalhadores. Os

²² SÜSSEKIND, Arnaldo. **Curso de direito do trabalho**. 2.ed.rev.e atual. 2004. Rio de Janeiro: Renovar, p. 191.

²³ *Op. Cit.*, p. 110

operários escalados que efetivamente prestarem os serviços respectivos, perceberão a remuneração devida dentro de 48 horas subsequentes ao término do serviço. A remuneração é calculada com base: turno (diurno ou noturno); tipo e número de paralisações, ocorrência de horas extraordinárias; tipo de carga e trabalho em domingos ou feriados. Tais itens são variáveis empregadas no cálculo do montante de mão de obra, inclusive, acrescendo-se o RSR.

Urge daí a figura do trabalho portuário avulso como uma relação inserida no mundo laboral diversificada de todos os conceitos que distinguem a relação de emprego da de trabalho, havendo, na verdade, uma mescla entre ambas.

Mesmo ausente o vínculo de emprego, garante-se ao trabalhador portuário avulso todos os direitos previstos na CLT, tais como horas extras, adicional noturno, reflexo em descanso semanal, fruição intervalar, salário trezeno e até mesmo férias, bem como goza o trabalhador portuário de direitos previdenciários e fundiários, ficando os recolhimentos destes encargos sob a responsabilidade do OGMO.

A isonomia de direitos entre os trabalhadores com vínculo permanente e o avulsos, imposta pelo art. 7º, inciso XXXIV, da Constituição Federal é, portanto, inegável, ressaltando-se, porém, as particularidades do trabalho avulso.

Sobre o assunto, colhemos a opinião de Odonel Urbano e Pedro Paulo Teixeira Manus²⁴:

O trabalhador avulso tem os mesmos direitos do trabalhador empregado. É o que está escrito no inc. XXXIV do art. 7º da CF/88, "verbis": "Igualdade de direitos entre o trabalhador com vínculo empregatício permanente e o trabalhador avulso". Quando o legislador constitucional refere-se a "trabalhador com vínculo empregatício permanente" realça, na verdade, a figura do trabalhador empregado (subordinado). Consequência natural desse posicionamento foi a recepção, pela Lei Maior, da exceção inserida na Lei 7.494, de 17.06.86, que atribuiu competência "ex ratione materiae" da Justiça do Trabalho para dirimir controvérsias em que figurem trabalhadores avulsos. Daí a razão pela qual a jurisprudência trabalhista registra casos de horas extraordinárias dessa espécie de trabalhador. Entende-se que é impossível a caracterização do pressuposto habitualidade na prestação da sobrejornada, eis que o trabalhador avulso presta serviços para diversas empresas tomadoras de sua mão de obra.

²⁴ GONÇALVES, Odonel Urbano e MANUS, Pedro Paulo Teixeira. **Duração do Trabalho**. São Paulo: Ed. LTr, 1996, p. 79/80.

2.5. O Trabalhador Avulso Não Portuário

De acordo com o art. 9º, VI, do Decreto nº 3.048/99²⁵, avulso é aquele que, sindicalizado ou não, presta serviços de natureza urbana ou rural, a diversas empresas, sem vínculo empregatício, com a intermediação obrigatória do OGMO, ou do sindicato da categoria. Portanto, o trabalhador avulso pode ser portuário ou não portuário.

O trabalhador avulso não portuário pode ser definido como aquele que trabalha para diversos tomadores, sem vínculo de emprego, obrigatoriamente intermediado pelo sindicato da categoria. Pode executar seus serviços na área portuária ou não. O que o diferencia do avulso portuário é, na verdade, que o não portuário é intermediado pelo sindicato e alguns são regidos pela Lei nº 12.023/2009, enquanto que o portuário é regido pela Lei 12.815/13 e, como já vimos, intermediado necessariamente pelo OGMO.

Contudo, o conflito é que os avulsos não portuários podem executar as atividades de movimentação de mercadorias mencionadas no art. 2º, da Lei nº 12.023/2009²⁶:

Art. 2º São atividades da movimentação de mercadorias em geral:

I – cargas e descargas de mercadorias a granel e ensacados, costura, pesagem, embalagem, enlonamento, ensaque, arrasto, posicionamento, acomodação, reordenamento, reparação da carga, amostragem, arrumação, remoção, classificação, empilhamento, transporte com empilhadeiras, paletização, ova e desova de vagões, carga e descarga em feiras livres e abastecimento de lenha em secadores e caldeiras;

II – operações de equipamentos de carga e descarga;

III – pré-limpeza e limpeza em locais necessários à viabilidade das operações ou à sua continuidade.

Além destas, os avulsos não portuários podem executar outras atividades, como é o caso do prático de barra e a guarda portuária. Estes, apesar de serem classificados como não portuários, não são regidos nem pela Lei 12.815/13 nem pela Lei nº 12.023/2009.

Assim, fica fácil notar que sindicatos e órgãos gestores de mão de obra disputam acirradamente o mercado de intermediação, onde cada um tenta fazer a interpretação da malha legislativa a seu favor com a finalidade de tomar pra si exclusividade na intermediação de determinados setores.

²⁵ http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D3048.htm. Acesso em 07/08/2014

²⁶ http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l12023.htm, Acesso em 07/08/2014

Sérgio Pinto Martins²⁷ esclarece que são características do trabalhador avulso:

a) A liberdade na prestação de serviço, pois não tem vínculo de emprego nem com o sindicato, muito menos com as empresas tomadoras de serviço; b) há a possibilidade da prestação de serviços a mais de uma empresa, como na prática ocorre; c) o sindicato ou o órgão gestor de mão de obra fazem a intermediação da mão de obra, colocando os trabalhadores onde é necessário o serviço, cobrando posteriormente um valor pelos serviços prestados, já incluindo os direitos trabalhistas e os encargos previdenciários e fiscais e fazendo o rateio entre as pessoas que participaram da prestação de serviço; d) curto período em que o serviço é prestado ao beneficiário.

Nas características descritas por Sérgio Pinto, falta apenas a divisão entre o trabalhador avulso não portuário e o avulso portuário.

A melhor doutrina defende que o sindicato não deveria mediar a mão de obra, pois seu papel é o de defender os interesses individuais e coletivos da categoria e não o de atuar como gestor e administrador do trabalho avulso.

Nem a norma coletiva poderia desviar a finalidade do sindicato e autorizar sua atuação como gerenciador da mão de obra do avulso. Todavia, após o advento da Lei nº 12.023/2009 a mediação está autorizada por lei. Resta saber se a lei fere o art. 8º, III, da CF, já que aos sindicatos cabe a defesa dos interesses da categoria e não outra atividade.

Como derradeiro argumento, contrário a atuação sindical na forma como prevê a lei 12023/09 trazemos à baila precedente jurisprudencial do TST, em acórdão da relatoria do iminente Ministro Maurício Godinho Delgado²⁸:

INSTRUMENTO NORMATIVO COLETIVO - CLÁUSULA PERMISSIVA DA ATUAÇÃO DO SINDICATO PROFISSIONAL COMO ÓRGÃO GESTOR DE MÃO-DE-OBRA DO TRABALHADOR AVULSO NÃO PORTUÁRIO - MANIFESTA ILEGALIDADE E INCONSTITUCIONALIDADE - A Constituição da República, ao elevar o status jurídico das entidades sindicais no Direito brasileiro, assim o fez em consideração ao seu importante papel de organização defensora dos direitos coletivos e individuais dos trabalhadores, quer de origem constitucional, legal, coletiva privada ou, até mesmo, contratual. Nessa linha, confirmou o imprescindível caráter representativo dos trabalhadores do respectivo sindicato profissional (art. 8º, II, CF/88), firmando, ainda, que "ao sindicato cabe a defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria, inclusive em questões judiciais ou administrativas" (art. 8º, III, CF/88 -

²⁷ MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do Trabalho**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2001, p. 192.

²⁸ <http://www.tst.jus.br/jurisprudencia>. Acessado em 07/08/2014

grifos acrescidos). Nesse quadro, desponta como manifestamente inconstitucional regra jurídica autorizadora da descaracterização do papel e funções essenciais do sindicato, transformando-o em locador e gestor de mão-de-obra, com interesses claramente empresariais e potencialmente contrários aos dos próprios trabalhadores envolvidos. A exceção legal surgida antes 1988, referente aos sindicatos de trabalhadores avulsos portuários, é absolutamente singular, não podendo ser transplantada para outras realidades do País, que envolvam terceirização ou locação de mão-de-obra. A própria Lei nº 8.630/1993, subsequente à Constituição, preferiu evitar o aparente conflito de situações jurídicas, criando órgão gestor de mão-de-obra no seguimento portuário brasileiro (OGMO), de composição tripartite e não apenas sindical (art. 24, Lei nº 8630/93), sem prejuízo de reconhecer a singularidade histórica da atuação sindicalista nesse específico segmento diferenciado (art. 18, incisos I a VII e parágrafo único, Lei nº 8630/93). Não tem, portanto, respaldo constitucional regra jurídica que comprometa a estrutura e funções do sindicato profissional como entidade voltada, essencialmente, à defesa dos interesses e direitos individuais, plúrimos e coletivos dos trabalhadores. Recurso ordinário provido para excluir a cláusula. (RODC- 1699/2004-000-15-00.5 Julgado em 09.10.2008-Seção Especializada em Dissídios Coletivos)

Percebe-se, pois, que a Lei nº 12.023/2009 não atinge todos os avulsos não portuários, mas tão somente os que trabalham na movimentação de mercadoria. Mesmo assim, a constitucionalidade da lei mencionada é discutida, em decorrência do texto Constitucional contido no art. 8º, III.

De acordo com a Lei nº 12.023/2009 caberá ao sindicato o registro e o cadastro dos trabalhadores avulsos, em documento distinto da carteira de associado, para evitar a preferência ao sindicalizado ou indução à associação sindical.

Ao sindicato também competirá a distribuição, em sistema de rodízio, do trabalho, em igualdade de condições. O tomador, por sua vez, será o responsável pelo recolhimento direto dos encargos sociais e fiscais do trabalhador avulso, bem como pelo pagamento ao sindicato da remuneração daqueles, a quem fica solidariamente responsável, no limite do que fizerem uso do trabalho avulso intermediado pelo sindicato.

Em resumo, a Lei 12.815/13 só se dirige aos empregados portuários com vínculo de emprego e avulsos portuários, que são aqueles que desenvolvem as atividades descritas no artigo 40. Todavia, por força do artigo 7º, inciso XXXIV, da CF e artigo 4º, da Lei nº 12.023/2009, os avulsos não portuários terão os mesmos direitos trabalhistas constitucionais que os avulsos portuários.

Com isso, no caso do regime de trabalho avulso, haverá a intermediação obrigatória do sindicato da categoria, conforme vier a ser definido por Acordo ou Convenção Coletiva de Trabalho, para execução das atividades. A remuneração, a definição das funções, a composição de equipes e as demais condições de trabalho serão objeto de negociação entre as entidades representativas dos trabalhadores avulsos e dos tomadores de serviços.

Semelhantemente ao que ocorre com o OGMO, o sindicato deverá elaborar as escalas de trabalho segundo critérios objetivos, em rodízio, independentemente de filiação sindical dos trabalhadores avulsos, ficando encarregado de receber dos tomadores e repassar aos trabalhadores os valores referentes aos direitos trabalhistas devidos.

2.5.1. A Intermediação de Mão de Obra pelo Sindicato

As obrigações do sindicato ao intermediar a prestação dos serviços deverão estar previstas em negociação coletiva. Assim, a remuneração, a definição das funções, a composição de equipes e as demais condições de trabalho serão objeto de acordo ou convenção coletiva, com participação dos trabalhadores avulsos e dos tomadores de serviços.

Destaque-se o que estabelecem os artigos 4º e 5º, da Lei 12.023/08, *in verbis*:

Art. 4º O sindicato elaborará a escala de trabalho e as folhas de pagamento dos trabalhadores avulsos, com a indicação do tomador do serviço e dos trabalhadores que participaram da operação, devendo prestar, com relação a estes, as seguintes informações:

I – os respectivos números de registros ou cadastro no sindicato;

II – o serviço prestado e os turnos trabalhados;

III – as remunerações pagas, devidas ou creditadas a cada um dos trabalhadores, registrando-se as parcelas referentes a:

a) repouso remunerado;

b) Fundo de Garantia por Tempo de Serviço;

c) 13º salário;

d) férias remuneradas mais 1/3 (um terço) constitucional;

e) adicional de trabalho noturno;

f) adicional de trabalho extraordinário.

Art. 5º São deveres do sindicato intermediador:

I – divulgar amplamente as escalas de trabalho dos avulsos, com a observância do rodízio entre os trabalhadores;

II – proporcionar equilíbrio na distribuição das equipes e funções, visando à remuneração em igualdade de condições de trabalho para todos e a efetiva participação dos trabalhadores não sindicalizados;

III – repassar aos respectivos beneficiários, no prazo máximo de 72 (setenta e duas) horas úteis, contadas a partir do seu arrecadamento, os valores

devidos e pagos pelos tomadores do serviço, relativos à remuneração do trabalhador avulso;

IV – exibir para os tomadores da mão de obra avulsa e para as fiscalizações competentes os documentos que comprovem o efetivo pagamento das remunerações devidas aos trabalhadores avulsos;

V – zelar pela observância das normas de segurança, higiene e saúde no trabalho;

VI – firmar Acordo ou Convenção Coletiva de Trabalho para normatização das condições de trabalho.

§ 1º Em caso de descumprimento do disposto no inciso III deste artigo, serão responsáveis, pessoal e solidariamente, os dirigentes da entidade sindical.

§ 2º A identidade de cadastro para a escalação não será a carteira do sindicato e não assumirá nenhuma outra forma que possa dar ensejo à distinção entre trabalhadores sindicalizados e não sindicalizados para efeito de acesso ao trabalho.

Nos termos da lei, o sindicato possui um papel diferente daqueles que apenas representam outras categorias profissionais, já que exerce dupla atuação.

Naturalmente, nos termos do artigo 511, da CLT, possui a prerrogativa de representar os trabalhadores para fins de defesa de seus direitos e interesses, sendo eles coletivos ou individuais, inclusive em questões judiciais e administrativas.

Além disso, tem como característica singular a função intermediadora de mão de obra, ou seja, ser o elo entre avulsos e tomadores de serviço, o que envolve o diálogo com o tomador para definir o valor e a forma legal de pagamento pelo trabalho, jornada laboral, fornecimento dos equipamentos de proteção individual e todos os aspectos que se referem à prestação do serviço.

Percebe-se, portanto, que o sindicato se torna uma instituição representativa e intermediadora, sendo certo que essa função abrange, ainda, o resultado do trabalho prestado que implica o ato de administrar a rotina dos trabalhadores avulsos.

Sobre este papel do sindicato, afirma Paula Regina Pereira Marcelino²⁹:

avulso conta com essa entidade como agente social de proteção, que trabalha na busca de serviços, ocupação e aperfeiçoamento profissional além de possibilitar o gozo de ampla assistência extensiva aos familiares. Esse órgão se preocupa em: inibir a atuação de “aventureiros”; diminuir o

²⁹ MARCELINO, Paula Regina Pereira. **A Logística da Precarização**. 1ª ed., São Paulo: Expressão Popular, 2004.

processo de precarização e do trabalho informal; e aumentar o nível de emprego formal.

2.5.2. A Intermediação de Mão de Obra e a Liberdade de Filiação e Associação.

O princípio da liberdade de associação e de filiação encontra regramento na Constituição Federal de 1988, que assim regulamentou:

Art. 5º- Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

...

XX- ninguém poderá ser compelido a associar-se ou a permanecer associado;

Art. 8º É livre a associação profissional ou sindical, observado o seguinte:

...

V- ninguém será obrigado a filiar-se ou a manter-se filiado a sindicato.

Dos ensinamentos do emérito Arnaldo Süssekind³⁰ em comentário sobre a previsão constitucional da liberdade de filiação extraímos a lição:

Uma das facetas da liberdade sindical é a faculdade assegurada ao trabalhador e ao empresário de filiar-se ao sindicato representativo do seu grupo profissional ou econômico e de nele permanecer enquanto lhe aprouver. Nula, portanto, qualquer cláusula de convenção coletiva ou de outro instrumento normativo, regulamento de empresa ou contrato individual de trabalho que subordine a admissão em emprego ou a aquisição de direitos à condição de ser trabalhador sindicalizado (closed shop) ou de não sindicalizar-se (yellow dog contract).

No campo da tutela internacional, a Convenção nº 98, da OIT³¹, ratificada pelo Brasil e promulgada pelo decreto nº 33.196/53, dispõe a respeito da liberdade de filiação sindical nos seguintes termos:

Art. 1º - 1. Os trabalhadores deverão gozar de proteção adequada contra quaisquer atos atentatórios à liberdade sindical em matéria de emprego. 2. Tal proteção deverá particularmente, aplicar-se a atos destinados a: a) subordinar o emprego de um trabalhador à condição de não se filiar a um sindicato ou deixar de fazer parte de um sindicato;

Art. 2º - 1. As organizações de trabalhadores e de empregadores deverão gozar de proteção adequada contra quaisquer atos de ingerência de umas e

³⁰ SÜSSEKIND, Arnaldo. **Direito Constitucional do Trabalho**. 3ª Ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2004., p. 80.

³¹ <http://www.oitbrasil.org.br/node/465>. Acesso em 07/08/2014

outras, quer diretamente, quer por meio de seus agentes ou membros, em sua formação, funcionamento e administração.

2. Serão particularmente identificados como atos de ingerência, nos termos do presente artigo, medidas destinadas a provocar a criação de organizações de trabalhadores dominadas por um empregador ou uma organização de empregadores, ou manter organizações de trabalhadores por outros meios financeiros, com o fim de colocar essas organizações sob o controle de um empregador ou de uma organização de empregadores.

Art. 3º - Organismos apropriados às condições nacionais deverão, se necessário, ser estabelecidos para assegurar o respeito do direito de organização definido nos artigos precedentes.

Portanto, irrefutável o entendimento de que a previsão do ordenamento jurídico brasileiro, para ambos os princípios, engloba dimensão positiva e negativa. A primeira decorre da liberdade de criação, vinculação e filiação ao sindicato. A segunda, ao revés, da garantia de não ingresso e de livre desfiliação da entidade.

A revogada Lei 8630/93, ao criar um OGMO em cada porto organizado, retirou dos sindicatos a prática da intermediação da mão de obra. Contudo, ao regulamentar e revogar os artigos celetistas que dispunham acerca do trabalho na movimentação de mercadorias, o fez de forma restritiva, dispondo basicamente sobre os avulsos portuários, olvidando-se dos demais trabalhadores avulsos, envolvidos com a movimentação de mercadorias em geral.

Em análise aos artigos 1º e 5º, da Lei 12.023/09 pode ensejar entendimento de que a intermediação dos trabalhadores avulsos pelo sindicato propicia maior oportunidade de atuação negocial na medida em que os sindicatos têm maiores possibilidades de negociar preços e condições de trabalho.

Ainda nesta linha de raciocínio, não se cogitaria incompatibilidade ou interesses contrapostos na atuação sindical como intermediador de mão de obra e representante dos trabalhadores. Ao contrário, a previsão possibilitará aos trabalhadores a organização para a oferta da mão-de-obra, pois sozinhos, tais trabalhadores não possuem instrumental necessário para disponibilizar seu labor, sendo imprescindível o cadastro e organização logística de uma entidade, papel assumido pelo sindicato que, ao fim, termina por valorizar seu papel na função negocial.

Todavia, sob o prisma do valor social do trabalho, da dignidade humana e da melhoria da condição social do trabalhador, norteadas pelas diretrizes das funções e atribuições sindicais

e pelo alcance da normatização dos princípios da liberdade associativa e de filiação, em suas dimensões positiva e negativa, revelam ser outra a conclusão.

Pela segunda ótica, pode-se entender que a intermediação de mão de obra pelo sindicato ameaça a função sindical negocial, pois o sindicato deixará de vestir a couraça de representante dos trabalhadores na negociação coletiva para atuar com flagrante ideologia empresarial, já que os dirigentes sindicais são responsabilizados solidariamente com o tomador de serviços pelo inadimplemento dos direitos dos avulsos, conforme o artigo 5º, § 1º, da Lei 12.023/09.

Neste diapasão, macula a função negocial prevista pela Convenção 98 da Organização Internacional do Trabalho e a utilização da negociação coletiva, livre e imparcial, como força motriz de instrumentos normativos autônomos que permitirão às próprias partes a composição pacífica dos conflitos trabalhistas.

Ao intermediar a mão de obra avulsa, os sindicatos podem retirar a liberdade de associação dos trabalhadores avulsos, pois estes acabam por ser forçados a se filiarem se quiserem a colocação nos postos de trabalho, uma vez que, por ser o próprio sindicato quem intermediará os trabalhadores avulsos e seus tomadores de serviço, certamente indicará os trabalhadores sindicalizados, ferindo por via transversa, o direito fundamental à liberdade de filiação e associação, seja em sua dimensão positiva, seja negativa.

Em um sistema de unicidade sindical como o adotado pelo Brasil, ante a ausência de liberdade de escolha, deve-se redobrar a atenção para o livre exercício da liberdade de filiação e associação. Qualquer previsão que enseje, ainda que indiretamente, quer na dimensão positiva, quer na negativa, uma ameaça a essa liberdade, deve ser coibida.

Ademais, em sendo o sindicato responsável solidário pelos pagamentos aos tomadores de serviço, sua liberdade e imparcialidade para representação judicial ou administrativa dos trabalhadores restará maculada, por óbvio, em demandas nas quais se discuta o repasse das verbas recebidas dos tomadores de serviços e o desligamento dos trabalhadores do órgão intermediador.

Em contrapartida, o aludido artigo 5º, em seu inciso II prevê a obrigação do sindicato proporcionar equilíbrio na distribuição das equipes e funções, em condições de igualdade de para todos, inclusive, com e a efetiva participação dos trabalhadores não sindicalizados.

Nesse mesmo sentido, o § 2º do tratado artigo de lei, estabelece que a identificação do trabalhador não pode se vincular à sua condição de sindicalizado ou não, que não haja maneira de se dar ensejo à distinção entre trabalhadores para efeito de acesso ao trabalho.

Para a observância desta previsão legal, a Secretaria de Inspeção do Trabalho, em seu Manual do Trabalho Portuário³² e Ementário, observaram em relação ao desequilíbrio no rodízio, que:

Ocorre muitas vezes pelo fato de os sindicatos obreiros manterem escalação dos TPAs (Trabalhadores Portuários Avulsos – o que se encaixa perfeitamente à hipótese do presente estudo sobre os Trabalhadores avulsos urbanos e rurais). Esses sindicatos mantêm uma série de privilégios para alguns trabalhadores, como por exemplo, um rodízio especial para aqueles que estejam prestes a se aposentar ou a obtenção de trabalho para os dirigentes sindicais ou para apaniguados de suas lideranças...

Vale lembrar que a história do trabalho portuário revela certo abuso corporativo na formação das turmas de trabalho e no rodízio de sua escalação, com direto reflexo na elevação do preço na carga e descarga das mercadorias no porto. Contudo, espera-se que a negociação coletiva, não traga de volta corporativismo exagerado, que a revogada lei nº 8.630/93 visou extinguir e agora volta à tona com a Lei 12.815/13.

O anseio doutrinário quanto ao tema se bem resume nas palavras de João de Lima Teixeira Filho³³: *o sindicato abandone a determinação de condições de trabalho pela via legislativa e reflua sua ação para o entendimento direto, no campo negocial. É dizer, que se espera que a participação do sindicato neste tipo de trabalho venha trazer benefício a esta categoria profissional, com prestígio à entidade sindical envolvida; mas sem encarecer ou dificultar a realização desta atividade empresarial. O que poderá levará os empregadores a contratar somente por vínculo empregatício.*

³² <http://www.apsfs.sc.gov.br/isps/documentos/012-manualtrabalhadorportuario.pdf>. Acesso em 08/08/2014.

³³ TEIXEIRA, João Teixeira Filho. **In Instituições de Direito do Trabalho**, Arnaldo Sussekind & Delio Maranhão & Segadas Vlana, Editora LTr, 22ª Edição, 2005, pág. 1087.

Capítulo III – As inovações da Lei 12.815/13

Quando da edição da Lei 8.630/93, há vinte anos, tinha-se como foco a mão de obra dentro do contexto portuário que surgia. Agora, com o advento da Lei 12.815/13, a primeira preocupação do legislador se volta à exploração das instalações portuárias localizadas, principalmente, fora da área dos portos organizados, o que não deixa de impactar nas relações laborais dentro do cenário portuário.

3.1. Legislação Básica

Nos ensinamentos do professor Cesar Luiz Pasold³⁴, Direito Portuário se constitui de um ramo autônomo do Direito, consagrando-se quando cumpridos quatro requisitos essenciais, a saber:

1º - possuir uma unidade epistemológica, quer dizer, uma unidade temática caracterizada, perfeitamente delineada, ou seja, um assunto jurídico claramente desenhado e ao qual evidentemente se dedica;

2º - esta unidade epistemológica, ou esse assunto claramente definido tem uma legislação que lhe é básica sua identificação absoluta, ou seja, ela trata fundamentalmente do tema que diz respeito a esta unidade epistemológica;

3º - e tal unidade epistemológica claramente delineada que tem sua legislação própria, específica, básica, com lei nuclear que lhe é tematicamente exclusiva, se relaciona com outras unidades epistemológicas, vale dizer, com outros ramos do Direito, em relacionamentos visíveis, claramente demonstráveis.

4º - e, enfim, o quarto requisito consiste no fato de que todo ramo do Direito há que se nutrir permanentemente nas Fontes do Direito, sob pena de perecer caso não disponha de Lei e/ou Jurisprudência e/ou Doutrina e/ou Costumes para realimentar-se. em seu disciplinamento, a partir de pelo menos uma lei nuclear que preencha a condição da.

A Lei 12.815/13 passou a ser a legislação central do Direito Portuário, já revogou a Lei 8.630/93 e passou a regular a exploração direta e indireta pela União de portos e instalações portuárias, além de versar sobre as atividades desempenhadas pelos operadores portuários.

O referido autor aponta outros textos legislativos como base do direito portuário, porém, considerando que a sua obra é de 2007, ponderamos os seguintes textos legais aplicáveis ao presente estudo:

³⁴ PASOLD, Cesar Luiz. **Lições Preliminares de Direito Portuário**. p. 24-26, In http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/campos/miriam_ramoniga.pdf, acessado em 26/07/2014.

- Lei 4.680, de 26 de novembro de 1965, que dispõe sobre o regime de trabalho nos portos organizados, e dá outras providências;
- Lei 7573, de 23 de dezembro de 1986, que trata do Ensino Profissional Marítimo;
- Decreto nº 1.035, de 30 de dezembro de 1993, que dispõe sobre o recolhimento do Adicional de Indenização do Trabalhador Portuário Avulso, e dá outras providências;
- Decreto nº 1.574, de 31 de julho de 1995, que promulga a convenção nº 137, da Organização Internacional do Trabalho, sobre as Repercussões Sociais dos Novos Métodos de Manipulação de Cargos nos Portos, assinada em Genebra, em 27 de junho de 1973;
- Lei 9.719, de 27 de novembro de 1998, que trata das normas e condições gerais de proteção ao trabalho portuário, institui multas pela inobservância de seus preceitos, e dá outras providências.

Além de revogador, o novo marco regulatório tem o propósito de adequar as previsões legislativas ao atual cenário portuário, devendo se manter em consonância com as demais fontes legais, em especial, as Convenções e Recomendações da OIT.

3.2. Convenção 137, da OIT.

Não há como se opor à automação. Aqueles que por ventura se atrevam a se opor às inovações tecnológicas certamente perderão a corrida pela competitividade se afastando do que estabelece a economia moderna.

As inovações tecnológicas, ao mesmo tempo em que trazem desemprego, reduzem custos e, conseqüentemente, preços de bens e serviços, possibilitando a criação de novos postos de trabalho em outras áreas. Daí a necessidade do trabalhador portuário se submeter a constantes treinamentos e reciclagens, pois tem sido cada vez mais escassa a presença do típico estivador, que carrega pesados fardos nas costas.

Pondera-se, entretanto, que a mecanização e a automação constituem uma realidade no mundo moderno. Ocorre que, entre as conseqüências dos processos de mecanização e

automação, ao lado do aumento da produtividade, há também o acréscimo de percentuais de desemprego.

Com isso, o legislador brasileiro entendeu por ratificar a Convenção 137, da OIT, bem como aceitou a Recomendação 145, justamente visando amenizar o impacto da modernização dos portos nas relações laborais.

Coadunar a Lei 12.815/13 com tratada Convenção é de suma importância para o equilíbrio entre a modernização e o trabalho, já que, enquanto a revogada Lei 8.630/93 tinha por escopo principal o trabalho portuário, o novo marco regulatório tem como objeto principal o incentivo de investimentos nos portos, o que, por consequência lógica, trará modernização de maquinários e introdução de novos métodos de se proceder com a atividade portuária.

A Convenção n°137, da Organização Internacional do Trabalho, nominada de *Convenção referente às Repercussões Sociais dos Novos Métodos de Processamento de Carga nos Portos*, aprovada pela 58ª Conferência Internacional do Trabalho foi redigida em 05 de julho, de 1973, iniciando a sua vigência em 24 de julho de 1975. Ao todo, ratificaram o documento vinte e dois países: Afeganistão, Austrália, Brasil, Costa Rica, Cuba, Egito, Espanha, Finlândia, França, Guiana, Iraque, Quênia, Nicarágua, Noruega, Países Baixos, Polônia, Portugal, Itália, Romênia, Suécia, Tanzânia e Uruguai.

Países importantes, do ponto de vista portuário, como Alemanha, a Holanda, os Estados Unidos da América e Japão não ratificaram a tratada Convenção por já possuírem legislação protetora contra os excessos da automação.

Importante dizer que, quanto à ratificação, as Convenções da OIT devem seguir o mesmo *iter* procedimental dos demais tratados internacionais. Ensina Arnaldo Süssekind³⁵:

(...) o Presidente da República expede o decreto de promulgação indicando o Decreto do Legislativo do Congresso Nacional que aprovou a Convenção, a data do registro da ratificação na RIT, o dia em que entrará em vigor para o Brasil; e determina que a convenção, cujo texto reproduz em idioma português, "seja executada e cumprida tão inteiramente como nela se contém".

³⁵ SÜSSEKIND, Arnaldo. **Direito Internacional do Trabalho**. São Paulo: RTTr, 2000, p. 203.

Vale dizer que no Brasil, a ratificação foi inicialmente desaconselhada pelo Parecer 38/73 do Ministério do Trabalho e Previdência Social³⁶, assinada pelo jurista Marcelo Pimentel. No parecer, argumentava-se que o Brasil necessitava de liberdade de ação para modernizar os seus portos, o que seria tolhido pela ratificação, segundo o hoje aposentado Ministro do TST.

O parecer, acatado, impediu a ratificação na Convenção 137 da OIT pelo Brasil. Saliente-se que a ausência de ratificação não chegou a trazer prejuízos, pois os portos naquela época estavam por demais sucateados e, portanto, longe de passar por processos de automação. Entretanto, cerca de vinte anos após o mencionado parecer, a Lei 8.630/93 voltou a abrir portas a investimentos privados levando à previsão de adoção de métodos modernos automatizados de transporte de cargas e de técnicas de gerenciamento típicas da iniciativa privada, com contenção máxima de custos, em especial de mão de obra.

Em trinta e um de julho de 1995 foi finalmente publicado o Decreto 1.574 que formaliza a ratificação da Convenção 137 da OIT pelo Brasil. Hoje, com as alterações trazidas pela Lei 12.815/13, volta a se especular se há riscos de se retomar o monopólio sindical sobre o trabalho portuário que obviamente possui caráter inibidor da modernização dos portos.

Frise-se que a tratada Convenção esclarece que a definição de portuários e trabalho portuário deve constar na legislação de cada país.

Destaquem-se abaixo as previsões contidas na Convenção 137 da OIT³⁷ de maior relevância ao presente estudo:

Art. 2 — 1. Incumbe à política nacional estimular todos os setores interessados para que assegurem aos portuários, na medida do possível, um emprego permanente ou regular.

2. Em todo caso, um mínimo de períodos de emprego ou um mínimo de renda deve ser assegurado aos portuários sendo que sua extensão e natureza dependerão da situação econômica e social do país ou do porto de que se tratar.

Art. 3 — 1. Registros serão estabelecidos e mantidos em dia, para todas as categorias profissionais de portuários na forma determinada pela legislação ou a prática nacional.

³⁶http://www.camara.gov.br/internet/comissao/index/mista/orca/orcamento/or2010/rel_setor/setor10/000_Rel_Setorial_10.pdf, acessado em 26/07/2014

³⁷ <http://www.oitbrasil.org.br/node/491>, acessado em 26/07/2014

2. Os portuários matriculados terão prioridade para a obtenção de trabalho nos portos.

3. Os portuários matriculados deverão estar prontos para trabalhar de acordo com o que for determinado pela legislação ou as práticas nacionais.

Art. 4 — 1. Os efeitos dos registros serão periodicamente revistos, a fim de fixá-los num nível que corresponda às necessidades do porto.

2. Quanto uma redução dos efetivos de um registro se tornar necessária, todas as medidas úteis serão tomadas, com a finalidade de prevenir ou atenuar os efeitos prejudiciais aos portuários.

...

Art. 6 — Os Membros farão com que as regras adequadas, referentes à segurança, higiene, bem-estar e formação profissional dos trabalhadores, sejam aplicadas aos portuários.

Em suma, as previsões acima transcritas estabelecem que sejam adotadas medidas que estimulem os setores interessados a assegurar aos portuários, na medida do possível, um emprego permanente, cuidando de garantir um mínimo de renda, além de determinar a regularização dos registros de todas as categorias profissionais dentro do porto, dando preferência ao trabalhador devidamente matriculado e indicando sistemas de controle e proteção ao trabalho, ressaltando que o trabalhador deverá estar habilitado para se ativar de acordo com o que for determinado pela legislação e, por fim, frisa a importância da adoção de regras de segurança, higiene, bem estar e formação profissional dos trabalhadores.

3.3. Recomendação 145, da OIT.

Na esteira da ratificação da Convenção 137 da OIT, o Brasil aceitou também a Recomendação 145 da OIT que trata das repercussões sociais dos novos métodos de processamento de carga nos portos.

Vale dizer que as Recomendações internacionais do trabalho não têm a natureza jurídica obrigatória das Convenções, e não estão sujeitas à ratificação ou não. A adoção de uma Convenção se acompanha frequentemente da adoção de uma Recomendação. A Recomendação tende a completar a Convenção mediante disposições mais detalhadas.

As Recomendações, apesar de não terem o conteúdo das Convenções, criam uma obrigação de submissão, no prazo máximo de dezoito meses, à autoridade nacional competente para legislar ou adotar medidas referentes à matéria versada, de acordo com o

contexto interno de cada país. As normas podem ser analisadas por quaisquer das fontes diretas ou autônomas do Direito do Trabalho, como o contrato de trabalho e a convenção ou acordo coletivo de trabalho.

Acerca do tema, esclarecedor o ensinamento de Arnaldo Süssekind:³⁸

Essas Recomendações criam, para os Estados membros da OIT, certas obrigações, embora de caráter formal, ao contrário do que sucede com as Convenções que são votadas na maioria dos Congressos e Conferências internacionais. Por isso mesmo, não se lhes pode aplicar o tradicional conceito a respeito, enunciado por alguns tratadistas do Direito Internacional Público, segundo o qual a recomendação não cria obrigações para os Estados participantes dos Congressos ou organismos que a adotam. É que, por força do estatuído no art. 19, § 6º, o Estado membro da OIT tem a obrigação de submeter a recomendação à autoridade competente para o fim de decidir, soberanamente, sobre a conveniência de transformar em lei ou adotar outras medidas em relação à matéria versada, cumprindo-lhe, ainda, informar à Repartição Internacional do Trabalho, periodicamente, sobre o estado de sua legislação e da efetiva aplicação dos assuntos tratados na recomendação, precisando em que a medida está sendo observada ou pretende aplica-la e, bem assim, as modificações necessárias para adotar as suas disposições.

Apontando diretrizes ao que estabelece a Convenção 137 da OIT, a Reconvenção 145³⁹ traz os seguintes pontos principais:

1. Visa a introdução de políticas nacionais e regionais de desenvolvimento de mão de obra devem ser adotadas quando da introdução de novos métodos de processamento de carga. Para que estes programas possam ser implantados, o Estado deverá compilar de modo contínuo as informações pertinentes;
2. Propõe assegurar aos trabalhadores portuários, na medida do possível, emprego permanente e regular;
3. Na impossibilidade de se assegurar o mencionado acima, determina a garantia de renda mínima. Ainda, estabelece que estas garantias podem ser através de emprego durante um número mínimo combinado de horas ou turnos por ano, por mês ou semana ou, em lugar, pagamento correspondente e indenizações de desemprego;
4. Em caso de redução de mão de obra, sugere proporcionar proteção financeira aos trabalhadores portuários usando de benefícios previdenciários, indenizações por

³⁸ SÜSSEKIND, Arnaldo. **Instituições de Direito do Trabalho**. São Paulo: Ed. LTr, 1991, p.1.270.

³⁹ http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO:12100:P12100_INSTRUMENT_ID:312483:NO. Acessado em 15/07/2014

- cessação do trabalho ou, até mesmo, através de uma combinação de indenizações derivadas de lei ou contratos coletivos de trabalho;
5. Ressalta a importância de se manter em dia os registros para todas as categorias de trabalhadores portuários, bem como da periodicidade de se analisar os números de inscritos evitando que o quadro fique excessivo;
 6. Conduz à diminuição do número de categorias especializadas com a capacitação dos trabalhadores para executarem um número maior de tarefas. Trata-se, inclusive, da já abordada multifuncionalidade;
 7. Embora no Brasil exista nítida distinção, até mesma jurídica, propõe a supressão da distinção entre o trabalho de bordo e trabalho de terra;
 8. Indica a criação de programas de readaptação profissional em caso de diminuição de demanda nos portos;
 9. Preocupa-se com a criação de condições apropriadas de segurança no local de trabalho;
 10. Regula o trabalho em turnos, desde que se evite a “dupla pegada” e se respeite os limites legais ou convencionais de jornada, bem como estabelece uma compensação salarial pelos inconvenientes do trabalho por turnos, propondo a fixação de um horário adequado de turnos levando em consideração as condições das tarefas e do local da atividade laboral;
 11. Prega a igualdade do trabalhador portuário em face do trabalhador industrial, no que se refere à duração do trabalho.

Em consonância com a Reconvenção 145 da OIT, o legislador brasileiro tratou destes temas. Através da NR 29, do Ministério do Trabalho, por exemplo, estatuíram-se as normas de segurança do trabalho portuário, não sendo diferente com a Lei 12.815/13.

3.4. Considerações à Lei 12.815/13

Vimos que a nova legislação tem por objeto principal o aumento da competitividade dos portos pelos investimentos que deverão ser realizados pelo setor privado. Trata-se de estímulo à modernização portuária, otimização da infraestrutura portuária, além do consequente estímulo à concorrência dentro de um mesmo porto ou entre os portos.

Neste ponto, a Lei n. 12.815/2013 traz inovações, tais como a inexistência de diferença entre carga própria e carga de terceiros e o incentivo ao surgimento de novos Terminais de Uso Privado.

Esclarece-se que a União, através de contrato de delegação ou concessão, transfere a gestão da Administração do Porto Organizado ao estado ou município e este, por sua vez, realiza o arrendamento ou a subconcessão ao ente que irá efetivamente gerir o Porto.

A outorga de autorização ocorre quando a União autoriza um ente privado a explorar um Terminal de Uso Privado, Instalação Portuária de Turismo, Estação de Transbordo de Carga ou uma Instalação Portuária Pública de Pequeno Porte.

Analisando-se a Lei nº 12.815/2013, destaca-se o artigo 2º, que fornece os conceitos operacionais necessários para a aplicação do marco, quais sejam:

Art. 2º Para os fins desta Lei, consideram-se:

I - porto organizado: bem público construído e aparelhado para atender a necessidades de navegação, de movimentação de passageiros ou de movimentação e armazenagem de mercadorias, e cujo tráfego e operações portuárias estejam sob jurisdição de autoridade portuária;

II - área do porto organizado: área delimitada por ato do Poder Executivo que compreende as instalações portuárias e a infraestrutura de proteção e de acesso ao porto organizado;

III - instalação portuária: instalação localizada dentro ou fora da área do porto organizado e utilizada em movimentação de passageiros, em movimentação ou armazenagem de mercadorias, destinadas ou provenientes de transporte aquaviário;

IV - terminal de uso privado: instalação portuária explorada mediante autorização e localizada fora da área do porto organizado;

V - estação de transbordo de cargas: instalação portuária explorada mediante autorização, localizada fora da área do porto organizado e utilizada exclusivamente para operação de transbordo de mercadorias em embarcações de navegação interior ou cabotagem;

VI - instalação portuária pública de pequeno porte: instalação portuária explorada mediante autorização, localizada fora do porto organizado e utilizada em movimentação de passageiros ou mercadorias em embarcações de navegação interior;

VII - instalação portuária de turismo: instalação portuária explorada mediante arrendamento ou autorização e utilizada em embarque, desembarque e trânsito de passageiros, tripulantes e bagagens, e de insumos para o provimento e abastecimento de embarcações de turismo;

Por sua vez, o artigo 4º apresenta o procedimento para a concessão e o arrendamento de bem público, pois caso o mesmo se destine à atividade portuária, estes procedimentos

serão realizados mediante a celebração de contrato, sempre precedida de licitação, em conformidade com o disposto na lei e no seu regulamento.

Destaque-se também a definição das cláusulas essenciais nos contratos de arrendamento e concessão contida no artigo 5º, da tratada Lei 12.815/13, como segue:

Art. 5º São essenciais aos contratos de concessão e arrendamento as cláusulas relativas:

I - ao objeto, à área e ao prazo;

II - ao modo, forma e condições da exploração do porto organizado ou instalação portuária;

III - aos critérios, indicadores, fórmulas e parâmetros definidores da qualidade da atividade prestada, assim como às metas e prazos para o alcance de determinados níveis de serviço;

IV - ao valor do contrato, às tarifas praticadas e aos critérios e procedimentos de revisão e reajuste;

V - aos investimentos de responsabilidade do contratado;

VI - aos direitos e deveres dos usuários, com as obrigações correlatas do contratado e as sanções respectivas;

VII - às responsabilidades das partes;

VIII - à reversão de bens;

IX - aos direitos, garantias e obrigações do contratante e do contratado, inclusive os relacionados a necessidades futuras de suplementação, alteração e expansão da atividade e consequente modernização, aperfeiçoamento e ampliação das instalações;

X - à forma de fiscalização das instalações, dos equipamentos e dos métodos e práticas de execução das atividades, bem como à indicação dos órgãos ou entidades competentes para exercê-las;

XI - às garantias para adequada execução do contrato;

XII - à responsabilidade do titular da instalação portuária pela inexecução ou deficiente execução das atividades;

XIII - às hipóteses de extinção do contrato;

XIV - à obrigatoriedade da prestação de informações de interesse do poder concedente, da Agência Nacional de Transportes Aquaviários - ANTAQ e das demais autoridades que atuam no setor portuário, inclusive as de interesse específico da Defesa Nacional, para efeitos de mobilização;

XV - à adoção e ao cumprimento das medidas de fiscalização aduaneira de mercadorias, veículos e pessoas;

XVI - ao acesso ao porto organizado ou à instalação portuária pelo poder concedente, pela Antaq e pelas demais autoridades que atuam no setor portuário;

XVII - às penalidades e sua forma de aplicação; e

XVIII - ao foro.

Conforme estatuído no § 2º do art. 8º da Lei 12815/13, a autorização de instalação portuária terá o prazo de vinte e cinco anos, prorrogável por períodos sucessivos. Entretanto, a lei não estabeleceu prazo para as concessões, portanto, este variará de acordo com o contrato realizado com a união.

Por fim, o art. 44 da Lei em comento faculta aos titulares das instalações portuárias sujeitas a regime de autorização, a contratação de trabalhadores a prazo indeterminado, ou seja, trabalhadores fora do sistema.

Art. 44. É facultada aos titulares de instalações portuárias sujeitas a regime de autorização a contratação de trabalhadores a prazo indeterminado, observado o disposto no contrato, convenção ou acordo coletivo de trabalho.

Parece-nos, que a ideia da Lei 12.815/13 consiste em colocar terminais de uso privado para concorrerem abertamente com portos organizados. Entretanto, essa concorrência poderá refletir na precarização do trabalho portuário.

3.5. Efeitos da Lei 12.815/13 nas relações laborais

No tocante aos direitos trabalhistas, o novo marco regulatório se destaca por introduzir o artigo 10-A à Lei n. 9.719/1998.

Art. 10-A. É assegurado, na forma do regulamento, benefício assistencial mensal, de até 1 (um) salário mínimo, aos trabalhadores portuários avulsos, com mais de 60 (sessenta) anos, que não cumprirem os requisitos para a aquisição das modalidades de aposentadoria previstas nos arts. 42, 48, 52 e 57 da Lei n. 8.213, de 24 de julho de 1991, e que não possuam meios para prover a sua subsistência.

Parágrafo único. O benefício de que trata este artigo não pode ser acumulado pelo beneficiário com qualquer outro no âmbito da seguridade social ou de outro regime, salvo os da assistência médica e da pensão especial de natureza indenizatória.

A nova lei não altera direitos trabalhistas do trabalhador portuário, mas impacta na demanda pela mão de obra do trabalhador portuário típico. Os seis serviços portuários tipificados no § 1º, do artigo 40, da Lei 12.815/13, quais sejam: estiva, capatazia, conferência de carga, conserto de carga, vigilância de embarcações e bloco, somente podem ser realizados por pessoas dentro do sistema de fornecimento de mão de obra em um porto organizado.

A princípio, a inovação da Lei 12.815/13 não foi diretamente na relação de trabalho, mas, com a previsão contida no artigo 2º, IV certamente trará consideráveis reflexos nas relações laborais dentro do ambiente portuário, haja vista o citado texto legal ter permitido que os terminais de uso privado, ou seja, instalações portuárias exploradas mediante autorização e localizadas fora da área do porto organizado operem independentemente de manejarem carga própria ou de terceiro, o que os tornam concorrentes diretos dos portos

organizados. Contudo, por se localizarem fora da área do porto organizado, não estão sujeitos às rígidas regras para contratação de mão de obra previstas no artigo 40 do novo marco regulatório e, portanto, não precisam se utilizar da intermediação do OGMO.

Já vimos no início do presente trabalho que a Constituição Federal de 1998 conferiu tratamento isonômico dos avulsos com os trabalhadores com vínculo empregatício, por força do inciso XXXIV, do art. 7º. A novidade contemplada pelo novo texto legal, refere-se à contratação do trabalhador portuário com vínculo empregatício por prazo indeterminado, sob regime celetista, diferenciando-se do trabalhador portuário avulso, já que inexistente a prestação de trabalho a vários operadores portuários, sucessivamente.

Como o artigo 44 da Lei 12.815/13 faculta aos titulares das instalações portuárias sujeitas a regime de autorização a contratação de trabalhadores fora do sistema, por prazo indeterminado, cremos que haverá impacto considerável na contratação de mão de obra avulsa, já que o custo dos serviços nos portos privados certamente será bem menor, interferindo, indubitavelmente, na demanda pela utilização ou não dos portos organizados, pelos empresários, para movimentarem suas cargas.

Infelizmente, o anseio pela atração do investimento privado ficou à frente da valorização do trabalho humano, mesmo sendo este último um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, estatuído no artigo 1º, IV, da CF,

Noutro bordo, em consonância com outras normas pertinentes ao mundo portuário, a Lei n.º 12.815/13 refletiu em progressos na seara trabalhista. A exemplo, o parágrafo único, do artigo 43 estabeleceu a renda mínima ao trabalhador portuário avulso, coadunando com o disposto no art. 2º, da Convenção 137 da OIT.

Art. 43. A remuneração, a definição das funções, a composição dos ternos, a multifuncionalidade e as demais condições do trabalho avulso serão objeto de negociação entre as entidades representativas dos trabalhadores portuários avulsos e dos operadores portuários.

Parágrafo único. A negociação prevista no caput contemplará a garantia de renda mínima inserida no item 2 do Artigo 2 da Convenção nº 137 da Organização Internacional do Trabalho - OIT.

A garantia de benefício assistencial mensal, de até um salário mínimo, aos trabalhadores portuários avulsos, com mais de sessenta anos, não aposentáveis e que não

possuam meios para prover a sua subsistência, conforme estabelecido pelo artigo 73 e a expressa exigência de contratação de trabalhadores por prazo indeterminado apenas dentre os registrados no OGMO, estatuído pelo artigo 40, §2º, também são avanços importantes da estudada lei.

Art. 73. A Lei nº 9.719, de 27 de novembro de 1998, passa a vigorar acrescida do seguinte art. 10-A:

“Art. 10-A. É assegurado, na forma do regulamento, benefício assistencial mensal, de até 1 (um) salário mínimo, aos trabalhadores portuários avulsos, com mais de 60 (sessenta) anos, que não cumprirem os requisitos para a aquisição das modalidades de aposentadoria previstas nos arts. 42, 48, 52 e 57 da Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991, e que não possuam meios para prover a sua subsistência.

Parágrafo único. O benefício de que trata este artigo não pode ser acumulado pelo beneficiário com qualquer outro no âmbito da seguridade social ou de outro regime, salvo os da assistência médica e da pensão especial de natureza indenizatória.”

Vale ressaltar que o artigo 29 do novo marco regulatório prevê a possibilidade de criação de cooperativas de trabalho formadas por trabalhadores portuários avulsos poderão formar cooperativas que, desde que registradas de acordo com a lei, poderão estabelecer-se, inclusive, como operadores portuários.

Art. 29. As cooperativas formadas por trabalhadores portuários avulsos, registrados de acordo com esta Lei, poderão estabelecer-se como operadores portuários.

Tem-se que o referido texto legal acompanha o incentivo ao sistema cooperativista estatuído pelo § 2º, do artigo 174, da Constituição Federal. Importante frisar que a força de trabalho de uma cooperativa de serviços é a própria mão de obra de seus cooperados. Dessa forma, a partir do momento em os trabalhadores portuários avulsos registrados ingressam na cooperativa, sua situação, perante o OGMO, assemelha-se à do trabalhador portuário avulso registrado cedido ao operador portuário com vínculo empregatício a prazo indeterminado, deixando de concorrer à escala rodiziária com os demais portuários avulsos registrados, prestando serviços diretamente ao interessado na movimentação da carga.

Há muitos anos, José Luiz Linhares⁴⁰, coordenador do grupo especial para fiscalização do trabalho portuário, escreveu a respeito:

Como operadora portuária, a cooperativa, integrada pelos próprios trabalhadores avulsos, não requisita mão de obra no Órgão Gestor de Mão de Obra, já que ela é a própria mão de obra executando o trabalho para o dono da carga. Ela só estaria obrigada a requisitar a mão de obra do OGMO se adotar como objetivo uma única atividade de trabalho portuário executado exclusivamente por uma categoria de trabalhador avulso, por exemplo, uma cooperativa formada somente por estivadores. Neste caso, teria que requisitar do OGMO os trabalhadores das demais fainas de trabalho portuário.

Ainda, nos termos do § 3º, do artigo 40, da Lei 12.815, o operador portuário, nas atividades típicas portuárias, está impedido de contratar mão de obra sob o regime de trabalho temporário de que trata a Lei no 6.019/74⁴¹. Caso ocorra a contratação em regime temporário, a determinação de prazo será obviamente desconsiderada, implicando, ainda em reconhecimento do vínculo empregatício diretamente com o operador portuário.

Eduardo Gabriel Saad⁴² adverte, entretanto, que:

A norma é correta se se refere ao trabalho portuário, pois, segundo a Lei, quem o executa deve ser submetido a prévio treinamento. Mas sendo o operador portuário uma pessoa jurídica, é perfeitamente previsível que ele venha a necessitar de mão de obra temporária nos seus serviços administrativos ou burocráticos.

3.5.1. Possibilidade ou Não de Dispensa da intervenção do OGMO

Vimos que cabe ao operador portuário a requisição de mão de obra avulsa enquanto que o Órgão Gestor de Mão de Obra compete, em suma, capacitar o trabalhador portuário, administrar a mão de obra avulsa quando requisitada, arrecadar e repassar os direitos trabalhistas dos avulsos.

Entende-se, contudo, que a intenção legislativa é a de prestigiar a relação empregatícia por prazo indeterminado para suprir a demanda comum e, somente em casos de excesso de serviço, a mão de obra avulsa é requisitada.

⁴⁰ LINHARES, José Luiz. **Cooperativas de trabalhadores portuários avulsos registrados no OGMO para atuar como operadores portuários à luz do ordenamento jurídico vigente.** In "Trabalho portuário – curso de treinamento Grupo Especial Móvel para Fiscalização do Trabalho Portuário" – Brasília: Mtb, SEFIT, 1997. p.35.

⁴¹ http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6019.htm, acessado em 03/08/2014

⁴² *Op. Cit.*, p. 70

Devemos ressaltar, entretanto, que a nova lei exige que a contratação de trabalhadores portuários de capatazia, estiva, conferência de carga, conserto de carga, bloco e vigilância de embarcações, deverão ser escolhidos dentre aqueles registrados no OGMO. Porém, discute-se se tal rol é taxativo e se esta obrigatoriedade se refere apenas aos operadores cujas atividades se dão dentro do porto organizado, excluindo-se os portos privativos.

Por um prisma, o parágrafo único do artigo 33, da estudada Lei 12815/13 prevê a possibilidade do OGMO ser despojado da condição de intermediador de mão de obra:

Art. 32. Os operadores portuários devem constituir em cada porto organizado um órgão de gestão de mão de obra do trabalho portuário, destinado a:

...

Parágrafo único. Caso celebrado contrato, acordo ou convenção coletiva de trabalho entre trabalhadores e tomadores de serviços, o disposto no instrumento precederá o órgão gestor e dispensará sua intervenção nas relações entre capital e trabalho no porto.

Quando da edição do Decreto 1.886, em 29 de abril de 1996, que já ventilava tal ideia em seu artigo 1º, estudiosos do tema afirmavam que afastar o OGMO da intermediação da mão de obra portuária corresponde a um retrocesso à medida que este papel passa ser de controle sindical através da pactuação coletiva.

José Martins Catharino⁴³ ressalta que a lei impõe a existência do OGMO em cada porto organizado e enaltece a sua competência em aplicar as normas disciplinares previstas em lei, contrato, convenções ou acordo coletivo de trabalho. Se sempre necessário o OGMO, constituído pelos operadores portuários, a lei faculta, todavia, que o mesmo seja transmutado em outro, via de ajuste coletivo, *com igual competência, as mesmas finalidades, com idênticas funções.*

Catharino conclui:

Assim, se por contrato, convenção ou acordo sindical normativo for criado outro órgão similar, com as mesmas funções previstas em lei, em substituição ao por ela criado, obviamente este não fará falta à administração do porto. Assim entendido, pelo filão da negociação coletiva pode chegar-se à cogestão. Trabalhadores e operadores portuários

⁴³ *Op. Cit., p. 44.*

participarem da gestão ou gerenciamento do porto, o que é salutar, dando vida a normas constitucionais (arts. 7º, XI, 10 e 11).

Noutro bordo, tem-se que a lei não permite a contratação de trabalhador portuário quando para o desempenho dos seis serviços portuários tipificados no § 1º, do artigo 40, da Lei 12.815/13. Portanto, os seis serviços portuários tipificados em lei somente podem ser realizados por pessoas dentro do sistema de fornecimento de mão de obra, ou seja, pelos trabalhadores registrados no OGMO, seja de forma avulsa, seja com vínculo empregatício permanente a um operador portuário.

Vale lembrar que, com a Lei n. 8.630/1993, o trabalho avulso poderia ser prestado pelo trabalhador meramente cadastrado no Órgão Gestor de Mão de Obra. Contudo, o § 2º do artigo 40 da nova lei exclui a possibilidade do trabalhador meramente cadastrado no OGMO ser contratado com vínculo empregatício. Passa-se, assim, a uma forma de trabalho exclusiva de trabalhadores registrados.

Art. 40. O trabalho portuário de capatazia, estiva, conferência de carga, conserto de carga, bloco e vigilância de embarcações, nos portos organizados, será realizado por trabalhadores portuários com vínculo empregatício por prazo indeterminado e por trabalhadores portuários avulsos.

...

§ 2º A contratação de trabalhadores portuários de capatazia, bloco, estiva, conferência de carga, conserto de carga e vigilância de embarcações com vínculo empregatício por prazo indeterminado será feita exclusivamente dentre trabalhadores portuários avulsos registrados.

No porto organizado, se o operador portuário necessitar de mão de obra avulsa, requisitará ao OGMO. Já se a necessidade for para exercer qualquer uma das seis funções portuárias típicas, deverá ofertar o emprego a trabalhadores registrados no OGMO. Há de se ressaltar a expressão “exclusivamente” no §2º acima transcrito, o que configura condição *sine qua non* para a validade da contratação desse tipo de mão de obra.

Como vimos anteriormente, as seis fainas típicas só poderão ser prestadas de duas formas, no porto organizado: por trabalhadores avulsos ou por trabalhadores com vínculo empregatício permanente. Não poderá haver contrato a prazo determinado, contrato de trabalho temporário ou prestação de serviços por empresa de terceirizada.

Ensina Luiz Fabre⁴⁴:

Este sistema, que gera um monopólio na prestação de serviços, não apenas é reconhecido pela lei, como é incentivado. Inclusive, a já tratada Convenção 137 da OIT o faz expressamente e a proteção deste sistema é o norteador para as inúmeras situações polêmicas que a interpretação das leis portuárias encerram. Basicamente, em uma situação conflitiva, deve-se privilegiar a solução que fortaleça o sistema. Essa é a indicação da Convenção 137 da OIT, que conclama os Estados-Membros a desenvolverem políticas que assegurem um adequado equilíbrio entre a oferta e a demanda pelo trabalho portuário, de forma a se assegurar períodos mínimos de trabalho e quantidades mínimas de renda ao trabalhador “matriculado” (expressão que a OIT emprega com certa equivalência à expressão doméstica “trabalhador registrado no OGMO”).

Em assim sendo, caso o operador portuário deseje contratar trabalhadores para o desempenho das seis referidas fainas, deverá selecionar os obreiros dentre aqueles registrados no Órgão Gestor de Mão de Obra, na qualidade de trabalhadores portuários avulsos.

Francisco Edivar Carvalho,⁴⁵ em estudo recente, faz um esclarecimento que merece destaque:

Havia divergências de entendimentos em face da interpretação do artigo 26, parágrafo único da revogada Lei nº 8.630/93 que tratava da contratação de TPA⁴⁶. O caput do referido artigo fazia referência a todas as atividades e o parágrafo único não fazia referência às atividades de capatazia e bloco. Tal divergência foi sanada pelo artigo 40, § 2º da Lei nº 12.815/93, ao ditar que a contratação de trabalhadores a prazo indeterminado de todas as atividades (capatazia, estiva, conferência de carga, conserto de carga, vigilância de embarcações e bloco) deverá ser feita exclusivamente dentre os trabalhadores portuários avulsos registrados no OGMO. E ainda, por força do artigo 40, § 4º, as atividades acima citadas passaram a ser consideradas diferenciadas, o que representa uma conquista para os TPA, posto que a negociação dos acordos ou convenções coletivas de trabalho se dará com as representações deles, independentemente da atividade preponderante desenvolvida pelo titular da instalação portuária, esteja ela dentro ou fora da área do porto organizado.

Destaque-se, portanto, que o rol de atividades é taxativo e se refere exclusivamente às seis descritas no §1º, do artigo 40, da Lei 12.815/13. Nesse sentido:

⁴⁴ FABRE, Luiz. **Os impactos da nova lei portuária sobre o trabalho avulso**. Disponível em: <http://www.fabrecursosjuridicos.com.br/ead/artigos/261/2013/09/os_impactos_da_nova_lei_portuaria_sobre_o_trabalho_avulso>. Acessado em 05/08/2014

⁴⁵ CARVALHO, Francisco Edivar. **Trabalho portuário a partir do novo marco regulatório instituído pela Lei nº 12.815/13**. Jus Navigandi, Teresina, ano 18, n. 3712, 30 ago. 2013. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/25182>>. Acesso em 05/08/2014

⁴⁶ Trabalhador Portuário Avulso

Trabalhador portuário com vínculo de emprego. Obrigação legal do trabalhador portuário de contratar entre os avulsos registrados no Órgão Gestor de Mão de Obra (OGMO). Lei nº 8.630/93, art. 26, parágrafo único, e Lei nº 12.815/13. Obrigação limitada às funções de capatazia, bloco, estiva, conferência de carga, conserto de carga e vigilância de embarcações. Conforme o art. 26, parágrafo único, da Lei nº 8.630/93, antiga lei do trabalho portuário, e art. 40, parágrafo 2º, da Lei 12.815/13, que atualmente regula a matéria, os operadores portuários podem contratar trabalhadores com vínculo permanente, mas, em se tratando das funções de capatazia, bloco, estiva, conferência de carga, conserto de carga, e vigilância de embarcações, a contratação deve ser realizada dentre os trabalhadores avulsos registrados perante o OGMO. Em se tratando de função diversa, não existe tal obrigação legal. Não é dado ao intérprete elastecer as restrições legais, delimitadas em rol taxativo, sob pena de ofensa ao princípio da livre iniciativa (CF, arts. 1º, IV, e 170). (TRT-2 - RO: 00020823120125020445 SP 00020823120125020445⁴⁷ A28, Relator: RAFAEL EDSON PUGLIESE RIBEIRO, Data de Julgamento: 11/02/2014, 6ª TURMA, Data de Publicação: 19/02/2014).

Tomando-se a conceituação acima, podemos asseverar que o Órgão Gestor de Mão de Obra do Trabalhador avulso objetivou, com sua criação, facilitar a organização da classe trabalhadora que faz a movimentação dos portos, de modo a permitir que os serviços prestados fossem de melhor qualidade, visando, ao final, a modernização dos portos, que era o objetivo principal da revogada Lei n.º 8.630/1993 e, também, é uma das premissas da atual legislação em vigor.

3.5.2. A Contratação do Trabalhador Portuário pelo Terminal Privativo

O Órgão Gestor de Mão de Obra gerencia a contratação do trabalhador avulso em portos públicos, no momento em que um navio atraca ao porto e necessita descarregar ou carregar, ou seja, havendo a necessidade da mão de obra para realização da operação portuária, o órgão é responsável por sua contratação, contudo nos portos privados, os tomadores de serviços não são obrigados a contratar com o OGMO e com a nova lei os avulsos não possuem mais preferência na contratação em terminais privados.

A Constituição da República dispõe no inciso XII, do artigo 21 que compete à União explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão os portos marítimos, fluviais e lacustres. Disciplinando esta competência foi editada a lei 8.630/93, atualmente revogada pela lei 12.815/2013, sendo que o artigo 1º desta última estabelece:

⁴⁷<http://trt-2.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/125546010/recurso-ordinario-ro-20823120125020445-sp-00020823120125020445-a28>. Acesso em 06/08/2014

Art.1º. Esta Lei regula a exploração pela União, direta ou indiretamente, dos portos e instalações portuárias e as atividades desempenhadas pelos operadores portuários.

§ 1º A exploração indireta do porto organizado e das instalações portuárias nele localizadas ocorrerá mediante concessão e arrendamento de bem público.

§ 2º A exploração indireta das instalações portuárias localizadas fora da área do porto organizado ocorrerá mediante autorização, nos termos desta Lei.

O texto da revogada Lei 8.630/93 já distinguia porto organizado e instalação portuária de uso privativo, vejamos:

Art.1º.

...

I - Porto Organizado: o construído e aparelhado para atender às necessidades da navegação, da movimentação de passageiros ou da movimentação e armazenagem de mercadorias, concedido ou explorado pela União, cujo tráfego e operações portuárias estejam sob a jurisdição de uma autoridade portuária;

...

V - Instalação Portuária de Uso Privativo: a explorada por pessoa jurídica de direito público ou privado, dentro ou fora da área do porto, utilizada na movimentação de passageiros ou na movimentação ou armazenagem de mercadorias, destinados ou provenientes de transporte aquaviário.

O artigo 2º, da atual lei dos portos não alterou esta distinção, veja-se:

Art. 2º

...

I - porto organizado: bem público construído e aparelhado para atender a necessidades de navegação, de movimentação de passageiros ou de movimentação e armazenagem de mercadorias, e cujo tráfego e operações portuárias estejam sob jurisdição de autoridade portuária;

II - área do porto organizado: área delimitada por ato do Poder Executivo que compreende as instalações portuárias e a infraestrutura de proteção e de acesso ao porto organizado;

III - instalação portuária: instalação localizada dentro ou fora da área do porto organizado e utilizada em movimentação de passageiros, em movimentação ou armazenagem de mercadorias, destinadas ou provenientes de transporte aquaviário;

IV - terminal de uso privado: instalação portuária explorada mediante autorização e localizada fora da área do porto organizado;

Nota-se que o legislador distingue o geograficamente o operador portuário, obrigando a intervenção do OGMO apenas na contratação de trabalhadores portuários que desenvolvam as atividades tipificadas em lei dentro dos limites do porto organizado, desobrigando o

terminal privativo, fora do porto organizado, de se utilizar da mão de obra intermediada pelo Órgão Gestor de Mão de Obra.

Esta distinção deve-se ao fato de que as dificuldades enfrentadas pelo setor, que engessa o desenvolvimento do comércio e influencia sobremaneira a economia do país, continuam concentradas nos portos públicos, carentes de melhor regulamentação para torná-los mais eficientes, e esta situação persiste e é o foco de atuação da nova lei dos portos.

Neste raciocínio, constata-se que o OGMO tem atuação limitada pela lei a área abrangida pelo porto organizado, a qual está sob sua jurisdição, não foi previsto para atender necessidades de mão de obra avulsa de portos privativos, assim não foi obrigado pela lei.

Noutro bordo, por força do artigo 56 da revogada Lei 8.630/93, reproduzido pelo artigo 44 da Lei 12.815/2013, os operadores de terminais portuários localizados fora da área do porto organizado somente podem contratar avulsos portuários mediante requisição ao OGMO. Por este raciocínio, entende-se que há a dispensa da intermediação do Órgão Gestor de Mão de Obra quando da contratação de trabalhador por prazo indeterminado, mantendo-se obrigatória, porém, quando da contratação de trabalhador avulso.

Lei. 8630/93

Art. 56. É facultado aos titulares de instalações portuárias de uso privativo a contratação de trabalhadores a prazo indeterminado, observado o disposto no contrato, convenção ou acordo coletivo de trabalho das respectivas categorias econômicas preponderantes.

Lei. 12815/2013

Art. 44. É facultada aos titulares de instalações portuárias sujeitas a regime de autorização a contratação de trabalhadores a prazo indeterminado, observado o disposto no contrato, convenção ou acordo coletivo de trabalho.

Com base nestes artigos é possível distinguir duas situações. Se a empresa detentora de terminal privativo fora da área do porto organizado pretende admitir empregados por prazo indeterminado, deve seguir a regulamentação geral definida basicamente na CLT; entretanto, se a empresa pretende utilizar-se de trabalho avulso deve primeiramente requisitar os trabalhadores ao OGMO mais próximo.

Assim, não há obrigatoriedade de utilização de avulsos para trabalho nos terminais privativos fora do porto organizado, contudo, se a operadora portuária decidir utilizar esta espécie de trabalho, deve requisitá-la obrigatoriamente ao OGMO.

Nos terminais privativos situados fora da área do porto resta facultada a forma de contratação de trabalhadores portuários distinta dos portos organizados, podendo aquela ocorrer nos termos da convenção coletiva de trabalho, sem necessidade de requisição ao OGMO, sendo tal facultatividade expressamente prevista para contratação por prazo indeterminado.

Neste sentido, não há extensão dessa forma de contratação sem intervenção do OGMO a trabalhadores portuários avulsos. Segundo, em tais terminais não há obrigatoriedade de contratação de avulsos, todavia, tal fato não autoriza dizer que os avulsos podem ser contratados livremente sem intervenção do OGMO, ou nos termos de norma coletiva de trabalho, vale dizer se tais optarem por contratá-los deverão requisitá-los ao OGMO.

Observada tal particularidade a Lei n° 9.719/98⁴⁸, estabelece a obrigatoriedade de requisição de avulsos portuários ao OGMO. Veja-se:

Art. 1º- Observado o disposto nos arts. 18 e seu parágrafo único, 19 e seus parágrafos, 20, 21, 22, 25 e 27 e seus parágrafos, 29, 47, 49 e 56 e seu parágrafo único, da Lei nº 8.630, de 25 de fevereiro de 1993, a mão-de-obra do trabalho portuário avulso deverá ser requisitada ao órgão gestor de mão-de-obra.

Art. 13. Esta Lei também se aplica aos requisitantes de mão-de-obra de trabalhador portuário avulso junto ao órgão gestor de mão-de-obra que não sejam operadores portuários.

Neste sentido manifestaram-se Cristiano Paixão e Ronaldo Curado Fleury⁴⁹

há terminais privativos fora da área do porto organizado, que operam como uma empresa qualquer e contratam apenas, de modo facultativo, mão-de-obra avulsa (art. 56, caput, da Lei 8.630/93). Obviamente, se pretenderem contratar trabalho avulso portuário, terão de recorrer ao OGMO formado no porto organizado mais próximo. Mas, repita-se, estes terminais não são obrigados pela lei a contratar mão-de-obra avulsa, pois eles estão situados fora da área do porto organizado.

⁴⁸ http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9719.htm. Acesso em 09/08/2014

⁴⁹ *Op. Cit.*, p. 41, 42.

Ademais, no Tribunal Superior do Trabalho⁵⁰ há precedente no sentido de obrigatoriedade de vinculação ao OGMO dos trabalhadores portuários avulsos e empregados inclusive em terminais privativos situados fora da área do porto:

RECURSO DE REVISTA - TERMINAL PORTUÁRIO DE USO MISTO - OBRIGATORIEDADE DE CONTRATAÇÃO DE TRABALHADORES AVULSOS VINCULADOS AO OGMO - CONVENÇÃO 137 DA OIT. O acórdão regional, com fundamento na Convenção nº 137 da OIT e no Decreto nº 1.886/96, que regulamentou a Lei nº 8.630/93, afirmou a prioridade na contratação de trabalhadores portuários registrados e cadastrados no OGMO, tanto nos portos organizados quanto nos terminais privativos fora do porto organizado. O Recurso de Revista não atende às exigências do artigo 896, alíneas "a", e "c"-, da CLT. Recurso de Revista não conhecido. (RR - 3255300- 65.2006.5.11.0002, Relatora Ministra: Maria Cristina Irigoyen Peduzzi, Data de Julgamento: 09/06/2010, 8ª Turma, Data de Publicação: 11/06/2010)

Embora este entendimento se apoie nos termos da lei revogada, os artigos 1º e 13, da Lei 9.719/98, ainda vigente, reforçam e fundamentam a tese de que é obrigatória a intermediação do OGMO mesmo quando da contratação de trabalhador avulso pelo operador sediado fora do porto organizado, seja pela não restrição da obrigação de requisição da mão de obra aos portos organizados, seja pela expressa referência à aplicação da lei aos requisitantes não operadores portuários, ou seja, terminais privados, o que implica na obrigatoriedade dos portos privados postularem mão de obra portuária avulsa ao OGMO.

Nesta esteira, entende-se que o artigo 44 da Lei nº 12.815, cria uma única exceção à regra geral, ao facultar aos portos privados a contratação de trabalhadores por prazo indeterminado nos termos do contrato, acordo coletivo de trabalho ou Convenção Coletiva de Trabalho, tal dispositivo não faz referência alguma aos trabalhadores avulsos, sendo assim, o que se espera é que esteja mantida a regra geral, qual seja, o dever de requisitar trabalhadores avulsos portuários ao OGMO, inclusive em terminais privados.

Os que defendem a referida ideia argumentam que interpretação contrária implica em inadmissível retrocesso de garantias sociais fundamentais, retirando dos trabalhadores avulsos direitos conquistados com muito penar. A doutrina nacional, baseada ainda na lei revogada, ressalta que a atuação do sindicato como intermediador de mão de obra, além de anômala, é extremamente prejudicial ao exercício da liberdade sindical, uma vez que condiciona o acesso ao posto de trabalho à prévia sindicalização do trabalhador.

⁵⁰ <http://www.tst.jus.br/>. Acesso em 09/08/2014.

Ensinam Cristiano Paixão e Ronaldo Curado Fleury⁵¹:

A problemática da escalação implicou uma mudança de mentalidade a ser assimilada pelos atores sociais envolvidos no mundo do trabalho portuário. Tradicionalmente, a indicação das equipes era feita pelos sindicatos profissionais, e houve compreensível resistência à mudança representada pelo dispositivo legal (art. 5º da Lei 8.630/1993). Ocorre, entretanto, que a equitativa distribuição de postos de trabalho, além de mandamento legal, é dispositivo constitucional, que decorre da máxima, exposta no art. 5º, caput, da Carta Política, que estipula a igualdade de todos perante a lei. E, como é claro, uma Constituição democrática não poderá admitir situações de discriminação injustificada.

A análise da Lei 12.815/2013 demonstra que a mesma dispensa tratamento diferenciado para o porto organizado e o terminal portuário de uso privado.

No sistema do porto organizado, conforme disciplina o art. 40 e § 2º, da Lei 12.815, só pode haver contratação, para as funções de capatazia, estiva, conferência de carga, conserto de carga, bloco e vigilância de embarcações, de duas maneiras: ou se contrata trabalhadores com vínculo empregatício por prazo indeterminado e/ou avulsos por meio do órgão gestor de mão de obra. No primeiro caso, a contratação tem que ocorrer exclusivamente dentre os trabalhadores avulsos registrados.

Todavia, no caso de terminal portuário de uso privado, o tratamento é outro, pois, por se localizar fora da área do porto organizado, não está sujeito às rigorosas regras para contratação de mão de obra previstas no art. 40 da Lei 12.815/13, não precisando se utilizar da intermediação do OGMO.

Já nesta linha de raciocínio, tem-se que é o artigo 44 da Lei 12.815/13 que disciplina a contratação de trabalhadores pelos terminais portuários privativos, facultando a contratação de trabalhadores a prazo indeterminado sem a intermediação do OGMO. Desta forma, não há dúvida que a nova Lei dos Portos dispensou a intermediação do OGMO para o recrutamento, pelos terminais portuários privativos, de trabalhadores portuários avulsos, o que antes, na vigência da Lei nº 8.630/93, era essencial. Entretanto, o órgão público continua tendo o papel de assegurar os direitos trabalhistas em cumprimento dos acordos e convenções coletivas firmadas dentro de regras legais estabelecidas.

⁵¹ *Op. Cit.*, p. 43

Não fosse isso suficiente, realizando interpretação histórica com base nos vetos ao projeto da nova lei dos portos, editados pela Excelentíssima Presidente da República Dilma Rousseff⁵², em especial, ao parágrafo único do artigo 28 e o artigo 45, não se deixa margem de dúvida do acima exposto. Para melhor compreensão, transcreve-se abaixo:

Art. 28. É dispensável a intervenção de operadores portuários em operações:

...

Parágrafo único do art. 28 (VETADO). Caso o interessado entenda necessária a utilização de mão de obra complementar para execução das operações referidas no caput, deverá requisitá-la ao órgão gestor de mão de obra, regra que também se aplica aos casos em que for utilizada embarcação na navegação interior para suprir impossibilidade de acesso de embarcação de longo curso e cabotagem.

Razões do veto:

A modificação promovida no dispositivo, que tratava primordialmente da dispensa da intervenção de operadores portuários, estende imprópriamente a intermediação do órgão gestor de mão de obra às embarcações de navegação interior. Além disso, a proposta extrapola os termos do acordo negociado entre o Poder Executivo, os representantes do Congresso Nacional e as entidades representativas dos trabalhadores portuários. O veto não afeta a regra prevista no próprio projeto de lei para utilização do órgão gestor de mão de obra dentro do porto Organizado.

Art. 45. (VETADO).

É necessária a inscrição do trabalhador portuário avulso em cadastro de trabalhadores portuários avulsos que ateste a qualificação profissional para o desempenho das atividades previstas no § 1o do art. 40 desta Lei.

Razões do veto:

Da forma redigida, o texto não deixa claro qual o alcance deste novo cadastro. Se for voltado aos trabalhadores que atuam dentro do porto organizado, o dispositivo conflita diretamente com as competências do órgão gestor de mão de obra, previstas nos arts. 32, II e III, e 41, I e § 1o do projeto de lei. Por outro lado, se não for este o caso, o artigo parece reproduzir o funcionamento do órgão gestor de mão de obra para os trabalhadores que atuam fora do porto organizado. Isso porque trata como obrigatória a inscrição dos trabalhadores portuários avulsos no cadastro criado.

Dessa forma, o dispositivo violaria um dos principais itens do acordo negociado entre o Poder Executivo, os representantes do Congresso Nacional e as entidades representativas dos trabalhadores portuários, ao estender a lógica do órgão gestor de mão de obra para os terminais localizados fora da área do porto organizado.

⁵² http://www.fnportuarios.org.br/wp-content/uploads/2013/01/LEI-N%C2%BA-12_815_5-DE-JUNHO-DE-2013.pdf. Acesso em 09/08/2014

A interpretação da lei dos portos neste tema é única, não dá margem a outras: não se exige no porto privativo a intervenção do OGMO para escalar os trabalhadores portuários avulsos, há a faculdade de a empresa contratar pelo regime da CLT segundo a acepção do artigo 44 da nova lei, a contrário senso dele se extrai que operador de terminal privativo poderá selecionar trabalhadores avulsos diretamente no mercado de trabalho ou, se houver viabilidade e anuência recíproca, através do sindicato.

Art. 44. É facultada aos titulares de instalações portuárias sujeitas a regime de autorização a contratação de trabalhadores a prazo indeterminado, observado o disposto no contrato, convenção ou acordo coletivo de trabalho.

Pode-se dizer, portanto, que a lei deu liberdade para o porto privativo decidir o melhor caminho para atender a mão de obra observadas as peculiaridades locais.

Se a empresa pode selecionar avulsos diretamente sem a interferência do OGMO e diante das particularidades acima mencionadas, melhor que o faça através do sindicato, que existe para preservar os direitos da categoria, tradicionalmente bastante organizada e com grande poder de negociação, pode instalar sedes ou delegacias em toda a extensão do território onde possui representação. Ao contrário, se a empresa contratasse de forma direta trabalhadores avulsos no mercado de trabalho, haveria grande risco de precarização na relação de trabalho.

Em suma, o operador de terminal privativo não está obrigado às disposições do órgão gestor de mão de obra para requisitar os trabalhadores que lhe prestarão serviços, já que a atuação obrigatória do OGMO restringe-se ao âmbito do porto organizado. Aliás, nem mesmo nos portos organizados há exclusividade do OGMO para escalar os trabalhadores portuários avulsos, já que a realidade da atividade em algum porto organizado do país poderá justificar a dispensa da intervenção do mencionado órgão, a teor do parágrafo único do art. 18 da Lei 8.630/93, reiterado na atual lei dos portos em seu artigo 32.

3.5.3. Possível Retrocesso ao Monopólio da Mão de Obra

Ingrid Sarti⁵³, historiadora, em 1981 definiu a estiva como:

⁵³ SARTI, Ingrid. **Porto Vermelho: Os Estivadores Santistas no Sindicato e na Política**. Rio de Janeiro: Ed. Paz e Terra, 1981, p. 161.

Trabalho não qualificado, mas que exige força física e habilidade no manejo da maquinaria; atividade do tipo intermitente, mas que requer disponibilidade da mão de obra que a qualquer momento pode ser toda convocada; local de trabalho que se distingue por ser o x da questão do comércio de exportação e importação – essas são algumas das características que fazem do sindicato estivador um caso e tanto em matéria de organização de trabalho específico e de sindicalismo atípico. Um sindicato feito mais à feição das corporações do tipo artesanal do fim do século XIX, que controlavam o mercado sob o crivo da qualificação, aqui a corporação estivadora impôs as regras do mercado através de seu sindicato, que decide quem por ele será incorporado ou dele excluído. E o controla de tal forma que a presença de um suposto exército industrial de reserva (os bagrinhos⁵⁴) sequer cumpre sua função, qual seja, a de deprimir os salários dos estivadores. Graças a seu sindicato, legitimado e mesmo modelo do sindicalismo corporativista que a CLT instituiu, a categoria mantém-se imune às pressões do jogo de mercado.

A intermediação de mão de obra pelo sindicato ficou conhecida historicamente como monopólio, visto que o ente sindical, pelo acúmulo de prerrogativas, conquistou o controle do mercado e, em contrapartida, puderam garantir aos trabalhadores avulsos uma condição mais vantajosa tanto nas normas heterônomas derivadas do Estado, como também nas normas autônomas derivadas da negociação coletiva com os tomadores de mão de obra nos portos.

De resto, é preciso relembrar um pouco a história do nosso movimento sindical. Inicialmente, como em outros países, controlar o mercado de mão de obra foi a estratégia primeira dos sindicalistas brasileiros.

Kazumi Munakata⁵⁵, historiador do movimento sindical brasileiro, ao analisar as práticas sindicais, demonstra como o ente sindical controlava a oferta de mão de obra através de ampla filiação sindical, assembleias semanais, greves, boicotes de mão de obra e de negociações. Os contratantes, assediados pela mobilização sindical contínua, assentiam em aceitar as tabelas e regulamentos elaborados pelos sindicatos e em contratar somente mão de obra sindicalizada.

⁵⁴ Durante as décadas de 60 e 70 do século XX, no cais do Porto de Santos-SP, BAGRINHOS eram trabalhadores da estiva, não sindicalizados, que -- por serem jovens e se considerarem, por isso mesmo, imunes e refratários a doenças em geral -- aceitavam manusear cargas perigosas ou tóxicas, nas operações de carga e descarga dos navios, chegando, até, a dispensar trajes e equipamentos complementares de segurança do trabalho. Na prática, eram subcontratados por estivadores devidamente sindicalizados que, com tais contratações, podiam passar as tardes bebendo cerveja com prostitutas nos bares próximos ao cais. Fonte: <http://www.dicionarioinformal.com.br/bagrinho/>. Acesso em 09/08/2014.

⁵⁵ MUNAKATA, Kazumi. **A legislação trabalhista no Brasil**. São Paulo: Ed. Brasiliense, 1984, p.42.

Recentemente, a EMBRAPORT, terminal privativo instalado em Santos/SP, mesmo legalmente desobrigada a manter uma proporção na contratação de mão de obra através do sindicato, cedeu à pressão imposta pelo ente sindical e concordou em manter em seus quadros 50% de profissionais avulsos sindicalizados. Em entrevista⁵⁶, o responsável pelo citado terminal privativo esclarece, inclusive, que a pressão do sindicato é exercida mediante força, com invasões da sede da empresa e navios:

Percebendo ser incapaz de conter o ímpeto dos estivadores de Santos, litoral de São Paulo, que invadiram mais um navio atracado no terminal, a Embraport decidiu voltar a convocar trabalhadores avulsos. Segundo a companhia divulgou, trata-se de uma trégua de 30 dias, acertada em reunião, no sábado, em São Paulo. Neste período, a empresa vai utilizar paritariamente (50%) avulsos requisitados no órgão gestor de mão de obra e funcionários próprios, com registro em carteira.

Nota-se que, no que se refere à atuação do sindicato no âmbito portuário, o cenário anterior à revogada Lei parece se repetir, implicando, para alguns, num retrocesso social. Munakata⁵⁷, em 1984 escreveu:

Isso significa que o sindicato detém diretamente o controle do mercado de trabalho relativo à sua categoria. O patrão que não se submetesse às cláusulas das tabelas e regulamentos enfrentava dificuldades em recrutar trabalhadores; aquele que não cumprisse sofria decretação imediata da greve. Mas, em contrapartida, o êxito de tal controle depende de ampla sindicalização dos trabalhadores da categoria de modo a praticamente obrigar o patrão a recorrer ao sindicato para contratar operários.

Essa intermediação de mão de obra pelo sindicato não é só constituída de pontos negativos, pois também trouxe evoluções à categoria profissional. Particularmente, os sindicatos brasileiros de base comunista organizavam seções de colocação que buscavam centralizar informações sobre o mercado de trabalho, além de funcionar como uma espécie de agência de emprego, onde os empregados relapsos e faltosos eram considerados transgressores da rígida disciplina operária imposta pelo ente sindical e eram punidos, até mesmo com a expulsão. Essa imposição visava tornar atrativa aos tomadores a disciplinada mão de obra sindicalizada.

Contudo, diante do atual cenário legislativo, os sindicatos podem se ver desestimulados a investir na formação profissional e moral do trabalhador diante da

⁵⁶<http://portogente.com.br/noticias/gazeta/tregua-a-vista-no-conflito-embraport-x-avulsos-do-porto-de-santos-79364>. Acesso em 09/08/2014.

⁵⁷ *Op. Cit.*, p. 43

possibilidade de relação empregatícia permanente desse trabalhador com o operador portuário ou terminal privativo. Talvez por isso, não se presencie o sindicato lutando contra o OGMO pela qualificação do trabalhador.

Como ficou provado pela experiência histórica, é difícil o monopólio que não se degenera, terminando por trair suas intenções originais. Como o trabalho nos portos era uma prerrogativa dos avulsos matriculados e sindicalizados, tornou-se comum que esses escolhessem as melhores cargas, as mais lucrativas, como as que pagavam adicional de periculosidade, por exemplo, deixando para os trabalhadores não sindicalizados o trabalho com cargas que não garantiam boa remuneração.

O Trabalhador não sindicalizado que se sujeitava a estas condições era chamado de bagrinho, pois comparados a esta espécie de peixe que vive das sobras deixadas pela refeição dos tubarões, no caso, os trabalhadores sindicalizados.

Na época, a Lei 8.630/93 foi comemorada por colocar fim nesta modalidade de intermediação de trabalho e quebrar um dito monopólio estatuído pelo sindicato. A solução encontrada pela lei foi a criação do já estudado OGMO, mas o novo marco regulatório permitiu que os sindicatos voltassem a se interessar pela intermediação de mão de obra, agora, inclinando-se sobre o terminal de uso privativo sediado fora do porto organizado.

Em síntese, num dado momento, a existência do monopólio legal serviu para alavancar a condição social do portuário avulso e pacificar as relações no porto. Esta regulação, com o passar dos anos, entretanto, revelou-se anacrônica. Os avulsos registrados buscavam impedir o acesso ao registro de outros trabalhadores, como forma de manter o seu privilégio de trabalho exclusivo. A iniciativa privada, assustada com a força dos sindicatos, relutava em investir nas instalações portuárias. As distorções acabaram por interferir na própria produtividade dos portos.

É preciso que se diga, entretanto, que o fator principal para a baixa produtividade dos portos brasileiros se deve, em grande parte, aos equipamentos e instalações sucateadas em relação aos maquinários utilizados pelos portos mais eficientes do mundo.

Por ser uma lei recente, com mudanças consideráveis, certamente levanta dúvidas e inseguranças. Portanto, por ser tão recente, não há como prever a situação dos terminais, tanto público quanto o privado, muitos empresários estimam mudanças favoráveis para o setor portuário.

Os sindicatos de avulsos não portuários, no decorrer dos anos, atuaram com certa semelhança ao Órgão Gestor de Mão de Obra, principalmente quando da organização, em forma de revezamento, das escalas de trabalho, com o intuito de garantir equitativa distribuição de trabalho e renda e verificar o cumprimento das normas de segurança e saúde.

Com isso, verifica-se que o sindicato procura cumprir uma de suas tarefas: a de garantir os direitos trabalhistas e previdenciários dos movimentadores e de afastar a precariedade do trabalho existente em algumas situações. Papel concomitante a esse é o de intermediador, defensor e mediador dos interesses dos trabalhadores, essencialmente quando tiver ligação ou choque com as empresas tomadoras dos serviços, onde o sindicato dos trabalhadores na movimentação de mercadorias atua em nome de seus filiados.

Marcos de Morais⁵⁸, pesquisador do Grupo de Estudos sobre Trabalho e Novas Tecnologias faz o seguinte raciocínio:

A globalização, somada às políticas neoliberais, influenciou e modificou toda estrutura produtiva, inclusive a realidade jurídica dos países que aderiram à nova forma de trabalho. No Brasil não foi diferente, tanto é que a flexibilização da legislação trabalhista trouxe uma série de prejuízos ao trabalhador, como a desregulamentação e a precarização do trabalho. No que diz respeito aos movimentadores de mercadorias e sua entidade sindical representativa, essas mudanças também foram sentidas, pois houve a diminuição dos postos de trabalho e também a redução de mão-de-obra dos avulsos. A partir da lei 12023/09, os sujeitos pesquisados reconhecem a possibilidade de firmar acordos coletivos entre sindicato e empresa regulamentados juridicamente. Esses acordos podem contribuir para amenizar o efeito do neoliberalismo e da precarização do trabalho.

De forma geral, há uma visão benéfica a respeito da lei, pois resgata legalmente o papel social do sindicato, descreve a função do trabalhador avulso e assegura suas condições de trabalho.

⁵⁸ MORAIS, Marcos de. **Lei 12.023/2009: Sua aplicabilidade no cotidiano sindical.** In http://www.estudosdotrabalho.org/anais-vii-7-seminario-trabalho-ret-2010/Marcos_de_Morais_e_Simone_Wolff_lei_12023_2009_sua_aplicabilidade_no_cotidiano_sindical.pdf. Acesso em 17/08/2014.

3.5.4. Vantagens da Intermediação de Mão de Obra pelo Sindicato

Tendo em vista as características da atividade de movimentação de mercadorias, esses trabalhadores têm, quando o trabalho é intermitente, o sindicato como intermediário da mão de obra, e quando tomadores de serviços têm necessidade permanente da movimentação de mercadorias, utilizam os avulsos, e quando não, são admitidos mediante vínculo de emprego direto com o respectivo tomador de serviços, aplicando os princípios da categoria diferenciada.

O avulso intermediado pelo sindicato trabalha de forma intermitente em escalas projetadas pela entidade sindical, no qual escolhe a empresa para a qual pretende prestar o serviço de acordo com o que mais lhe convém. Essa intermitência aliada à liberdade de escolha do trabalhador e a intermediação sindical define o trabalho avulso.

A Constituição Federal no seu art. 7º, XXXIV, equipara os direitos de avulso com empregado, não quer com isto estabelecer vínculo de emprego, sim relação de trabalho avulso. O vocábulo *igualdade de direito*, tem o caráter de garantir a substituição do empregado pelo avulso. Para o legislador constituinte em matéria de direito, o emprego e o avulso estão na mesma sintonia, não podendo ambos ser substituídos por interposição de mão de obra seja qual a sua forma, principalmente tratando-se de categoria diferenciada.

Ressalte-se que a intermediação sindical para a contratação de avulso na área do porto deixou de ser obrigatória com a criação do Órgão Gestor da Mão de Obra. Entretanto, fora da área portuária, não há esse tipo de órgão, o que leva à referida intermediação como uma prática que se não é excludente da contratação sob a forma de vínculo de emprego com a tomadora, é sem dúvida, coexistente de forma preferencial.

O artigo 8º, III da Constituição Federal dispõe que *ao sindicato cabe a defesa dos interesses coletivos ou individuais da categoria, inclusive em questões judiciais ou administrativas*. O parágrafo único do mesmo dispositivo declara que *as disposições deste artigo aplicam-se à organização de sindicatos rurais e de colônias de pescadores atendidas as condições que a lei estabelecer*.

Valentin Carrion⁵⁹, afirma que:

trabalhador avulso é o que presta serviços a inúmeras empresas, agrupado em entidade de classe, por intermédio desta e sem vínculo empregatício. Não tem o trabalho avulso o caráter eventual, pois refere-se a uma necessidade normal da empresa, que se repete periódica e sistematicamente.

Portanto, a intermediação do sindicato é conveniente. Para os empregadores o acesso aos trabalhadores é mais fácil e rápido. Os trabalhadores, por sua vez, podem ser organizados em escalas o que lhes vai garantir atender o maior número de empresas possível, e conhecer o universo de ramos diferentes de movimentação de mercadorias, profissionalizando-se com mais eficiência.

O dito monopólio, diz respeito ao privilégio concedido a vários segmentos de explorar certos serviços. Entretanto, parece-nos que os sindicatos não detém um monopólio para realização dos serviços pela atual malha legislativa, já que os serviços intermediados pelo sindicato podem ser feitos também por intermédio de quadro próprio da empresa e, quando se tratar de operador portuário, através da intermediação do OGMO.

Não há monopólio. Se a empresa não pretender utilizar serviços dos avulsos poderá fazê-lo por intermédio de seus próprios empregados. Acontece que, na maioria dos casos, essa segunda forma de atuação é muita mais onerosa, sendo, portanto, desgastante sob enfoque econômico, ao que se deve acrescentar à rapidez e melhorar perfeição na realização dos serviços. Monopólio não comporta alternativa. Se é monopólio, não admite seja o serviço realizado por empregado, não é o caso.

A Carta Magna assegura liberdade de trabalho e de iniciativa. Contudo, deve-se atentar que liberdade somente existe dentro dos limites das normas legais. Se uma empresa procura desenvolver atividade que o direito repele, ou seja, atividade ilícita, é absolutamente certo que a proibição de agir nesse sentido não fere os preceitos constitucionais.

Comentando sobre a matéria, refere José Carlos Arouca⁶⁰ que: a Lei Maior diz que: “é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, observadas as qualificações profissionais

⁵⁹ CARRION, Valentin, **Comentários à CLT**, São Paulo, RT, 1989, p.34

⁶⁰ AROUCA, José Carlos. **Curso Básico de Direito Sindical**, São Paulo, LTR, p 39.

que a lei exigir”, mais do que um direito social, o princípio exprime um direito individual de todo e qualquer cidadão.

Assim, como é exigida a formação em curso superior e a inscrição na respectiva entidade de classe para determinadas profissões, para os trabalhadores avulsos é exigida a intermediação do respectivo sindicato. É um direito individual que a Carta Magna assegura. Não é privilégio. Vê-se, dessa forma, realçado o valor do papel intermediador do Sindicato.

CONCLUSÃO

Diante do exposto, a Lei 12.815/13, embora não tenha trazido grandes alterações às relações de trabalho e emprego, impacta de forma contundente na demanda de mão de obra avulsa nos portos organizados e reflete diretamente no custo da operação de movimentação de carga.

O trabalho avulso portuário está adstrito à prestação de serviço dentro da área geográfica do porto organizado, à execução de atividades definidas por lei; e a colocação de força de trabalho à disposição dos operadores portuários por intermédio do OGMO. Já o trabalhador avulso não portuário labora com a intermediação do sindicato fora da área dos portos organizados e executa, normalmente, serviços que demandam pouca ou nenhuma qualificação profissional.

É imperioso ressaltar que o trabalhador avulso, seja ele portuário ou não, tem os mesmos direitos trabalhistas do trabalhador com vínculo empregatício permanente, por força do artigo 7º, XXXIV, da Constituição Federal.

A multifuncionalidade pode servir como um alicerce à criação de sindicato mais homogêneo e coeso, com maior poder de pressão. Ressalte-se que a questão não é só de ordem humanitária, mas também de ordem econômica, pois a questão portuária é importantíssima para a economia de qualquer país.

Na égide da Lei 8.630, havia basicamente dois tipos de portos: portos organizados e terminais de uso privativo. Paralelamente a estes, surgiram os portos clandestinos, operando ilicitamente (diante da ausência de autorização da ANTAQ) e em pequena escala.

Fato é que o sistema do porto organizado tem um custo de mão de obra muito maior do que o dos portos privados.

De um lado, a capacidade de organização e mobilização da categoria, adquirida ao longo da história, fez com que o trabalhador registrado no OGMO alcançasse uma

remuneração e condições de trabalho consideráveis, a ponto de, não raras vezes, preferir manter-se como avulso que se ativar com a maior estabilidade do vínculo empregatício.

Por outro prisma, os sindicatos, para manter seus nacos de poder, boicotaram a multifuncionalidade, causando inchaço dos ternos e conseqüente aumento dos custos para os operadores portuários e, conseqüentemente, para os armadores. Assim, ao invés de haver trabalhadores com treinamento e habilitação para as diversas funções, surgiram diversas categorias de profissionais.

Essa fragmentação possibilitou a proliferação de diversos sindicatos o que acarreta a diminuição do poder de mobilização e pressão e, conseqüentemente, gerou impactos diretos no custo da mão de obra, porque no afã de atender aos anseios de seus filiados, os sindicatos fragmentados induziram, pela via negocial, a um inchaço de ternos.

A grande inovação da Lei 12.815 consiste em suprimir a antiga dicotomia existente entre terminais de uso privativo exclusivo e misto, antes prevista no artigo 4º, II e §2º, II, “a” e “b” da Lei 8.630, passando a existir doravante somente terminais de uso privado paralelamente ao porto organizado. Com isso, permitiu-se que os terminais de uso privado, ou seja, instalações portuárias exploradas mediante autorização e localizadas fora da área do porto organizado, conforme artigo 2º, IV, da Lei 12815/2013, operem independentemente de manejarem carga própria ou de terceiro, sendo um concorrente direto dos portos organizados.

O art. 44 da Lei 12.815/13 faculta aos titulares das instalações portuárias sujeitas a regime de autorização a contratação de trabalhadores a prazo indeterminado, ou seja, trabalhadores fora do sistema. Desta forma, como não precisam contratar trabalhadores observando as regras do sistema dos portos organizados, o custo dos serviços nesses portos privados será bem menor, interferindo, indubitavelmente, na demanda pela utilização ou não dos portos organizados, pelos empresários, para movimentarem suas cargas.

Pensamos que tal concorrência acabará por precarizar o trabalho portuário avulso de dentro do sistema. Porém, esperamos que a participação do sindicato neste tipo de trabalho venha trazer benefício à categoria portuária, sem encarecer ou dificultar a realização desta atividade empresarial.

É natural a dificuldade para interpretar a matéria porque o material normativo é escasso e porque se trata de um tipo de trabalho com características tão específicas que nem sempre é possível retratar com toda a fidelidade a sua verdadeira fisionomia.

Podemos afirmar, assim, que é necessário distinguir o tipo de contratante, analisando se tratar de operador portuário sediado dentro do porto organizado ou se tratar de terminal privativo fora dos limites do porto. Para o primeiro é necessária a intermediação de mão de obra através do OGMO, enquanto que para o segundo a intermediação se dá através do sindicato profissional. Seguindo o raciocínio, distingue-se o trabalhador avulso portuário do não portuário.

Muito ainda há que se debater acerca do possível desvirtuamento da natureza do ente sindical ao se transformar em intermediador de mão de obra acumulando esta tarefa com seu principal papel que é a representatividade da categoria de trabalhadores.

Conclui-se, portanto que limitar as tarefas do avulso não portuário à relação de tarefas do avulso portuário não é a interpretação mais favorável ao trabalhador que ficaria cerceado no seu campo de atuação tradicional e padeceria do defeito de aplicar norma destinada a um fim para outra finalidade.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AROUCA, José Carlos. **Curso Básico de Direito Sindical**, São Paulo, LTR.

CARRION, Valentin, **Comentários à CLT**, São Paulo, RT, 1989.

CARVALHO, Francisco Edivar. **Trabalho portuário a partir do novo marco regulatório instituído pela Lei nº 12.815/13**. Jus Navigandi, Teresina, ano 18, n. 3712, 30 ago. 2013. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/25182>>. Acesso em 05/08/2014

CATHARINO, José Martins. **O novo sistema portuário brasileiro**. São Paulo: Ed. Destaque, 1997.

DUTRA, Robson Tavares. **O trabalho portuário avulso (lei 8.630/93)** In Revista LTr 60-10, 01.10.96.

FLEURY, Ronaldo Curado, **Trabalho Portuário, a Modernização dos Portos e as relações de trabalho no Brasil**. São Paulo: Ed. Método, 2008.

FABRE, Luiz. **Os impactos da nova lei portuária sobre o trabalho avulso**. Disponível em: <http://www.fabrecursosjuridicos.com.br/ead/artigos/261/2013/09/os_impactos_da_nova_lei_portuaria_sobre_o_trabalho_avulso>. Acessado em 05/08/2014

GONÇALVES, Odonel Urbano e MANUS, Pedro Paulo Teixeira. **Duração do Trabalho**. São Paulo: Ed. LTr, 1996.

LINHARES, José Luiz. **Cooperativas de trabalhadores portuários avulsos registrados no OGMO para atuar como operadores portuários à luz do ordenamento jurídico vigente**. In “Trabalho portuário – curso de treinamento Grupo Especial Móvel para Fiscalização do Trabalho Portuário” – Brasília: Mtb, SEFIT, 1997.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do Trabalho**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

MARCELINO, Paula Regina Pereira. **A Logística da Precarização**. 1ª ed., São Paulo: Expressão Popular, 2004.

MORAIS, Marcos de. **Lei 12.023/2009: Sua aplicabilidade no cotidiano sindical**. In http://www.estudosdotrabalho.org/anais-vii-7-seminario-trabalho-ret-2010/Marcos_de_Morais_e_Simone_Wolff_lei_12023_2009_sua_aplicabilidade_no_cotidian_o_sindical.pdf. Acesso em 17/08/2014.

MUNAKATA, Kazumi. **A legislação trabalhista no Brasil**. São Paulo: Ed. Brasiliense, 1984.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo: Ed. Saraiva. 2007,13. ed.

NETO, Arnaldo Bastos Santos. **O trabalho portuário e a modernização dos portos**, Curitiba: Ed. Juruá, 2009.

PASOLD, Cesar Luiz. **Lições Preliminares de Direito Portuário**. p. 24-26, In http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/campos/miriam_ramoniga.pdf. Acesso em 26/07/2014.

TEIXEIRA, João Teixeira Filho. **In Instituições de Direito do Trabalho**, Arnaldo Sussekind & Delio Maranhão & Segadas Viana, Editora LTr, 22ª Edição, 2005.

TRINDADE, Washington Luiz da. **Trabalho Portuário e Desregulamentação**. In: Revista de Direito do Trabalho 77/75, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1992.

SAAD, Eduardo Gabriel, **CLT comentada**. 23. Ed., São Paulo: Ed. LTr, 2003.

SILVA, Francisco Carlos de Moraes. **Direito Portuário: considerações sobre a lei de modernização dos portos**. Belo Horizonte: Ed. Del Rey. 1994.

SÜSSEKIND, Arnaldo. **Curso de direito do trabalho**. 2.ed.rev.e atual. 2004. Rio de Janeiro: Renovar.

SÜSSEKIND, Arnaldo. **Direito Constitucional do Trabalho**. 3ª Ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

SÜSSEKIND, Arnaldo. **Direito Internacional do Trabalho**. São Paulo: RTr, 2000.

SÜSSEKIND, Arnaldo. **Instituições de Direito do Trabalho**. São Paulo: Ed. LTr, 1991.

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/Lei/L12815.htm. Acesso em 15/04/2014.

<http://presrepublica.jusbrasil.com.br/legislacao/111165/decreto-1886-96>. Acesso em 13/07/2014

http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_301_350.html#SUM-309. Acesso em 13/07/2014

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9719.htm. Acesso em 14/07/2014

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D3048.htm. Acesso em 07/08/2014

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/112023.htm. Acesso em 07/08/2014

<http://www.tst.jus.br/jurisprudencia>. Acesso em 07/08/2014

<http://www.oitbrasil.org.br/node/465>. Acesso em 07/08/2014

<http://www.apsfs.sc.gov.br/isps/documentos/012-manualtrabalhadorportuario.pdf>. Acesso em 08/08/2014

http://www.camara.gov.br/internet/comissao/index/mista/orca/orcamento/or2010/rel_setor/setor10/000_Rel_Setorial_10.pdf. Acesso em 26/07/2014.

<http://www.oitbrasil.org.br/node/491>. Acesso em 26/07/2014

http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO:12100:P12100_INSTRUMENT_ID:312483:NO. Acesso em 15/07/2014.

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6019.htm. Acesso em 03/08/2014

<http://trt-2.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/125546010/recurso-ordinario-ro-20823120125020445-sp-00020823120125020445-a28>. Acesso em 06/08/2014

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9719.htm. Acesso em 09/08/2014

<http://www.tst.jus.br/>. Acesso em 09/08/2014

http://www.fnportuarios.org.br/wp-content/uploads/2013/01/LEI-N%C2%BA-12_815_5-DE-JUNHO-DE-2013.pdf. Acesso em 09/08/2014

<http://portogente.com.br/noticias/gazeta/tregua-a-vista-no-conflito-emraport-x-avulsos-do-porto-de-santos-79364>. Acesso em 09/08/2014