

ISSN 1127-8579

Pubblicato dal 22/03/2013

All'indirizzo <http://www.diritto.it/docs/34837-trabalhadores-avulsos-e-a-nova-mp-n-595-12>

Autore: Vólia Bomfim Cassar

Trabalhadores avulsos e a nova MP Nº 595/12

1. TRABALHADOR AVULSO PORTUÁRIO E NÃO PORTUÁRIO

1.1. Trabalhador Avulso

A palavra “avulso” deriva do latim *avulsus*, que significa separar, destacar, desligar.

Avulso é o trabalhador que normalmente é **intermediado** pelo sindicato² ou pelo OGMO, para prestar serviços a tomadores diversos, **sem pessoalidade**, em sistema de rodízio. Outra característica do avulso é o pagamento em forma de **rateio** procedido pelo sindicato ou OGMO (Órgão Gestor de Mão de Obra). Portanto, os avulsos **não** são empregados. Mesmo assim, têm quase os mesmos direitos dos demais trabalhadores com vínculo de emprego (art. 7º, XXXIV, da CRFB).

É possível o avulso passar a ser empregado de um operador portuário ou do armador, desde que presentes os requisitos dos arts. 2º e 3º, da CLT. Isto pode ocorrer, por exemplo, quando o operador portuário exigir do OGMO exclusividade na escalação de determinados trabalhadores avulsos ou, por coincidência, houver continuidade na prestação de serviços dos mesmos trabalhadores. O avulso que passar à condição de empregado³ ou de cooperado, este quando para funcionar como operador portuário⁴ mantém seu registro no OGMO, mas não mais concorrerá à escalação por rodízio dos avulsos – art. 3º, I e § 1º, da Lei nº 9.719/98.

1.2. Conceito

De acordo com o art. 9º, VI, do Decreto nº 3.048/99: **avulso** é “aquele que, sindicalizado ou não, presta serviços de natureza urbana ou rural, a diversas empresas, sem vínculo empregatício, com a intermediação

1 Vólia Bomfim Cassar é juíza do trabalho, mestre e doutora em direito, com duas especializações e coordenadora do curso de Direito da Unigranrio.

2 O sindicato não deveria gerenciar a mão de obra avulsa, apesar de autorizado a tanto pela Lei nº 12.023/09.

3 O avulso que passa à condição de empregado é tratado pela lei como aquele que é cedido ao operador portuário em caráter permanente. Só pode ser cedido o avulso registrado, o cadastrado não pode (art. 31 da MP 595/12 c/c art. 3º, § 2º, da Lei nº 9.719/98).

4 O art. 25 da MP nº 595/12 permite que as cooperativas formadas por trabalhadores portuários avulsos **registrados** se estabeleçam como operadores portuários para a exploração das instalações portuárias, dentro ou fora dos limites da área do porto organizado. Nesses casos, a cooperativa também tem que se utilizar da mão de obra avulsa (que não seja dos próprios cooperativados) ou de empregados portuários.

obrigatória do OGMO, nos termos da Lei nº 8.630/93 (...), ou do sindicato da categoria (...).”.

O trabalhador avulso pode ser portuário ou não portuário.⁵

A Instrução Normativa IN RFB nº 971/09 assim define trabalhador avulso portuário e o não portuário:

Art. 263. Considera-se:

I – trabalhador **avulso** aquele que, sindicalizado ou não, presta serviços de natureza urbana ou rural, sem vínculo empregatício, a diversas empresas, com intermediação obrigatória do sindicato da categoria ou, quando se tratar de atividade portuária, do OGMO;

II – trabalhador **avulso não portuário**, aquele que presta serviços de carga e descarga de mercadorias de qualquer natureza, inclusive carvão e minério, o trabalhador em alvarenga (embarcação para carga e descarga de navios), o amarrador de embarcação, o ensacador de café, cacau, sal e similares, aquele que trabalha na indústria de extração de sal, o carregador de bagagem em porto, o prático de barra em porto, o guindasteiro, o classificador, o movimentador e o empacotador de mercadorias em portos, assim conceituados nas alíneas “b” a “j” do inciso VI do art. 9º do RPS;

III – trabalhador avulso portuário, aquele que presta serviços de capatazia, estiva, conferência de carga, conserto de carga, bloco e vigilância de embarcações na área dos portos organizados e de instalações portuárias de uso privativo, com intermediação obrigatória do OGMO, assim conceituados na alínea “a” do inciso VI do art. 9º do RPS, podendo ser:

(...)

Não portuário é o avulso 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 ele (não portuário) é intermediado pelo sindicato e alguns são regidos pela Lei nº 12.023/2009, enquanto o portuário é regido pela MP nº 595/12 e intermediado necessariamente pelo OGMO.

Os avulsos não portuários podem executar as atividades de movimentação de mercadorias mencionadas no art. 2º, da Lei nº 12.023/2009:

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.

⁵ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. O avulso não portuário e a intermediação do sindicato. *Revista LTr*, São Paulo, v. 68, n. 02, fev. 2004, p. 135.

Além destas, os não portuários podem executar outras atividades, como é o caso do prático de barra, a guarda portuária etc. Estes, apesar de serem classificados como não portuários, não são regidos nem pela MP nº 595/12 nem pela Lei nº 12.023/2009.

Sérgio Pinto Martins⁶ 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.

O sindicato não deveria mediar a mão de obra avulsa não portuária (muito menos a portuária), 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 CRFB, já que aos sindicatos cabe a defesa dos interesses da categoria e não outra atividade.

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, pois fere de morte o art. 8º, III, da CRFB.

Ademais, os amarradores de embarcações, o prático de barra, a guarda portuária e demais trabalhadores chamados de “avulsos não portuários” e não regidos pela Lei nº 12.023/2009, não podem ser intermediados pelo OGMO, não podem ser cadastrados ou registrados pelo OGMO,⁷ pois não são regidos pela MP nº 595/12, já que o tipo de trabalho que executam não diz respeito à movimentação de carga, mas à segurança dos navios ou à segurança dos portos, logo, interligados à atividade de necessidade permanente da administração portuária, já que o operador portuário deve se ocupar com a movimentação de carga nos portos. Os avulsos não portuários devem ser contratados como autônomos ou como empregados pela administração portuária. A MP nº 595/12 acabou com o cargo efetivo de **guarda portuária** (eram empregados públicos das Companhias Docas).

Cristiano Paixão e Ronaldo Fleury⁸ acrescentam que

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

7 No mesmo sentido a decisão RO 0828.2001.001.17.00.0, TRT, 17ª Reg., Pleno.

8 PAIXÃO, Cristiano; FLEURY, Ronaldo Curado. *Trabalho Portuário. A modernização dos portos e as relações de trabalho no Brasil*. 2. ed. São Paulo: Método, 2008, p. 89.

... a própria administração portuária preste o serviço de amarração dos navios. Isso porque a amarração não constitui apenas uma questão de segurança da embarcação – que paga taxas ao porto para ali atracar e movimentar mercadoria –, como do próprio porto. A amarração dos navios é, na verdade, um serviço de apoio à navegação/operação dos navios, para que toda a operação de atracação/desatracação e movimentação de carga se dê em segurança aos trabalhadores, à embarcação e ao próprio porto, logo, compete à administração dos portos a prestação de tal serviço.

Convém ressaltar, que a contratação de vigilante regido pela Lei nº 7.102/83, deve ser efetuada através de empresa especializada em vigilância (terceirizados).

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 MP 595/12 só se dirige aos empregados portuários com vínculo de emprego e avulsos portuários, que são aqueles que desenvolvem as atividades descritas no art. 36.

Todavia, por força do art. 7º, inciso XXXIV, da CRFB e art. 4º, da Lei nº 12.023/2009, os “avulsos não portuários” terão os mesmos direitos trabalhistas constitucionais que os avulsos portuários.

1.3. Avulso Portuário

Trabalhador **avulso portuário** é aquele que presta serviços, sem vínculo de emprego, a inúmeros tomadores, através de um órgão gestor de mão de obra. É regido pela MP nº 595/12. Trabalha na proximidade da orla marítima, lacustre ou fluvial, isto é, no setor portuário. Não possui vínculo de emprego (art. 30, da MP nº 595/12) porque a prestação de serviço aos tomadores e armadores é esporádica e não pessoal, em face da curta estadia dos navios nos portos.

Não se deve confundir o trabalhador portuário com o **trabalhador marítimo**. O marítimo executa serviços profissionais necessários à navegação, a bordo de uma embarcação, com vínculo de emprego com a empresa armadora – art. 7º, da Lei nº 9.537/97 (lei de segurança do tráfego aquaviário).⁹ Pode, excepcionalmente, movimentar as mercadorias transportadas quando o navio atraca no cais. Normalmente mora na embarcação e pode permanecer afastado do lar e da família por meses. Já o portuário executa serviços com (empregado portuário) ou sem vínculo (avulso), no porto, para movimentação de mercadorias provenientes do transporte aquaviário ou em atividades afins.

O trabalho do avulso se desenvolve tanto quando há navio no porto, quanto sem a presença física do navio, pois pode haver intenso movimento de mercadorias no porto, em seus armazéns e galpões, para preparar a carga ou para encher um contêiner para ser embarcado quando da chegada do navio.

9 O Decreto 2.596/98, regulamentador da Lei nº 9.537/97, classifica os aquaviários em: marítimos, fluviários, pescadores, mergulhadores, práticos, agentes de manobra e docagem.

O avulso pode ser registrado ou cadastrado (Decreto nº 1.596/95). Os registrados têm prioridade na distribuição do trabalho, enquanto os cadastrados somente trabalham quando o efetivo de registrados for insuficiente para atender à demanda do serviço. Para os registrados a prestação de serviços é contínua dentro do sistema de rodízio para a escalação. Os cadastrados são espécies de reserva dos registrados.¹⁰

Desta forma, de acordo com a demanda requisitada pelo operador portuário, o OGMO primeiro convocará, observando o necessário rodízio (para não preterir nem privilegiar ninguém), os registrados e, se o número de registrados presentes não for suficiente, os cadastrados serão chamados, na forma do art. 4º, da Lei nº 9.719/98. Normalmente, onde há excesso de trabalhadores avulsos registrados no OGMO, os cadastrados não têm oportunidade de trabalho. Os critérios para o cadastro e registro estão no art.28, V, da MP nº 595/12.

Em virtude disto, os arts. 4º e 5º, da Lei nº 9.719/98 asseguram ao avulso cadastrado no OGMO o direito de concorrer à escala diária complementando a equipe de trabalho do quadro dos registrados, em sistema de rodízio. Isto quer dizer que compete ao avulso comparecer diariamente ao local de trabalho para aguardar a convocação feita pelo OGMO, em face da requisição feita pelo operador portuário.

Apesar de presentes no local de trabalho, só será remunerado o avulso selecionado e que prestar o serviço de fato (art. 6º, parágrafo único, da Lei nº 9.719/98).

Francisco Edivar¹¹ noticia que na prática, os trabalhadores avulsos apresentam-se ao longo do porto à parede,¹² onde são selecionados para a formação dos ternos¹³ a serem enviados aos navios. A composição dos ternos, a remuneração (nunca inferior ao mínimo, art. 7º, IV, da CF), a jornada (que não poderá ser superior à prevista no art. 7º, XIII, da CF) e demais condições de trabalho devem ser objeto de norma coletiva – arts. 32 e 28, parágrafo único, da MP nº 595/12.

No Rio de Janeiro o sistema de paredes está computadorizado. Cada categoria (capataz, estivador etc.) se apresenta em um terminal à eles destinados para aguardar o pregão. Quando o avulso chega ao trabalho ele se apresenta (“batendo” o cartão no terminal de computador destinado à sua categoria) e, se escalado para trabalhar, receberá a respectiva remuneração (para tanto tem que bater o cartão novamente e prestar o serviço).

10 Na prática ainda encontramos os **cavalos**, bagrinhos, carteirões ou camisas brancas, que são trabalhadores que não constam da lista de escalação e que compram a oportunidade de trabalho, executando o serviço no lugar do avulso selecionado, colocando em risco a carga e a segurança da área portuária, pois não treinados.

11 CARVALHO, Francisco Edivar. *Trabalho portuário avulso antes e depois da lei e modernização dos portos*. São Paulo: LTr, 2005, p. 22.

12 Paredes são os locais situados ao longo das instalações portuárias, dentro ou fora delas, onde os trabalhadores se reúnem por categoria, para serem escalados.

13 As equipes de trabalho de estiva e capatazia são divididas de acordo com os porões dos navios. Cada equipe forma um terno, cujo padrão (terno-padrão) é definido pela norma coletiva. Por exemplo, para as operações de embarque de café, o terno-padrão é composto por oito avulsos de capatazia e 11 de estiva.

A remuneração e definição das funções e composição dos ternos, bem como as demais condições de trabalho, deverão constar da norma coletiva, fruto de uma negociação prévia, efetuada entre a entidade representativa dos trabalhadores avulsos e dos operadores portuários, mas de observância obrigatória do OGMO – art. 39, da MP nº 595/12.

1.4. Competência da Justiça do Trabalho

Em face da modificação da redação contida no art. 643, da CLT, efetuada pela MP 1.952-20/2000, após convertida na MP 2.164-41/2001,¹⁴ que inseriu o § 3º no referido dispositivo legal, competente é a Justiça do Trabalho para dirimir os conflitos entre os trabalhadores avulsos (sem vínculo de emprego) e os órgãos gestores de mão de obra ou os entre aqueles e os operadores portuários, para defesa dos direitos trabalhistas. Havia algumas exceções que foram exterminadas após a EC nº 45/2004.

A Justiça do Trabalho, até a alteração do art. 643 da CLT, só era competente para as lides travadas entre o avulso e seus tomadores, seja para o pedido de vínculo com estes (quando existente), seja para cobrar os direitos trabalhistas, quando ausente o liame empregatício. A antiga competência foi elastecida, soterrando de vez a controvérsia surgida após o advento da Carta de 1988, quanto à aplicação do inciso XXXIV, do art. 7º, da CRFB.

De qualquer forma, a Emenda Constitucional nº 45/2004 pacificaria a questão, uma vez que garantiu a competência da Justiça do Trabalho para julgar as relações de trabalho, não se restringindo apenas às relações de emprego e àquelas que o legislador infraconstitucional permitiu.

1.5. Trabalho Portuário

1.5.1. Breve Histórico

O porto sempre foi o local de entrada e saída de mercadorias (exportação e importação) e de pessoas (estrangeiros e nacionais) e, por isso, de grande preocupação dos Estados que, ao mesmo tempo, que dependem dele para fomentar o comércio e abastecer suas cidades, têm que limitar ou impedir atos que fragilizam a segurança local, como o tráfico de escravos, de armas, a entrada de inimigos etc. Além de ser ponto forte para o desenvolvimento de um país, é também local fértil para delitos, como prostituição, furtos, comércio ilegal, entrada de pessoas de forma clandestina, guerra etc.

Na antiguidade, propiciou o aparecimento de muitas cidades através da expansão econômica decorrente do intenso comércio marítimo e fluvial. Prova disso foi o grande desenvolvimento econômico da Mesopotâmia, região localizada às margens dos rios Tigre e Eufrates (3100 – 2900 a.C.).

Interessante apontar outros lugares que sobressaíram no passado por possuírem um bom porto, capaz de realizar intenso comércio: Grécia (Atenas, Siracusa, Alexandria etc.) e, por volta do Século XIV, Paris. Paris era um dos polos comerciais mais ativos da Europa na época, pois se situava às margens do rio Sena.

Ainda hoje os portos são instrumentos de desenvolvimento econômico de um país e motivo de preocupação, pois ainda é alvo de tráfico de drogas, de pessoas, local de prostituição, de desvio de mercadorias etc.

Quanto mais modernos, rápidos, seguros e quanto melhor treinados os trabalhadores portuários, mais

14 Cabe ressaltar que esta medida provisória é anterior à Emenda Constitucional nº 32/01 e, de acordo com o art. 2º, a MP ficará em vigor até a edição de uma nova MP que a revogue expressamente ou até deliberação definitiva do Congresso Nacional, situações que não ocorreram até a presente data.

eficiente será o serviço oferecido pelo porto e, conseqüentemente, maior será a movimentação de mercadorias em suas instalações.

1.5.2. Princípios

Ante a relevância do trabalho portuário e diante das especificidades desse tipo de trabalho, foi editada a Convenção nº 137, da OIT, a respeito do trabalho no setor portuário, ratificada pelo Brasil (Decreto Legislativo nº 29/93 e Decreto Promulgatório nº 1.574/95).

Certos princípios podem ser extraídos da Convenção nº 137, da OIT e da Recomendação nº 145, da OIT.

Abaixo apontaremos alguns:

a) Princípio da proteção do trabalhador portuário contra a automação x Princípio da modernização dos portos:

A Lei nº 8.630/93 revogou os arts. 254 a 292, da CLT, além de outras leis, alterou a sistemática de administração da mão de obra portuária, abriu margem à negociação coletiva, afastou o sindicato do gerenciamento do trabalho do avulso e aperfeiçoou o trabalho portuário, inaugurando uma nova era.

Com a modernização dos portos, a crise econômica e a necessidade de treinamento técnico da mão de obra, o número de trabalhadores é drasticamente reduzido.

Cristiano Paixão e Ronaldo Fleury¹⁵ afirmam que existiam no Brasil, em dezembro de 1995, cerca de 62 mil trabalhadores portuários e que no final de 2002 foram contabilizados apenas 34 mil trabalhadores. A redução do quantitativo de portuários é consequência do processo de automação e da crise econômica da Europa ocidental iniciada a partir da década de 70.

Por outro lado, José Valente¹⁶ afirma que “O comércio exterior brasileiro cresceu quase cinco vezes – entre 2002 e 2011 –, saindo de US\$ 100 bilhões para US\$ 480. Entre 2009 e 2011, o comércio exterior do Brasil cresceu mais que o da China, Índia, Rússia, Alemanha, Estados Unidos. Um sistema portuário ineficiente não permitiria tal crescimento, já que os portos são responsáveis por mais de 95% do comércio exterior brasileiro.”

A Recomendação nº 145 traduz a preocupação da OIT com os efeitos decorrentes da modernização dos portos em face das mudanças dos métodos de processamento da carga (automação). Isto porque, ao mesmo tempo em que os portos necessitam melhorar o atendimento, diminuir o tempo de permanência no porto, melhorar a circulação e o processamento das cargas, modernizar maquinário etc., tais mecanismos, muitas

15 PAIXÃO, Cristiano, FLEURY, Ronaldo Curado. *Trabalho Portuário. A modernização dos portos e as relações de trabalho no Brasil*. 2. ed. São Paulo: Método, 2008, p. 20.

16 José Augusto Valente é engenheiro e atua na área de transportes há 40 anos. Foi presidente do Departamento de Estradas de Rodagem do Rio de Janeiro (DER-RJ) em 2002. No mesmo ano, coordenou a área de transportes da equipe de transição do primeiro mandato do governo Lula. Entre 2004 e 2007 foi secretário de Política Nacional de Transportes do Ministério dos Transportes. Atualmente, é consultor e diretor técnico da Agência T1 e TVT1, especializado em Transporte e Logística. <http://www.cut.org.br/destaque-central/51460/medida-provisoria-dos-portos-e-inconstitucional-avalia-especialista-em-transporte.a> cessado em 18/03/12, às 17:05.

vezes, substituem o homem pela máquina, acarretando a mecanização ou a automação do trabalho.

A figura do portuário carregando nas costas sacarias (sacos) pesadas; o quadro de um porto demorando semanas para operar um carregamento; o cenário de vários portuários embalando manualmente a mercadoria etc., são figuras do passado e estão cada vez mais difíceis de repetição, já que hoje a carga vem protegida, embalada, contada e pesada em contêineres, que são carregados por guindastes diretamente para os navios. Este é apenas um dos muitos exemplos da modernização dos portos.

Logo, é preciso modernizar e, ao mesmo tempo, aproveitar a mão de obra portuária e dar-lhe treinamento.

A Medida Provisória nº 595/12 revogou a Lei nº 8.630/93 com a clara intenção de dar maior autonomia às instalações de uso privativo.

A exploração indireta das instalações portuárias localizadas fora da área do porto organizado ocorrerá mediante autorização, nos termos do artigo 1º, parágrafo 2º, da MP 595/12. Considera-se **autorização**, na forma do inciso XI, do artigo 2º, a outorga de direito a exploração de instalação portuária localizada fora da área do porto organizado, formalizada mediante contrato de adesão. Neste ponto, nada foi alterado em relação a revogada Lei nº 8.630/93, uma vez que para os portos de uso público continuou o modelo de concessão da operação portuária, através da licitação e para o porto de uso privativo a autorização, por meio de contrato de adesão.

Antes da MP nº 595/12, os terminais privativos estavam autorizados a movimentar apenas carga própria, e só poderiam carregar produtos de terceiros (terminais privativos mistos) em casos específicos e até o limite de 49%¹⁷ de sua capacidade ociosa. Agora esses terminais poderão operar, mediante autorização¹⁸ e por tempo indeterminado, quase 100% de produtos de terceiros, equiparando-se, quanto à operação portuária, ao porto de uso público. Aí está a grande novidade.

Os terminais de uso privativo, de acordo com a nova regra, terão a liberdade de contratar portuários e avulsos sem a intervenção do OGMO, isto é, a estes não será aplicada a exigência de usar os OGMOS ou sindicatos para a contratação de trabalhadores.

Se, por um lado todas as medidas representam um avanço para o país, pois permitem um desenvolvimento maior, com portos¹⁹ mais bem aparelhados para as exportações e importações, com custos mais baixos, por outro lado, pode enfraquecer a soberania do país, além de reduzir o mercado de trabalho dos avulsos e acarretar em tratamento desigual entre o porto público e o privado, já que este poderá fazer o mesmo serviço com custos inferiores.

17 Não existia uma regulamentação de quanto os portos privativos poderiam carregar produtos de terceiros, mas havia um entendimento tácito de que não poderia ser superior aos seus próprios carregamentos

18 Há quem defenda a inconstitucionalidade da nova regra, ao argumento de que, ao emitir que os terminais de uso privado movimentem cargas de terceiros sem limitação, estão prestando um serviço público. Logo, restaria violada a regra da necessidade prévia de licitação para prestação por terceiros de todo e qualquer serviço público.

19 Os portos respondem por mais de 90% do fluxo do comércio exterior do país, daí a necessidade de melhor aparelhá-los.

Abaixo, de forma resumida, as principais mudanças da MP nº 595/12:

- Possibilidade de privatização das administrações dos portos públicos;
- Esvaziamento de atribuições das Companhias Docas, que deixam de fazer o planejamento portuário;
- Extinção dos cargos de guarda portuária nas Companhias Docas;
- Permissão para que a iniciativa privada construa novos terminais (privativos) fora dos portos organizados para movimentar carga de terceiros, sem a necessidade de contratar trabalhadores portuários registrados pelo Órgão Gestor de Mão de Obra (OGMO) ou sindicatos;
- O Conselho de Autoridade Portuária (CAP), que era o principal órgão da administração portuária, passou a ter caráter consultivo;
- A MP transfere para a secretaria todas as competências relativas a portos fluviais e lacustres que estejam atribuídas ao Ministério dos Transportes e ao Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes (Dnit).

b) Incentivo ao emprego permanente:

De acordo com o art. 2º, I, da Convenção nº 137, da OIT, os Estados devem “estimular todos os setores interessados para que assegure aos portuários, na medida do possível, o emprego permanente ou regular.”

No mesmo sentido a Recomendação nº 145, da OIT, que recomenda aos países signatários assegurar, na medida do possível, emprego permanente ou regular aos portuários.

Por este motivo, a legislação nacional determina que a contratação de empregados portuários exercentes de determinadas funções se dê entre os avulsos registrados – art. 36, da MP nº 595/12.

O que se busca futuramente é que todos os portos possam ter empregados portuários, não precisando mais se valer dos avulsos, pois foram contratados.

c) Preferência ao avulso assíduo:

Estima-se que dos atuais 34 mil avulsos portuários, apenas 20 mil efetivamente compareçam regularmente aos pontos de escalação. Os mais assíduos demonstram que necessitam do serviço, pois não devem ter outro rendimento. Daí por que seria crível o OGMO excluir aqueles que não comparecem por um grande período e dar preferência, quando da escalação, àqueles que estão sempre disponíveis para o trabalho, pois comparecem regularmente.

Aliás, a Convenção nº 137, da OIT, em seu art. 1º, I, conceitua os trabalhadores portuários como as “pessoas que trabalham de modo regular como portuário, e cuja principal fonte de renda anual provém desse trabalho”, devendo o avulso estar pronto para trabalhar (art. 3º).

d) Reserva de Mercado – falta de liberdade na contratação dos portuários:

O trabalho portuário constitui um tipo de reserva de mercado, uma vez que para as atividades mencionadas no art. 36, § 1º, da MP nº 595/12, apenas os portuários treinados, registrados ou cadastrados pelo OGMO, podem ser contratados para executar o trabalho.

Isto quer dizer que o operador portuário não pode contratar livremente no mercado empregados ou “avulsos” para exercerem tais atividades (as descritas no art. 36, da MP), daí por que o §2º do mesmo artigo obriga a contratá-los (empregados) dentre os avulsos registrados.

A regra é a seguinte: Primeiro o operador deve procurar dentre os avulsos registrados mais assíduos. Não havendo interessados ou número suficiente, poderá recorrer aos cadastrados e, apenas não havendo nenhum registrado e cadastrado, poderá procurar no mercado, à sua livre escolha, alguém para o trabalho e só contratá-lo depois de aplicar o curso de treinamento. Nessa hipótese o OGMO deverá proceder ao cadastro do portuário contratado, uma vez que, depois de despedido, poderá concorrer às escalas de trabalho.

Os aposentados não poderão concorrer à escalação de trabalho, nem ser contratados como empregados pelos operadores, já que tiveram seus registros ou cadastros cancelados em virtude da aposentadoria. Excepcionalmente, poderão ser contratados quando ocorrer a situação acima.

e) Multifuncionalidade:

Os arts. 12 e 13, da Recomendação nº 145, da OIT, sugerem que o número de categorias especializadas devem ser reduzidas e modificadas as atribuições na medida em que for modificada a natureza do trabalho. Recomenda que um número cada vez maior de trabalhadores se capacitem para efetuar uma variedade maior de tarefas, sem distinção, quando possível, entre trabalho a bordo e o em terra, possibilitando um intercâmbio maior de mão de obra e maior flexibilidade na designação do trabalho. Aí está a vantagem da multifuncionalidade.

O art. 29, II, da MP nº 595/12 adotou o princípio da multifuncionalidade.

1.5.3. Trabalho Portuário

A revogada Lei nº 8.630/93 regulamentou, de forma definitiva, 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 das tarifas e eliminando alguns entraves e impedimentos que dificultavam a adaptação dos portos brasileiros à livre iniciativa mercadológica.

Cabe à União a exploração direta ou indireta dos portos organizados (art. 1º, da MP nº 595/12). Considera-se **porto organizado** o constituído 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 (inciso I, do § 2º, da MP 595/12).

A **administração portuária** é exercida pela União ou pela entidade concessionária do porto

O **operador portuário** é a pessoa jurídica que exerce a operação portuária na área do porto por concessão pública (art. 2º, XII). Cada operador portuário constituirá um órgão gestor de mão de obra (art. 28 da MP nº 595/12) para gerir e treinar os portuários, bem como para administrar o fornecimento de mão de obra avulsa, em sistema de rodízio (art. 5º da Lei nº 9.719/98), salvo quanto aos cedidos de forma permanente ao agente portuário ou aos avulsos que se constituírem ou associarem a uma cooperativa,

conforme art. 3º, I, II e § 1º, da Lei nº 9.719/98 c/c art. 31, da MP nº 595/12, que não estarão sujeitos ao rodízio.

O operador portuário responde perante a administração do porto pelos danos causados; perante o proprietário ou consignatário da mercadoria, pelas perdas e danos que ocorrerem durante as operações portuárias; perante o armador, pelas avarias provocadas; perante o trabalhador portuário (empregado), pela remuneração e demais encargos; perante o OGMO, pelas contribuições não recolhidas; perante os órgãos competentes, pelos tributos incidentes sobre o trabalho portuário avulso – art. 22, da MP nº 595/12. O OGMO não responde pelos danos que o avulso causar aos tomadores ou a terceiros – art. 29, § 1º, da MP nº 595/12.

O operador portuário que desejar contratar trabalhador portuário de capatazia, estiva, conferência de carga, conserto de carga, bloco e vigilância de embarcações, com vínculo de emprego, deverá escolher dentre os avulsos registrados (exclusivamente) – art. 36, § 2º, da MP nº 595/12.

Apesar do parágrafo segundo não ter mencionado expressamente as atividades de **capatazia** e o **bloco**, entendemos²⁰ que estas categorias também estão abrangidas pela determinação legal.

Explica-se:

Fazendo uma interpretação sistemática, percebe-se com clareza que as atividades de bloco e capatazia foram incluídas em toda a sistematização da lei, junto com as demais mencionadas no art. 36, da MP 595/12 e no art. 3º, da Lei nº 9.719/98. Todos os portuários são cadastrados, registrados, treinados, mediados pelos OGMO etc., aí incluída a capatazia e o serviço de bloco. Não teria sentido a lei ter determinado a multifuncionalidade das atividades, a gestão desta mão de obra pelo OGMO, o cadastro dos antigos capatazes e discriminá-los no momento da contratação.

Ademais, a capatazia tem motivos históricos que impossibilitavam, à época, a sua inclusão no parágrafo segundo do art. 36, uma vez que eram empregados permanentes dos portos, logo, não eram avulsos.

Há jurisprudência²¹ no mesmo sentido.

Enquanto for empregado, o trabalhador não concorre à escala como avulso (art. 3º, § 1º, da Lei nº 9.719/98). Encerrado seu contrato de emprego, o trabalhador retorna à condição de avulso registrado. Aceitamos, excepcionalmente, que o cadastrado seja cedido de forma permanente ao operador portuário (contratação com vínculo de emprego), quando, por exemplo, não tiver registrado interessado ou capacitado para o trabalho.

Compete ao operador portuário a requisição de mão de obra avulsa e não ao OGMO. A este compete apenas administrar a mão de obra avulsa quando requisitada, arrecadar e repassar os direitos trabalhistas dos avulsos na forma dos arts. 28, I, da mesma MP.

²⁰ No mesmo sentido PAIXÃO, Cristiano, FLEURY, Ronaldo Curado. *Trabalho Portuário. A modernização dos portos e as relações de trabalho no Brasil*. 2. ed. São Paulo: Método, 2008, p. 52.

²¹ Proc. 20174.2004.000.02.00, TRT 2ª Reg. SDC, *DOE/SP* 04/10/05.

Na verdade, ao operador portuário cabe a realização das operações portuárias previstas em lei. Para executar tais operações deve contar com mão de obra própria e, apenas quando houver necessidade, com mão de obra sobressalente (avulsa). Aliás, a lei é expressa neste sentido – art. 36, da MP nº 595/12.

A *mens legis* foi a de prestigiar os trabalhadores portuários empregados contratados por prazo indeterminado para suprir a demanda comum. E, em casos de excesso de serviço, o que ocorre com certa frequência, a mão de obra avulsa é requisitada.

O operador portuário não está obrigado a manter de forma permanente qualquer **proporção** entre o empregado portuário e o avulso portuário, mas deve contratar trabalho avulso periodicamente, na forma do art. 36 da MP nº 595/12, para as atividades mencionadas no respectivo artigo.

Todavia, para as instalações portuárias de **uso privativo** anteriores à lei, foi exigida a manutenção da proporção²² existente entre o trabalhador avulso (portuário) e o empregado portuário, de acordo com o art. 56, parágrafo único, da revogada Lei nº 8.630/93. Com a nova regra (MP 595/12) não há mais necessidade de porto de uso privativo requisitar avulsos e se, o fizer, não precisará mais fazê-lo através do OGMO Ressalte-se que a proporcionalidade mencionada não se aplica para o avulso não portuário, já que não há lei que obrigue a tanto, daí por que a Súmula nº 309, do TST, entendeu desta forma.

Portanto, não há lei que obrigue os operadores portuários, pessoas jurídicas de direito privado pré-qualificadas para a realização das operações portuárias, a contratar constantemente o trabalhador avulso portuário. Caberá à negociação coletiva tentar incluir nas normas coletivas uma proporcionalidade entre empregados e avulsos, de forma a garantir oportunidade de trabalho a estes – art. 32, da MP nº 595/12.

Por outro lado, a lei expressamente dispensa a intervenção do operador portuário, quando a própria tripulação da embarcação executar o trabalho e não requisitar a utilização de mão de obra estranha aos seus quadros – art. 24, I, da MP nº 595/12. Acresça-se que a Carta Maior garante ao empresário a livre iniciativa – art. 5º, da CRFB, e que a Convenção nº 137, da OIT (ratificada pelo Brasil), determina que os países signatários estimulem o vínculo permanente (de emprego) dos portuários.

É proibido ao OGMO ceder avulso **cadastrado** ao operador portuário de forma permanente – § 2º, do art. 3º, da Lei nº 9.719/98, pois só poderá ceder os avulsos **registrados**.

O trabalhador avulso registrado tem direito a concorrer ao **rodízio** de forma equitativa, devendo o OGMO efetuar a escalação dos presentes respeitando a igualdade de oportunidades de trabalho disponíveis, sem prestigiar um ou outro avulso, baseando-se em sistema numérico de trabalhadores, observadas as habilitações exigidas para cada posto de trabalho. Deve o OGMO tomar medidas no sentido de evitar a figura do “cavalo”²³ e a escolha dos mais antigos e assíduos pelos melhores trabalhos. O critério deve ser igual para todos, sob pena de discriminação de oportunidades.

1.6. OGMO

22 Desta forma, o terminal de uso privativo que tinha 60% de mão de obra avulsa e 40% de empregados, deve manter a mesma proporção nos dias atuais.

23 “Cavalo” é a expressão empregada pelos próprios avulsos, para designar aquele que é escalado para um trabalho, mas o repassa para um colega por valor inferior ao recebido, ficando com o lucro desta intermediação.

O órgão gestor é uma pessoa jurídica de direito privado sem fins lucrativos (art. 35, da MP nº 595/12). É vedada a exploração de qualquer outra atividade econômica não vinculada à gestão de mão de obra ou de prestação de serviços a terceiros. É considerado de utilidade pública.

Cada operador portuário deve constituir um OGMO (órgão gestor de mão de obra), competindo-lhe (art. 28, da MP nº 595/12):

- a) administrar o fornecimento de mão de obra do trabalhador portuário (empregado) e do trabalhador portuário avulso;
- b) manter, com exclusividade, o cadastro do trabalhador portuário empregado e o registro do avulso;
- c) promover o treinamento e a habilitação profissional do trabalhador portuário empregado, inscrevendo-o no cadastro;
- d) selecionar e registrar o trabalhador portuário avulso;
- e) estabelecer o número de vagas, a forma e a periodicidade para acesso ao registro do avulso;
- f) expedir o documento de identificação dos trabalhadores portuários empregados;
- g) arrecadar e repassar, aos beneficiários, os valores devidos pelos operadores portuários, relativos à remuneração do avulso e encargos;
- h) aplicar penalidades disciplinares aos avulsos;
- i) cancelar o registro dos avulsos;
- j) promover a formação profissional e treinamento multifuncional do trabalhador portuário, bem como promover programas de realocação e de incentivo ao cancelamento do registro e de antecipação de aposentadoria;
- k) zelar pelas normas de higiene, medicina e segurança do trabalho avulso;
- l) escalar os trabalhadores avulsos em sistema de rodízio;
- m) verificar a presença dos avulsos escalados no local de trabalho;
- n) respeitar e cumprir as normas coletivas ajustadas entre as entidades representativas dos trabalhadores avulsos e os operadores portuários.

Os **cursos de qualificação** dos trabalhadores avulsos são planejados pelo OGMO de acordo com as necessidades das fainas em cada porto. Para tanto, poderá se utilizar dos cursos profissionalizantes de diversas instituições, dentre elas a Marinha do Brasil, por meio da Diretoria de Portos e Costas, que administra o Ensino Profissional Marítimo. Tais cursos são custeados pela Diretoria de Portos e Costas e é obrigatório para determinadas atividades. Muitas vezes quem promove os cursos é o próprio OGMO, mas quem controla o currículo, o conteúdo e certifica é a DPC (Diretoria de Portos e Costas).

1.7. Instalações Portuárias

Inicialmente, cumpre salientar que a MP nº 595/12 não se aplica aos portos não organizados, isto é, ao pequeno cais. Portanto, as explicações abaixo se destinam aos portos organizados.

Há dois tipos de instalações portuárias: as de uso público e as de uso privado.

Terminal de uso privativo pode ser de **uso exclusivo**, quando movimenta somente carga própria, e, de **uso misto**, quando movimentar cargas de terceiros também. As instalações de uso privativo podem estar localizadas dentro ou fora da área do Porto Organizado. O **Terminal de uso público** (a lei evitou esta nomenclatura e prefere denominá-los de portos organizados), pode ser explorado diretamente pela União (porto público) ou através de concessão pública, feita através de contrato de arrendamento, é aquele que realiza as operações portuárias determinadas pela MP, opera e movimenta mercadorias de terceiros e estão sempre na Área do Porto Organizado.²⁴

De acordo com o art. 2º, I, da MP nº 595/12, **porto organizado** (ou terminal de uso público) é o construído e aparelhado para atender às necessidades de 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, sendo sua área compreendida pelas instalações portuárias, como ancoradouros, docas, cais, pontes, píeres de atracação e de acostagem, terrenos, armazéns, edificações, vias de circulação interna e demais infraestruturas necessárias para a operação portuária, sempre construídas com recursos públicos. Desta forma, é fácil concluir que toda infraestrutura portuária construída com recursos públicos está obrigatoriamente submetida aos conselhos (não mais jurisdição) de uma autoridade portuária -CAP (Conselho de Autoridade Portuária) e ao OGMO, denominando-se de terminal de uso público ou porto organizado.

Os terminais de uso privativo devem ser construídos com recursos particulares dos interessados ou por arrendamento dos berços públicos para exploração exclusiva ou mista.

Após a MP nº 595/12, os portos de uso privativos poderão movimentar maior quantidade de cargas de terceiros, desde que autorizados, sem a necessidade de contratar avulsos e, se precisarem desta mão de obra extra, não precisarão fazê-lo por intermédio do OGMO ou do sindicato. Para maiores esclarecimentos, remetemos o leitor ao item 5.5.2, "a".

1.8. Trabalhador Portuário e Trabalhador Portuário Avulso

A MP nº 595/12 se aplica tanto para o **empregado portuário** quanto ao **portuário avulso**, enquanto a Lei nº 9.719/98 trata apenas dos direitos do trabalhador portuário avulso.

Há, entretanto, semelhanças e distinções importantes entre estes trabalhadores, como estudaremos no quadro abaixo.²⁵

24 STEIN, Alex Sandro. *Curso de Direito Portuário*. São Paulo: LTr, 2002, p. 50 e 64.

25 A lei não informa qual critério deve ser utilizado para a fixação do número de vagas existentes para avulsos registrados ou cadastrados. O art. 28, V, da MP nº 595/12/ apenas menciona que compete ao OGMO estabelecer o número de vagas, a forma e periodicidade para o acesso ao registro do avulso portuário. O art. 33 determina a constituição de uma Comissão Paritária para solucionar os litígios decorrentes da aplicação das normas a que se referem os arts. 28, 29 e 31, da MP nº 595/12. Na prática, esta Comissão Paritária, junto ao Conselho de Supervisão (art. 16, é que fixa o número de vagas. Algumas vezes as normas coletivas estabelecem os critérios, e as Comissões, ouvido o sindicato, fixam o número de vagas.

TRABALHADOR PORTUÁRIO AVULSO	TRABALHADOR PORTUÁRIO EMPREGADO
- Não tem vínculo de emprego nem com o OGMO nem com o operador portuário (art. 30 da MP nº 595/12).	- Tem vínculo de emprego com o operador portuário (art. 36 da MP nº 595/12).
- O acesso do avulso ao cadastro se dá por meio de prévia habilitação profissional obtida através de treinamento realizado em entidade indicada pelo OGMO. Com o decorrer do tempo e à medida que for abrindo vaga, ³⁹ o avulso já cadastrado poderá passar a avulso registrado. A partir daí recebe do OGMO documento de identificação art. 37, §§ 1º e 2º, da MP nº 595/12.	- Os empregados portuários podem ser contratados livremente pelos operadores portuários, salvo aqueles a que se refere o art. 36, parágrafo segundo, da MP nº 595/12, que só podem ser contratados dentre os avulsos registrados no OGMO.
- O OGMO arrecada, repassa e providencia o recolhimento dos encargos trabalhistas, fiscais e previdenciários, já acrescidos dos percentuais relativos às férias, 13º salário, FGTS etc. (art. 29, III, da MP nº 595/12 c/c art. 2º, I, da Lei nº 9.719/98).	- O pagamento do empregado é efetuado diretamente pelo empregador, que, no caso, é o operador portuário.
- O ingresso no registro depende de prévia seleção e respectiva inscrição no cadastro dos habilitados ao desenvolvimento das atividades portuárias e é feito pelo OGMO (art. 37, § 2º da MP nº 595/12).	- Enquanto for empregado, o OGMO mantém seu registro, mas o trabalhador não concorre à escala de rodízio. Extinto o contrato, o trabalhador retorna à condição de avulso registrado.
- O registro e o cadastro se extinguem pela morte, aposentadoria ou cancelamento (art. 37, § 3º, da MP nº 595/12).	- O contrato de trabalho se extingue pelos motivos previstos na CLT.

5.9. Direitos dos Trabalhadores Avulsos

Seus direitos estão previstos na Carta/88 (art. 7º, XXXIV), na MP nº 595/12, Lei nº 9.719/98 (pagamento, convocação e intervalo de 11 horas entre duas jornadas), Lei nº 8.036/90 (levantamento do FGTS – art. 20, X); Decreto nº 1.886/96 e Decreto nº 27.048/49 (RSR); Decreto nº 53.153/63 (art. 43 – salário-família); Lei nº 5.085/66 c/c Decreto nº 61.851/67 (revogado) e Decreto nº 80.271/77 (férias); Lei nº 5.480/68 c/c Decreto nº 63.912/68 (13º salário) e Lei nº 7.002/82 (jornada noturna de 6 horas com adicional de 50%). Alguns destes dispositivos não estão mais vigentes, mas ajudam na compreensão dos institutos. A Convenção nº 137, da OIT, versa sobre as repercussões sociais dos novos métodos de manipulação de cargas nos portos, inserida no

ordenamento brasileiro pelo Decreto nº 1.574/95.

O art. 2º, II, § 4º, da Lei nº 9.719/98 c/c art. 29, parágrafo 2º, da MP nº 595/12, prevê a solidariedade entre o OGMO e o operador portuário quanto aos encargos trabalhistas, previdenciários e demais obrigações decorrentes da requisição de mão de obra, podendo o OGMO exigir garantia prévia dos operadores portuários para tanto (§ 3º, do artigo 29, da MP nº 595/12).

Férias de 30 dias e demais direitos

De acordo com o art. 2º, do Decreto nº 80.271/77, os requisitantes ou tomadores da mão de obra avulsa contribuirão com um adicional de 10% calculado sobre a remuneração do trabalhador, que será recolhida diretamente à CEF em conta específica denominada “remuneração de férias – trabalhadores avulsos”. Deste percentual, 9% se destinam ao financiamento das férias e contribuição previdenciária e 1% para o custeio dos encargos da administração da mão de obra (OGMO). Todavia, este valor é anterior à Carta de 1988 e, portanto, não previa o terço constitucional.

Por este motivo o art. 263, XVI, da IN nº 971/09, do INSS, conceitua montante de mão de obra como:

XVI – montante de Mão de Obra (MMO), a remuneração paga, devida ou creditada ao trabalhador avulso portuário em retribuição pelos serviços executados, compreendendo o valor da produção ou da diária e o valor correspondente ao repouso semanal remunerado, sobre o qual serão calculados os valores de **férias e décimo terceiro salário, nos percentuais de 11,12% (onze inteiros e doze centésimos por cento) e de 8,34% (oito inteiros e trinta e quatro centésimos por cento)**, respectivamente (grifos nossos).

O percentual do FGTS de 8% deve incidir sobre o montante de mão de obra ou MMO, sobre as férias + 1/3, RSR e trezeno, logo, este valor chega a 9,5568%²⁶ sobre o MMO.

Os encargos trabalhistas devem ser recolhidos da seguinte forma:

Férias + 1/3.....	11,12% sobre o MMO
13º salário.....	8,34% sobre o MMO
FGTS.....	9,5568 sobre o MMO

Estes são os valores devidos, além dos referentes ao INSS, contribuição social e CAS, e devem ser recolhidos aos órgãos competentes no prazo estipulado em lei. O repouso semanal deverá ser pago diretamente com a diária e equivale a 1/6 do valor da diária. A soma desta com o repouso semanal denomina-se de montante de mão de obra ou MMO.

O TST cancelou a OJ nº 384, da SDI-I, do TST, que entedia aplicável a **prescrição** bienal, prevista no art. 7º, XXIX, da CRFB, ao avulso, tendo como marco inicial a cessação do trabalho ultimado para cada tomada. O

motivo do cancelamento foi a existência de forte tendência no sentido de se aplicar a prescrição de cinco anos e não de dois, pois o avulso não tem contrato de emprego com o tomador.