

CONATPA

20 ANOS DE ATUAÇÃO NO TRABALHO PORTUÁRIO E AQUAVIÁRIO

Como amigos
não, muito feliz
e feliz por toda a troca
de ideias nos 4 anos
passados pela nossa representação
dede, mas penso e sinto
inagável a importância
da nossa luta e
belas ideias
muito obrigado
Flávia
24/08/23

Ministério Público do Trabalho
Brasília
2023

Princípios do Trabalho Portuário no Brasil, Contexto Geral sobre Liberalização da Mão de Obra Portuária e a Representação Sindical Portuária no Mundo

Mário Teixeira ¹

Além dos seis principais Princípios do Direito do Trabalho que são: o princípio da Proteção, da Primazia da Realidade, Continuidade da Relação de Emprego, Irrenunciabilidade de Direitos, Inalterabilidade Contratual Lesiva e da Intangibilidade Salarial, discorre-se especialmente neste trabalho sobre a legislação portuária e a Convenção OIT 13 que acrescentam um cabedal de princípios específicos a ser observados no trabalho portuário; também é abordado sobre apenas uma mitigada preocupação em relação aos trabalhadores portuários, por parte da maioria dos governos, políticos conservadores e empresários ao se comparar com a busca ou ênfase desenfreada desses entes governamentais e patronais à dita "eficiência operacional" para atingir a chamada "competitividade" e ao final conseguir tornar o empreendimento altamente lucrativo como meta principal do modelo capitalista atualmente aplicado no setor; e ao final é feito, neste artigo, um relevante comentário acerca da representação sindical dos portuários no mundo.

I. PRINCÍPIOS

a. PRINCÍPIO NEGOCIAL - Este princípio está explicitado nos arts. 36, 42, 43 e 44 da Lei n.º 12.815/2013 (já havia disposições correlatas na Lei n.º 8.630/1993), que delega à negociação coletiva a normatização dos aspectos inerentes ao trabalho portuário avulso, de modo que, não havendo violação aos comandos legais revestidos de interesse

¹ Advogado: OAB/DF e presidente da Federação Nacional dos Conferentes e Consertadores de Carga e Descarga, Vigias Portuários, Trabalhadores de Bloco, Arrumadores e Amarradores de Navios, nas Atividades Portuárias - FENCCOVIB.

público, as partes poderão livremente estabelecer as condições de trabalho mais adequadas a cada localidade por meio de convenções coletivas de trabalho, conforme os seguintes comandos:

"Art. 36. A gestão da mão de obra do trabalho portuário avulso deve observar as normas do contrato, convenção ou acordo coletivo de trabalho.

Art. 42. A seleção e o registro do trabalhador portuário avulso serão feitos pelo órgão de gestão de mão de obra avulsa, de acordo com as normas estabelecidas em contrato, convenção ou acordo coletivo de trabalho.

(Obs. a "seleção" ou novos ingressos ao cadastro de trabalhadores portuários avulsos pode ser feito conforme regras previstas em instrumento coletivo de trabalho de acordo com NT 88 da Secretaria de Inspeção do Trabalho, de 10 de abril de 2014).

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."

"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".

Entretanto, as convenções coletivas de trabalho não têm o condão de retirar prerrogativas, explicitadas na referida lei, para os Órgãos Gestores de Mão-de-Obra (OGMOs), que são entidades revestidas de interesse público.

b. PRINCÍPIO DE RESTRIÇÃO DE ATUAÇÃO O OGMO

Art. 32 (omissis)

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.

O OGMO não pode participar de negociações coletivas, papel este

que cabe aos sindicatos conforme disposições constitucionais (Art. 8º e seus incisos), CLT e legislação portuária. Assim, os instrumentos coletivos de trabalho serão firmados entre os sindicatos representativos de trabalhadores portuários e os entes sindicais que representam os operadores portuários, ao passo que os acordos coletivos podem ser celebrados entre os sindicatos obreiros e empresas.

C. PRINCÍPIO DA RESTRIÇÃO DO TRABALHO (EXCLUSIVIDADE).

Representa a vedação à execução de serviços portuários por trabalhador não integrante do sistema. Esse princípio está insculpido na Lei n.º 12.815/2013 e emana ainda da Convenção n.º 137 da OIT, inserida no ordenamento justicial brasileiro pelo Decreto n.º 1.574/1995. Decorre da necessidade de assegurar a qualificação do trabalhador portuário e da possibilidade de minorar os efeitos da maior precariedade do trabalho avulso, tendo em vista que não há segurança de um rendimento mínimo ao final de cada mês.

Assim sendo, a empresa ou operador portuário que executar quaisquer serviços relacionados no § 1º do artigo 40 valendo-se de trabalhador não inscrito no OGMO, desconsiderando tal princípio e, sobretudo, descumprindo a referida lei, está, assim, cometendo a infração previstas no seu artigo 46, I, com punição prevista no artigo 47. Também será cometida infração se for utilizada mão obra terceirizada conforme veda o disposto no artigo 40 § 3º, com punição prevista na forma do artigo 52. E, ainda, se a gestão da mão de obra não observar as normas do contrato, convenção ou acordo coletivo de trabalho conforme prevê o Artigo 36, o infrator será punido na forma do artigo 51.

C.1. LÓGICA DA EXCLUSIVIDADE

Com objeto de modernizar as relações de trabalho – assim como para viabilizar o cumprimento da Convenção OIT 137, aprovada, promulgada e ratificada no Brasil na década de 90 – a vigente Lei n.º 12.815, de 2013, está reiterando que os operadores portuários devem constituir e custear um Departamento de Recursos – o OGMO para:

- a – (art.32) – Administrar o fornecimento (com

exclusividade) da mão de obra do trabalhador portuário (com vínculo) e do trabalhador portuário avulso (rodiziário).
III (art. 32) – Treinar e habilitar profissionalmente o trabalhador portuário, para disponibilizá-los aos operadores portuários (os criadores do OGMO).
V (art. 32) – Estabelecer o número de vagas, a forma e a periodicidade para acesso ao registro do trabalhador portuário avulso – para sempre dispor quantitativo de mão de obra suficiente a ser fornecida a seus criadores tanto avulsa como a vínculo.

B – (art. 33) – promover:

I) a formação profissional do trabalhador portuário (vinculado) e do trabalhador portuário avulso (rodiziário), adequando-a aos modernos processos de movimentação de carga e de operação de aparelhos e equipamentos portuários (previsão da OIT 137); e

II) o treinamento multifuncional do trabalhador portuário (vinculado) e do trabalhador portuário avulso (rodiziário).

Reitera ainda essa lei que OGMO pode ceder portuário avulso, em caráter permanente, ao operador portuário (art. 35) e que a gestão da mão de obra do trabalho portuário avulso deve observar as normas do contrato, convenção ou acordo coletivo de trabalho (Art. 36).

Também esta lei enfatiza que:

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 (Art. 40, § 2º).

Ela diz ainda que o OGMO:

I (Art. 41) organizará e manterá cadastro de trabalhadores portuários habilitados ao desempenho das atividades referidas no § 1º do Art. 40; e

II (Art. 41) – organizará e manterá o registro dos trabalhadores portuários avulsos. Repita-se que o objetivo deste dispositivo é possibilitar que o OGMO sempre tenha trabalhador disponível (treinado e habilitado) para fornecer aos seus criadores – os operadores portuários.

f) – (Art. 33). É enfatizado, também, que cabe ao OGMO arrecadar

(dos seus criadores) as contribuições destinadas ao seu custeio.

Assim, acima estão inquestionavelmente apresentados os motivos da exigência legal da EXCLUSIVADE para contratação de trabalhador a vínculo empregatício, pelo operador portuário, somente no OGMO – que aliás (repita-se) é um braço do próprio OP.

Ora, diante de tudo isso, seria ilógico e sem qualquer razoabilidade os operadores portuários contratarem trabalhador (sem exclusividade) de fora da sua criatura (do OGMO) que eles a mantêm e a custeiam exatamente para sempre dispor de TPAs habilitados, treinados e em número suficiente para fornecer-lhes quando solicitados tanto a vínculo ou nas condições de avulsos.

Vale, finalmente, frisar que também é inaplicável a “prioridade” prevista na Convenção OIT 137. Essa interpretação é, sobretudo, equivocada por estar se afastando dos princípios universais de proteção do trabalhador ao se valer de dispositivo regressivo socialmente, previsto nessa Convenção que fora ratificada anteriormente à Lei n.º 12.815/2013, em detrimento do princípio da exclusividade inteligentemente prevista na referida lei portuária.

Destaque-se que os tratados internacionais não podem transgredir formal ou materialmente o texto da Carta Política (entendimento acima do STF). Assim, no caso da Convenção 137, ela não pode contrariar o princípio da progressividade dos direitos sociais previsto no Art. 7º (*caput*) da Constituição Federal. Além disso, a própria Constituição da Organização Internacional do Trabalho aprovada em Montreal em 1946 e ratificada pelo Brasil, preserva o referido princípio. Eis o que estabelece item 8 do seu Artigo 19:

Em caso algum, a adoção, pela Conferência, de uma convenção ou recomendação, ou a ratificação, por um Estado-Membro, de uma convenção, deverão ser consideradas como afetando qualquer lei, sentença, costumes ou acordos que assegurem aos trabalhadores interessados condições mais favoráveis que as previstas pela convenção ou recomendação.

d. PRINCÍPIO DA MULTIFUNCIONALIDADE.

Multifuncionalidade significa a possibilidade de o trabalhador ser treinado e habilitado para as diversas fainas, passando a ser

identificado não como um estivador, um arrumador, um conferente mas simplesmente como um trabalhador portuário.

Referido princípio já estava contemplado no art. 57 da Lei n.º 8.630/1993. Entretanto, a Lei n.º 12.815/2013 manteve as disposições acerca da multifuncionalidade, propugnando que atividades ou tarefas que requeiram a mesma qualificação poderão ser realizadas pelos trabalhadores habilitados, independentemente da categoria profissional a que pertençam. A principal alteração contida na nova Lei é que a multifuncionalidade deverá ser implementada de forma negociada. Paralelamente a isto, a novel lei também dispôs em seu art. 40, §4º, que cada atividade (bloco, capatazia, estiva etc.) constitui uma categoria profissional diferenciada.

Ensinarmento de CATHARINO (1994):²

"Entendemos que devidamente capacitado física e tecnicamente, é possível ao trabalhador portuário atuar multifuncionalmente em todas as categorias prevista na lei – capatazia, estiva, conferência de carga, vigilância, conserto de carga e bloco – sem quaisquer limitações".

"A implantação da multifuncionalidade exige apenas dois requisitos básicos: 1. celebração de Convenção Coletiva de Trabalho entre os Sindicatos Patronal e o Sindicato representativo dos trabalhadores portuários que pretendem se habilitar à multifuncionalidade; 2. capacitação dos trabalhadores portuários pelo OGMO".

"Destaque-se que não é necessária a anuência do Sindicato Laboral cujas funções serão objeto da multifuncionalidade para a implantação da mesma, ou seja, o Sindicato dos Vigias pode firmar CCT com o Sindicato Patronal para que seus representados atuem na atividade de estiva, sem que o Sindicato dos Estivadores necessite concordar".

"Ao exigir que a adoção da multifuncionalidade seja feita, exclusivamente, através de Convenção Coletiva de Trabalho, pretendeu o legislador que os parâmetros para implantação sejam estipulados mediante cláusulas ajustadas de comum acordo entre os Sindicatos Laboral e Patronal".

2 CATHARINO, José Martins. O novo sistema portuário brasileiro. Rio de Janeiro: ABTP, 1994.

Ainda, para a multifuncionalidade, segundo STEIN (2002)¹,

"devem ser observados os seguintes "princípios" nas CCT's que dispuserem sobre a multifuncionalidade: 1. o trabalhador deve possuir um prazo mínimo de experiência na atividade em que obteve o Cadastro/Registro para poder se habilitar à multifuncionalidade; 2. o trabalhador deve permanecer na escala de sua atividade principal, habilitando-se na lista de atividade multifuncional como força de trabalho complementar, somente podendo concorrer após não ser engajado em sua atividade originária; 3.a multifuncionalidade não dará direito a, em caso de abertura de vaga na atividade suplementada, migrar para a mesma, devendo a preferência ser dada dos trabalhadores cadastrados da atividade complementar".

"Nada obsta, no entanto, que após preencher vagas existentes no Registro com trabalhadores Cadastrados, o OGMO possa disponibilizar vagas remanescentes aos trabalhadores multifuncionais, antes de abrir processo seletivo externo".

Há de se concordar parcialmente com o ensinamento de STEIN onde entende e orienta no sentido de que a adoção da multifuncionalidade seja feita, exclusivamente, através de Convenção Coletiva de Trabalho, mas esta tratativa deve se ater apenas aos parâmetros para implantação estabelecendo cláusulas comuns entre os sindicatos laboral e patronal, especialmente com relação às regras de contribuição - a ser obedecida pelo OGMO - devida ao sindicato que negocia as regras laborais e remuneratórias da categoria *que está aceitando o trabalhador multifuncional* cuja categoria profissional de origem é outra.

Com relação a preenchimento vagas deve haver muita objetividade e responsabilidade; sempre tendo em conta a questão social e o interesse operacional. A lei portuária prevê, como prioridade, o preenchimento das vagas pelo trabalhador cadastrado na ordem cronológica de inscrição no OGMO. Isto, entretanto, muitas vezes não corresponde ao necessário atendimento das demandas sociais e operacionais. Em muitos casos, o cadastrado "mais antigo" tem a assiduidade e a

¹ STEIN, Alex Sandro. *Curso de direito portuário*. São Paulo: LTr, 2002.

qualificação profissional em descompasso com os demais congêneres. Por isso, é visto como social e operacionalmente mais útil e justo, antes de abertura de processo seletivo público, a adoção da "migração" negociada em instrumento coletivo de trabalho – prática esta que já sendo adotada com sucesso em alguns portos. Enfim, entende-se que a negociação coletiva para aprovação de tal prática tem o respaldo na Lei n.º 12.615/2013 (artigo 33, inciso II, alínea "c")⁴ e na Recomendação OIT 145 (aprovada pelo Decreto Legislativo n.º 29, de 22.12.1993), itens 13⁵, 18.1⁶ e 18.2⁷.

Ademais, é óbvio que uma convenção coletiva restritiva ou a ausência de uma convenção coletiva regrido a multifuncionalidade, na verdade, pode estar efetivamente lesando direito laboral de trabalhadores habilitados para tanto. É inaceitável, assim, que tal prática seja o principal óbice para o trabalhador multifuncional ser escalado pelo OGMO. E o pior: muitas vezes a falta de regras negociadas ou as dificuldades para sua implementação são devidas por questões políticas sindicais ou por outros interesses escusos – ou manobras – patronais impeditivas. Além disso, essa ausência de negociação coletiva, prévia fere o princípio constitucional da inafastabilidade do sindicato laboral na tratativa coletiva.

- 4 Art. 33. Compete ao órgão de gestão de mão de obra do trabalho portuário avulso:
II) Promover:
c) a criação de **programas de realocação** e de cancelamento do registro, sem ônus para o trabalhador; (grifa-se)
- 5 **13. Deveria ser suprimida, quando possível, a distinção entre trabalho a bordo e trabalho em terra, a fim de se conseguir uma maior possibilidade de intercâmbio de mão-de-obra, maior flexibilidade na designação do trabalho e maior rendimento das operações.**
- 6 **18.1) Quando diminuir a demanda de determinadas categorias de portuários deveria ser feito todo o possível para manter esses trabalhadores nos empregos da indústria portuária, dando-lhes a necessária oportunidade de readaptação profissional para trabalhar em outras categorias; essa readaptação deveria ser facilitada com suficiente antecedência, em qualquer mudança prevista nos métodos de trabalho.**
- 7 **18.2) Se fosse inevitável reduzir o volume total de inscritos deveriam ser feitos todos os esforços necessários para ajudar os portuários a conseguir outro emprego colocando à sua disposição os serviços de readaptação profissional e a assistência dos serviços públicos do emprego.**

Entretanto, a Lei n.º 14.047, de 2020, acrescentou o § 5º no Art. 40 da Lei n.º 12.815, de 2013, cuja redação é conflitante com o disposto no *caput* do Art. 43 desta mesma lei (n.º 12.815/2013). Veja-se o que diz o Art. 43 (*caput*): **"... 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"**.

Enquanto o § 5º adicionado ao Art. 40 da Lei n.º 12.815/2013 incorporou a seguinte e conflitante redação:

"§ 5º Desde que possuam a qualificação necessária, os trabalhadores portuários avulsos registrados e cadastrados poderão desempenhar quaisquer das atividades de que trata o § 1º deste artigo, vedada a exigência de novo registro ou cadastro específico, independentemente de acordo ou convenção coletiva."

Ressalte-se, assim, que esta última disposição incorporada é de difícil e de quase impossível aplicação, sem um entendimento prévio com as representações laborais. Isto porque ela está possibilitando que o profissional de uma possa trabalhar (como multifuncional) em outra categoria. Neste caso deve haver uma regra mínima negociada entre sindicatos laborais, entidade patronais e OGMO. Não funciona, na prática – e sem conflitos – essa autonomia (unilateral) outorgada ao OGMO.

e. Princípio do Livre Convencimento do Árbitro (§ 1º, do Art. 37, da Lei n.º 12.815/2013 - gestão de mão de obra do trabalho portuário, aplicação de penalidades e cessão trabalhador portuário avulso, em caráter permanente, ao operador portuário).

f. Princípio ou Conceito da Categoria Profissional Diferenciada (§ 4, da Lei n.º 12.815/2013). Somente sindicatos dos trabalhadores poderão firmar instrumento coletivo para execução dos trabalhos previstos no seu artigo 40 e incisos, inclusive e principalmente com vínculo empregatício. Ocorreu, assim, um desmembramento, imposto por lei, dessas categorias da representação de qualquer outro sindicato que não de portuário da respectiva categoria profissional. Sobre o assunto, pelo Enunciado 01 (publicado no DOU de 18.7.2013), o Secretário

de Relações do trabalho, pelo Enunciado 01 (publicado no DOU de 18.7.2013) dispõe que:

“para efeito de enquadramento do trabalhador na categoria diferenciada dos portuários, é apenas necessária a averiguação do exercício de atividades tipicamente portuária, sendo irrelevante se a forma de contratação é avulsa ou com vínculo empregatício e se tais atividades são desempenhadas dentro ou fora da área do porto organizado”.

g. Princípio de Especialidade. A prevalência dos direitos sociais e trabalhistas previstos na Lei n.º 12.815/2013, Lei n.º 9.719/1998 e Convenção 137 da OIT, sobre a legislação trabalhista genérica (principalmente sobre a CLT).

h. Princípio da prescrição quinquenária enquanto o trabalhador estiver inscrito no OGMO. E mais: o STF, ao julgar a Ação Direta de Inconstitucionalidade ADI 5132, ajuizada pela FENOP, firma entendimento de que:

“há compatibilidade do disposto § 4º do Art. 37 da Lei nº 12.815, de 2013, com o art. 7º, XXIX e XXXIV, da Constituição da República, ao definir que os créditos decorrentes da relação de trabalho avulso prescrevem em 5 (cinco) anos até o limite de 2 (dois) anos após o cancelamento do cancelamento de registro de trabalhador portuário avulso em órgão de gestão de mão de obra (OGMO) como marco inicial da contagem do prazo prescricional bienal para ações trabalhistas”.

i. O Princípio da Obrigatoriedade da Atuação Sindical ou da inafastabilidade do Sindicato. Também se aplica no setor portuário, como o próprio nome sugere, para que uma negociação possa ser considerada apta a produzir efeitos vinculantes coletivamente é essencial que ela conte com a participação do sindicato, tal qual preceitua o art. 8º, VI da Constituição Federal⁸.

j. Da mesma forma, se deve observar o Princípio da Inescusabilidade Negocial, previsto no art. 616º da CLT que orienta no

8 Art. 8º, VI - é obrigatória a participação dos sindicatos nas negociações coletivas de trabalho;

9 Art. 616. Os Sindicatos representativos de categorias econômicas ou profissionais e as empresas, inclusive as que não tenham representação

sentido de que o ente coletivo – seja ele um sindicato ou mesmo uma empresa – não pode se recusar a buscar o entendimento, uma vez provocado a fazê-lo.

k. PRINCÍPIO OU TEORIA DA DERROTABILIDADE A FACE DA EXCLUSIVIDADE (APLICAÇÃO DISCRIMINATÓRIA NO TRABALHO PORTUÁRIO AVULSO – DATA MAXIMA VENIA).

É inaceitável o argumento de que, a prevalecer o critério da exclusividade, no caso concreto, em que não fossem encontrados trabalhadores registrados no OGMO para contratação a vínculo, simplesmente estar-se-ia inviabilizando o negócio do operador portuário, ao este não poder se valer de trabalhadores não registrados, para a continuidade de suas atividades.

Alega-se, assim, que, desse modo, ter-se-ia como perfeitamente aplicável a chamada teoria da derrotabilidade (*defeasibility*), segundo a qual o magistrado poderá, excepcionalmente, superar o texto formal da lei para resolver um caso concreto, autorizando a contratação de trabalhador não registrado no órgão gestor de mão de obra, pelo critério de prioridade.

Com todas as vênias, está sendo utilizada a teoria da derrotabilidade de forma divergente contextualmente e injusta aos TPAs do OGMO. Ou seja: para tratar de um caso concreto ou combater apenas a chamada exclusividade sob a alegação de que esta pode ensejar a recusa ou escassez de trabalhadores avulsos a serem contratados a vínculo empregatício.

As interpretações gramatical, histórica, sistemática e teleológica da norma legal e da sua consequente norma jurídica, conforme exposto acima, não demonstram a existência de premissas capazes de excepcionar a aplicação da exclusividade prevista na Lei n.º 12.815/2013/2013 (§ 2º, art. 40 combinados com demais dispositivos dessa lei). Consequentemente, com todas as vênias, inexistente circunstância extraordinária que permita a admissão da aplicabilidade da teoria da derrotabilidade¹⁰. Contrário sensu, tal teoria poderia até

sindical, quando provocados, não podem recusar-se à negociação coletiva. (Redação dada pelo Decreto-lei n.º 229, de 28.2.1967)

- 10 A teoria da derrotabilidade (*defeasibility*) consiste na admissão da possibilidade de afastamento da incidência de determinada norma jurídica sobre o caso

ser muito bem aplicada no caso da hipótese de se aplicar "prioridade" a que se refere a Convenção OIT 137, em face da farta normatização jurídica e dos fatos concreto que exigem o instituto da exclusividade previsto na lei portuária e consagrado pela jurisprudência em recente julgado do TST (processo SDC 1000360-97.2017.5.00.0000)¹¹, conforme demonstrado abaixo.

Mas, de outra parte, percebe-se – data máxima vênia – que aparentemente (smj) há muito pouco interesse quanto à exigência do cumprimento da Lei n.º 12.815/2013 pelos operadores portuários (OP). Ora, eles OP foram criados exatamente para administrar o fornecimento de trabalhador portuário (com vínculo) e de trabalhador portuário avulso, por seu departamento de recursos humano, o OGMO (também criado pela mesma lei). Este RH dos OP deve ser mantido numericamente atualizado quanto ao quadro de trabalhadores, os treinando e os fornecendo aos seus criadores (operadores portuários) nas condições de avulsos ou a vínculo empregatício.

Nada justifica – a luz da lei portuária – a criatura (OGMO) não dispor de trabalhadores em seus quadros para oferecer aos seus criadores pelo sistema de exclusividade tanto a vínculo como avulsos. E, assim, inegavelmente inexistente a alegada hipótese de ser inviabilizada a

concreto diante da existência de premissas específicas capazes de excepcionar sua aplicação, sustentadas em circunstâncias extraordinárias não previstas na formulação normativa. Trata-se, entretanto, de ferramenta hermenêutica, que só tem aplicação quando o mesmo texto legal oferecer a coexistência válida de diversas normas jurídicas, circunstância em que uma determinada norma jurídica poderia ser derrotada, em face das peculiaridades do caso concreto, para dar lugar à incidência de outra norma jurídica distinta. Sua incidência se dá no âmbito da interpretação, não se prestando para revogar o texto da lei, cabendo, aqui, resgatar a distinção entre norma jurídica e texto legal. (Jurista Herbert Lionel Adolphus Hart em seu artigo *The Ascription of Responsibility*, de 1948).

- 11 - TST-DC 1000360-97.2017.5.00.00 - ajuizado pela FENOP (Interpretação dos Arts. 1º e 13 da lei no 9.719/98, e, 32, 33, 39, 41 e 43 da Lei 12.815/13.
- RECONVENÇÃO (admitida) ajuizada apresentada pelas SUSCITADAS.
Suscitante: FEDERACAO NACIONAL DOS OPERADORES PORTUARIOS
Suscitadas: FED NAC DOS CONF E CONS DE CARGA E DVP TRAB DE BLOCOS ARRUMADORES E AMARRADORES DE NAVIOS NAS ATIV PORTUARIAS e outras.
RELATORA: Ministra Katia Magalhães Arruda - ACÓRDÃO PUBLICADO NO DJE de 28/10/2021

atividade econômica do seu criador, o operador portuário, por falta de trabalho do quadro de sua criatura (o OGMO).

Outro fato concreto que não tem sido avaliado é o verdadeiro motivo da recusa de muitos trabalhadores em aceitarem o vínculo empregatício. Ora, essa circunstância também é "fabricada", esperada ou provocada pelo próprio OP que, exatamente ao oferecer ao trabalhador do OGMO um salário por este inaceitável, tem como objetivo usar essa recusa como estratégia ou escusa para, valendo-se do instituto da "prioridade", contratar trabalhador de fora do seu próprio RH.

Ademais, há de se acautelar, ainda, quanto à aplicação de teoria em comento no direito do trabalho, para evitar a mácula ao chamado Princípio da Primazia da Realidade que define que em uma relação de trabalho o que realmente importa são os fatos que ocorrem, mesmo que algum documento formalmente indique o contrário. E, reitere-se, desses fatos não podem ser ilididas ou dissimuladas as obrigações dos operadores portuários e seu braço empresarial (o OGMO) quanto à manutenção de quadro permanente de trabalhadores aptos a prestar serviços os serviços portuários previstos no Art. 40 da Lei nº 12.815, de 2013, tanto na modalidade avulsa como a vínculo empregatício.

I. PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO QUANTO AO AMBIENTE NOCIVO À SAÚDE E SEGURANÇA DO TRABALHADOR PORTUÁRIO AVULSO - DIREITO AO ADICIONAL RISCO.

Independente de ter ou não ter trabalhador com vínculo empregatício na operação prevista na Lei n.º 12.815/2013, Art. 40, o ambiente de trabalho do TPA não deixa de ser insalubre ao ponto de ensejar-lhe pagamento de ADICIONAL DE RISCO.

E mais: esse paradigma questionável (a existência de trabalhador a vínculo empregatício, recebendo Adicional de Risco na mesma operação, para o TPA também ter esse direito - como defende algumas instâncias da Justiça do Trabalho), tem reflexos negativos mediatos nos princípios constitucionais do direito à vida (art. 5º, *caput*, CRFB/88), à saúde (arts. 3º, 5º e 196, CRFB/88), à dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CRFB/88) e ao meio ambiente de trabalho equilibrado (arts. 193 e 225, CRFB/88). Não deve ser questionado que uma vez implementadas as condições laborais de exposição ao risco e as legais específicas, ao

trabalhador portuário avulso também é devido o adicional de riscos, previsto no art. 14 da Lei 4.860/1965, por imposição constitucional expressa.

II. CONTEXTO GERAL SOBRE LIBERALIZAÇÃO DA MÃO DE OBRA PORTUÁRIA E A REPRESENTAÇÃO SINDICAL PORTUÁRIA NO MUNDO ¹².

A preocupação em relação aos portuários, por parte da maioria dos governos, políticos conservadores e empresários tem sido mitigada. Isto, com muita ênfase, vem sendo por eles substituída pela busca desenfreada da dita "eficiência operacional" para atingir a chamada "competitividade" e ao final conseguir tornar o empreendimento lucrativo como meta principal do modelo capitalista atualmente aplicado no setor.

E, assim, os postos e mercado de trabalho dos portuários vêm sendo reduzidos ou até extintos em muitos portos e terminais portuários sem muita preocupação social com os trabalhadores, não obstante a luta incansável e incessante de muitos sindicatos e organizações internacionais de portuários, como a ITF e o IDC. Os pretextos, práticas e motivos utilizados são diversos.

1. A alta tecnologia do aparelhamento portuário vem reduzindo e até eliminando a mão de obra (mercado de trabalho) com a mecanização e até a robotização – inclusive com a criação dos chamados ghost terminals (sem mão de obra humana).

2. Os trabalhadores fixos (empregados permanentes) vêm fazendo os serviços de terra e bordo indistintamente, até atuando de forma polivalente e com a prática do desvio de função (executando múltiplas atividades ao mesmo tempo).

3. Os trabalhadores avulsos do pool (tipo OGMO) vêm sendo usados apenas para complementar o trabalho de empregados fixos (e geralmente nos piores serviços)

4. A equipe de avulsos geralmente é única ou unificada (a chamada categoria unificada de portuários). É requisitado o número de portuários

¹² NOTTEBOOM, Dr. Theo. CONTEÚDO III. TERMINAIS PORTUÁRIOS Capítulo 3. / – Mão de Obra Portuária. Disponível em: <https://porteconomicsmanagement.org/pemp/contents/part3/port-labor/>. Acesso em: XX..

avulsos desejado pela empresa. Desse modo os trabalhadores são obrigados a executar os serviços de todas as fainas, de acordo com o interesse ou a imposição do requisitante (nessa única equipe estão os trabalhadores braçais, de conexo, de controle de carga, de operação de equipamentos etc.).

5. Há, ainda, casos em que também é permitido o uso empresas terceirizadas (como em Portugal) que oferecem mão de obra avulsa inclusive em concorrência com os trabalhadores do pool institucional.

O pool, como regra, é criado e mantido por empresa, terminal (como na Argentina e México etc.) ou entidades empresariais, sem qualquer participação direta do respectivo sindicato no controle e distribuição dos avulsos para as funções ou atividades laborais. Contudo, as regras de remuneração e escalação dos avulsos geralmente constam de instrumento coletivo geral de trabalho na maioria dos portos.

Os quantitativos de portuários avulsos (dos pools) vêm sendo reduzidos nos principais portos do mundo – já há inclusive casos de extinção.

Geralmente, os trabalhadores do pool (avulsos) têm uma garantia salarial mínima.

Repita-se, normalmente eles são engajados nos serviços portuários de acordo com o quantitativo requisitado e não por equipe. As funções são determinadas conforme determinação da empresa (e sem distinção do trabalho de terra e de bordo).

Contudo, ainda se observa a interferência direta ou indireta de sindicatos de portuários em alguns países importantes como nos Brasil EUA, Brasil e Chile e em alguns países africanos.

Enfim, cabe ressaltar que essa liberalização é o desejo das empresas que operam nos principais portos do mundo, de muitos governos, políticos e até de autoridades portuárias, inclusive no Brasil.

Assim sendo, essa poderá ser a realidade que os sindicatos vão ter que enfrentar futuramente nos embates políticos e nas relações de trabalho no Brasil. As propostas (mesmo ainda tidas como informais) vindas de entidades empresariais tinha a simpatia (e até veladamente) contavam com a defesa do governo do ex-presidente Bolsonaro (principalmente quanto ao fim da EXCLUSIVIDADE). E mais: elas (propostas) foram solicitadas aos empresários pelo próprio governo

anterior.

Há de se ressaltar que o sistema de trabalho portuário descrito neste item já é realidade em muitos países, principalmente nos principais portos da Europa, América Latina e Ásia.

Há uma exceção nos EUA e na Bélgica. Os portuários americanos têm resistido, mas já há muitas mudanças em prática: quantitativo da equipe livre; ganho-hora sem produção; "livre-escolha" (ou sem forma rodiziária para diversas atividades); robotização; trabalho indistinto terra/bordo etc. Nos EUA, no lugar do vínculo empregatício são utilizados portuários de "livre-escolha" (que geralmente são os conferentes de controle informatizado, de chefia, superintendentes e planistas; operadores de equipamentos com capacidade de mais de 5t; os capatazes de terra e bordo; etc.).

Na Costa Oeste americana, conforme CCT vigente até 2022, há uma ótima GARANTIA DE RENDA (US\$ 1.739,60 semanalmente – com um limite anual de US\$ 90.549,20). A escalação ("chamada") é feita por um fiscal sindical portuário (longshore do Sindicato) e fiscalizada/acompanhada por um fiscal da entidade patronal (PMA). A garantia de renda é custeada 100% pelas empresas que operam no porto¹³

Nos portos Belgas há o sistema de trabalho avulso/casual a exemplo dos americanos. O pool é administrado por uma entidade empresarial (CEPA) e subsidiado complementarmente por ente governamental. Entretanto no lugar da "livre-escolha" americana, na Bélgica há muito vínculo empregatício. A RENDA MÍNIMA do pessoal do pool (avulsos/casuais) é de 1.066,36 Euros mensais que corresponde a 66% do salário básico (1.615,72 euros). Essa garantia de renda é custeada de forma compartilhada entre os empresários do porto e o seguro-desemprego (do governo)¹⁴.

A maioria dos portuários, dos principais portos do mundo, embora tenham sido avulsos no passado, hoje optaram pelo vínculo empregatício e passaram a defender rigorosamente essa nova modalidade contratação. Assim, em muitos países atualmente não existem mais

13 https://apps.pmanet.org/pubs/LaborAgreements/2019-2022_PCLCD.pdf
(Contrato Coletivo de Trabalho entre o sindicato laboral de Portuário e o PMA – entidade patronal da Costa do Pacífico dos EUA)

14 <http://www.ocha.be/content/facilities>.

trabalhadores portuários avulsos ou "casuals". Entretanto, em alguns deles, como na Austrália, os sindicatos conseguiram muitos avanços sociais e trabalhistas aos trabalhadores com vínculo empregatício que os próprios empresários, no momento, estão querendo voltar ao sistema avulso. Mas eles (empresários) é que querem criar seus próprios pools de reserva de mão obra e com suas próprias regras – sem qualquer interferência de entes sindicais laborais. Os sindicatos de portuários australianos, a ITF e o IDC se opõem duramente contra a essa investida patronal.

III REPRESENTAÇÃO SINDICAL DOS PORTUÁRIOS NO MUNDO¹⁵.

Pelas informações abaixo verifica-se que as negociações coletivas de portuários, nos principais portos do mundo, são feitas de forma unificada. Além disso, é rara a existência de sindicato específico por categoria ou função (como no Brasil, na Argentina e no Chile, por exemplo). Em muitos países inclusive NÃO HÁ SINDICATO EXCLUSIVO de portuários. As representações são feitas por departamentos de portuários, ou por setores de transportes, existentes no âmbito de entidade sindical mais abrangentes (federação, centrais sindicais ou sindicato regional ou nacional). Exemplos:

- **SINDICATO BELGA DE TRABALHADORES EM TRANSPORTE (BTB).** Tem um importante Departamento de portuários que negocia em nome de todos os trabalhadores dos portos da Bélgica.
- **ILA- SINDICATO DE PORTUÁRIOS DA COSTA DO ATLÂNTICO, INCLUINDO O CANADA E CARIBE.** Negocia em nome de todos os trabalhadores dos portos da Costa Leste dos EUA, incluindo o Canadá e Caribe. Em cada porto há delegacias do sindicato (chamadas de "locals"), por categoria ou função, que cuidam da aplicação local do CCT abrangente,

15 Disponível: https://en.wikipedia.org/wiki/International_Transport_Workers%27_Federation (Federação Internacional dos Trabalhadores em Transportes e seus afiliados).

- ILWU - SINDICATO DE PORTUÁRIOS DA COSTA DO PACÍFICO, INCLUINDO CANADA, HAVAI E O ALASCA. Negocia em nome de todos os trabalhadores dos portos Costa Oeste dos EUA, incluindo o Canada, Havaí e o Alasca. Também na Costa Oeste americana, há em cada porto delegacias do sindicato (chamadas de "locals"), por categoria ou função, que cuidam da aplicação local do CCT abrangente,
- MUA - SINDICATO DOS MARÍTIMOS DA AUSTRÁLIA - tem um Departamento específico de portuários e estivadores.
- FEDERAÇÃO DAS ORGANIZAÇÕES DE TRABALHADORES EM TRANSPORTE DE HONG KONG. Tem um Departamento de Portuários que negocia em nome dos trabalhadores do porto.
- FEDERAÇÃO NACIONAL DOS SINDICATOS DOS TRABALHADORES PORTUÁRIOS DO JAPÃO (ZENKOKU-KOWAN). Negocia em nome de todos os trabalhadores do porto
- SINDICATO NACIONAL DOS TRABALHADORES EM TRANSPORTES DE SINGAPURA. Tem um Departamento de Portuários que negocia em nome de todos os trabalhadores do porto.
- FEDERAÇÃO NACIONAL DE PORTOS E DOCAS DA FRANÇA (negocia em nome dos trabalhadores dos portos).
- SINDICATO DOS ESTIVADORES, TRABALHADORES DO TRÁFEGO E CONFERENTES MARÍTIMOS DO CENTRO E SUL DE PORTUGAL (negocia em nome de todos os trabalhadores do porto filiados a esse sindicato).
- COORDINADORA ESTATAL DE ESTIVADORES PORTUARIOS (CEEP) DA ESPANHA (negociação única de todos os trabalhadores dos portos).
- FNV Bondgenoten (FNV) HOLANDA (tem 460.000 membros, incluindo trabalhadores de transporte dentre estes, os portuários).

- SINDICATO NACIONAL DOS TRABALHADORES EM TRANSPORTE FERROVIÁRIO, MARÍTIMO E TRANSPORTE DA INGLATERRA. Tem um Departamento de Portuários que negocia em nome de todos os trabalhadores dos portos.
- SINDICATO NACIONAL DOS PORTUÁRIOS DA RÚSSIA (negocia em nome de todos os portuários).
- FEDERAÇÃO COREANA DE SINDICATOS DE TRABALHADORES EM PORTOS E TRANSPORTES DA COREIA DO SUL. Tem um Departamento específico de Portuários que negocia em nome de todos os trabalhadores do porto.

A filiação sindical, como regra, não gera qualquer direito ou exclusividade para o exercício da atividade profissional. Ou seja: o trabalhador filiado a um determinado sindicato não goza de privilégio comparavelmente com o não filiado. Há apenas uma ressalva nos portos americanos: o trabalhador não filiado ao sindicato da Costa Oeste (ILWU) ou ao ILA (na Costa Leste) tem um prazo 30 dias, depois de assinado o Contrato Coletivo de Trabalho, para se filiar a respectiva entidade sindical de portuário para poder concorrer às escalas de trabalho. Isto não ocorre em outros países. E no Brasil, por exemplo, a Constituição Federal de 1988 é taxativa ao impor "que ninguém será obrigado a filiar-se ou a manter-se filiado a sindicato" (Art. 8º, V - CF).

CONCLUSÃO

Com relação à exclusividade para a contratação com vínculo de trabalhador registrado no OGMO, seria ilógico e sem qualquer razoabilidade os operadores portuários contratarem trabalhador de fora da sua criatura (do OGMO) que eles a mantêm e a custeiam exatamente para sempre dispor de TPAs habilitados, treinados e em número suficiente para fornecer-lhes quando solicitados tanto a vínculo ou nas condições de avulsos (a exclusividade é uma lógica inquestionável diante da inteligência e consenso de

modernidade do legislador ao criar o OGMO). E, diante disso, é inquestionável que somente as partes, pela autocomposição - valendo-se dos princípios gerais, assim como dos específicos do direito portuário que consagram a negociação coletiva - poderão encontrar uma forma correta, responsável e justa (independente dos institutos de "exclusividade" ou "prioridade") que possa garantir base salarial suportável pelo empregador e irrecusável pelo trabalhador, além de outras cláusulas, a fim de viabilizar a contratação com vínculo de trabalhadores registrados no órgão de gestão de mão de obra. Essa negociação coletiva deveria sempre ser firmada previamente à oferta do vínculo empregatício.

Deve, ainda, com relação aos trabalhadores portuários avulsos que vierem a restar ociosos no quadro do OGMO nas condições de trabalhadores rodiziários avulsos, deixar explicitadas as garantias de engajamento mínimo e de renda, para dar cumprimento ao disposto no Art. 2, item 2 da Convenção 137 da OIT onde diz que *"um mínimo de períodos de emprego ou um mínimo de renda deve ser assegurado aos portuários"*, combinado com o disposto no parágrafo único do Art. 43, da Lei n.º 12.815/2013, de 2013. Tais tratativas prévias prevenirão, sobretudo, a precarização social e trabalhista, sem trazer prejuízos econômicos e percalços operacionais aos empresários, assim como insatisfação de trabalhadores, sendo, ainda, de relevância incontestável para manter a paz social nesse setor que responde por mais de 96% das divisas oriundas do comércio exterior do Brasil. E mais: deve ser perseguida a negociação coletiva conjunta de todas as categorias de trabalhadores em cada porto, a exemplo das modernas práticas adotadas nos países que servem de referência ao trabalho portuário.

E, por fim, também não resta dúvidas de que o TPA tem o Direito de receber o ADICINAL DE RISCOS EM RAZÃO DO SEU AMBIENTE DE TRABALHO independente de qualquer outro paradigma de avaliação!

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Lei n.º 12.815, de 05 de junho de 2013.** Dispõe sobre a exploração de portos e instalações portuárias e dá outras providências. Disponível em: [HTTP:// www.planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br). Acesso em: 03 fev.2023.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 15 jan. 2023.

BRASIL. Decreto-Lei n.º 5.452, de 1º de maio de 1943. Aprova a CLT. Brasília, DF, maio 1943. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm. Acesso em: 4 fev. 2023.

BRASIL. TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. DC 1000360- 97-2017.5.00.000 – Fenop x Fenccovib e outras.

CATHARINO, José Martins. **O novo sistema portuário brasileiro.** Rio de Janeiro: 1994.

CONTRATO Coletivo de Trabalho entre sindicato laboral de Portuário e o PMA – entidade patronal da Costa do Pacífico dos EUA). Disponível em: https://apps.pmanet.org/pubs/LaborAgreements/2019-2022_PCLCD.pdf. Acesso em: XX.

INTERNATIONAL LABOR ORGANISATION. R45. Disponível em: https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:R145. Acesso em: 4 fev. 2023.

INTERNATIONAL LABOR ORGANISATION. C137. Disponível em: https://www.ilo.org/brasilia/convencoes/WCMS_235871/lang--pt/index.htm. Acesso em: 4 fev. 2023.

HART, Herbert Lionel Adolphus. The ascription of responsibility and rights. **Proceedings of the Aristotelian Society**, n. 49, p. 171-194, 1948-1949.

NOTTEBOOM, Teo. **III. TERMINAIS PORTUÁRIOS** Capítulo 3.7. Disponível em: <https://porteconomicsmanagement.org/pemp/contents/part3/port-labor/>. Acesso em: 4 fev. 2023.

TEIN, Alex Sandro. **Curso de direito portuário**. São Paulo: LTr, 2002.

Disponível em <http://www.ocha.be/content/facilities>. Acesso em: 4 fev. 2023.

Disponível em [:https://en.wikipedia.org/wiki/International_Transport_Workers%27_Federation](https://en.wikipedia.org/wiki/International_Transport_Workers%27_Federation). Acesso em: 4 fev. 2023.