

**XXV CONGRESSO DO CONPEDI -
CURITIBA**

**EFICÁCIA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS
RELAÇÕES DO TRABALHO, SOCIAIS E
EMPRESARIAIS II**

FRANCISCO CARDOZO OLIVEIRA

MARA DARCANHY

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:

Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches – UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)

Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF

Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDI

Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC

Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG

Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA

Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

E27

Eficácia de direitos fundamentais nas relações do trabalho, sociais e empresariais II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UNICURITIBA;

Coordenadores: Francisco Cardozo Oliveira, Mara Darcanchy – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-366-5

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: CIDADANIA E DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL: o papel dos atores sociais no Estado Democrático de Direito.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Congressos. 2. Direitos Fundamentais. 3. Relações do Trabalho. I. Congresso Nacional do CONPEDI (25. : 2016 : Curitiba, PR).

CDU: 34



XXV CONGRESSO DO CONPEDI - CURITIBA
EFICÁCIA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES DO
TRABALHO, SOCIAIS E EMPRESARIAIS II

Apresentação

O presente livro registra pesquisas, relatos empíricos e reflexões críticas de estudiosos e profissionais do Direito que, alicerçados na sistemática discussão sobre a eficácia dos direitos fundamentais, abordam temas das áreas trabalhista, social e empresarial, em evidente compromisso com a construção de uma sociedade mais justa e solidária.

Na perspectiva de concretizar o objetivo de valorização da pesquisa interinstitucional como uma contínua necessidade de reformulação axiológica, por meio do diálogo permanente entre diversificadas visões, culturas e referências, a obra divulga artigos apresentados no GT "Eficácia de direitos fundamentais nas relações do trabalho, sociais e empresariais", durante o XXV Congresso do CONPEDI realizado na cidade de Curitiba, em dezembro de 2016.

ABIMAEL ORTIZ BARROS e VIVIANE COELHO DE SÉLLOS KNOERR apresentam estudo que coloca em evidência a necessidade de que entidades do Sistema S de serviços sociais autônomos, como entes de cooperação estatal, entreguem mais cursos gratuitos para a sociedade, ampliando assim a inclusão social.

EDUARDO TORRES ROBERTI e ARIEL SALETE DE MORAES JUNIOR discorrem sobre a promoção do trabalho e as suas significações na pós-modernidade, demonstrando que é imprescindível a redução da desigualdade e a superação do desemprego, para a produção de relevantes realizações sociais.

FABIANO CARVALHO e CAMILA MARTINELLI SABONGI em análise construída a partir da realidade e de dados catalogados, desenvolvem questionamento sobre as dificuldades do cumprimento de cotas para a contratação da pessoa com deficiência como desafio para a efetivação do respectivo direito fundamental ao trabalho, medida de inserção social e de consolidação da dignidade humana e da plena cidadania.

FERNANDA MENEZES LEITE e JAIR APARECIDO CARDOSO também na temática protetiva à pessoa com deficiência delinea o arcabouço jurídico do direito internacional do trabalho analisando os âmbitos de aplicação e interpretação das normas da OIT no Brasil.

FRANCISCO CARDOZO OLIVEIRA e WILSON KREDENS DA PAZ abordam a importância dos efeitos jurídicos e econômicos da concepção jurisprudencial de essencialidade dos bens para a atividade empresarial na recuperação judicial, compondo uma base sólida para a solução de questões emergentes.

FRANCISCO ERCÍLIO MOURA e ANTONIO TORQUILHO PRAXEDES oferecem uma valiosa contribuição para a área trabalhista, com substancial pesquisa sobre a possibilidade de fragilização da relação de emprego no Brasil por meio da terceirização e da desregulação laboral.

ILDETE REGINA VALE DA SILVA e VIVIANE CANDEIA PAZ investigam a relação de emprego dispendo sobre a sua proteção constitucional contra a despedida sem justa causa ou arbitrária.

LUCIANA DE TOLEDO TEMER LULIA e ERIKA KAZUMI KASHIWAGI revelam aspectos da aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas na sociedade pós-moderna.

LUIZ EDUARDO DIAS CARDOSO sob a ótica dos direitos fundamentais, explica as condições de concessão de aposentadoria a estrangeiro residente no Brasil, inclusive com a possibilidade de soma de tempo trabalhado no exterior.

MÁRCIA MARGARETE DOS SANTOS LIMA apresenta interessante texto com base em sua profunda experiência com atividades de trabalhadores no âmbito do Terceiro Setor.

MILENA ZAMPIERI SELLMANN e SUHEL SARHAN JUNIOR desenvolve completo estudo sobre a importância, as condições e principais aspectos do contrato de franquia e o direito social ao trabalho como meios de concretização da justiça social.

RENATO CHAGAS MACHADO e THIAGO CUSTODIO PEREIRA discutem o problema da vigência da convenção 158 da OIT no Brasil, analisando a sua ratificação e denúncia frente às normas internas e princípios que regem os tratados internacionais de direitos humanos.

RODRIGO ESPIÚCA DOS ANJOS SIQUEIRA e THAIS JANAINA WENCZENOVICZ em excelente artigo analisam vários casos constantes da jurisprudência do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região (Paraná), com base na eficácia horizontal dos direitos fundamentais.

SERGIO LOPES ITURVIDE e SANDRA MARA MACIEL DE LIMA levantam questões como o papel dos órgãos gestores da mão de obra em nossos portos e os resultados das inovações tecnológicas, em face à eficácia dos direitos fundamentais do trabalhador avulso com as inovações da lei 12.815/2013.

THIAGO PENIDO MARTINS apresenta uma leitura da judicialização da saúde, com debate relativo a direitos e obrigações dos convênios, a partir da eficácia dos direitos à saúde, à liberdade contratual e à liberdade de iniciativa.

Agradecendo a todos que tornaram possível esta obra, desejamos ótima leitura!

Prof. Dr. Francisco Cardozo Oliveira - Unicritiba

Profa. Dra. Mara Darcanchy - UNIB

**A EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS PARA O TRABALHADOR
PORTUÁRIO AVULSO COM AS INOVAÇÕES DA LEI 12.815/2013**

**EFFECTIVENESS OF FUNDAMENTAL RIGHTS FOR PORT INDEPENDENT
WORKER WITH THE LAW 12.815/2013 OF INNOVATIONS**

Sergio Lopes Iturvide ¹
Sandra Mara Maciel de Lima ²

Resumo

Este artigo reflete sobre o impacto das Leis 8.630/93 e 12.815/2013 sobre os direitos dos trabalhadores portuários avulsos na história político-econômica e social brasileira. Trata-se dos conflitos que envolvem os efeitos da modernização trazidas por estas leis, inovando ao buscar a redução dos custos nas operações portuárias e suas consequências aos trabalhadores portuários avulsos. Aborda-se essas consequências, analisando as garantias constitucionais e as fragilidades das leis existentes nas relações contratuais sobre diferentes categorias laborais. Por fim, apresentam-se desafios que os trabalhadores avulsos poderão utilizar para consolidar sua posição no mercado prestador de serviço nos portos organizados e/ou de uso privativo.

Palavras-chave: Nova lei dos portos, Trabalhador avulso, Modernização, Operação portuária

Abstract/Resumen/Résumé

This article reflects on the impact of Law 8.630/93 and 12.815/2013 on the rights of temporary dock workers in the political and economic history and Brazilian social. These are the conflicts involving the effects of modernization brought by these laws, innovating to seek to reduce costs in port operations and its consequences to temporary dock workers. Addresses to those consequences, analyzing constitutional guarantees and weaknesses of existing laws in contractual relations on different job categories. Finally, they present challenges that temporary workers can use to consolidate its position in the service provider market in organized ports and/or private use.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: New law on ports, Separate worker, Modernization, Port operations

¹ Mestrando em Direito pelo Unicuriitba

² Doutora. Professora do Mestrado em Direito do Unicuriitba

INTRODUÇÃO

A princípio, com a finalidade de adentrarmos nas questões mais específicas deste trabalho, gostaríamos de fazer algumas considerações sobre as características do “Estado Forte” considerado Soberano e independente economicamente, todavia, dependente e subordinado está o “Estado Escravo” a vários fatores econômicos direta ou indiretamente que determinam as políticas que agradam segmentos criados no intuito de monopolizar o comércio internacional, proporcionando investimentos, provenientes de instituições internacionais para liberação de empréstimos financeiros. Outrossim, questiona-se se um Estado transitando entre o Forte e o Fraco (Semiperiférico) está apto a gerir sua economia de modo independente, sobretudo no aspecto legal em limitar o poder econômico em caso de abusos, nesse sentido Bagnoli (2009, p. 10) completa esse raciocínio “a fim de garantir o bem de sua coletividade e o desenvolvimento, ainda que dependente economicamente do Império.”

Desta forma, com os processos da globalização veem-se a necessidade das economias se adequarem aos meios para o desenvolvimento econômico e sua subordinação a essas instituições conceituadas como multilaterais, de forma a atender seus interesses e conservar - mesmo que precariamente - “os indivíduos particulares, o Estado, as empresas, os órgãos nacionais, internacionais e comunitários, bem como os titulares de direitos difusos e coletivos” (SILVEIRA, 1997, s/p).

Nessa relação entre a intervenção do Estado - visando disciplinar pela elaboração de Leis - encontra-se a política de modernização dos portos, onde existem os conflitos de interesses: de um lado temos as instituições supranacionais de outro os trabalhadores avulsos portuários, bem como seus aspectos de utilidade social através dos direitos adquiridos desses aos interesses meramente econômicos daqueles, tendo ao centro as crises cíclicas do capitalismo. Dando ênfase a esse conflitos, refletir-se-á sobre os impactos das alterações previstas pela Lei 8630/1993 (BRASIL, 2013) e, a recente Lei 12815/2013 (BRASIL, 2013) no âmbito da organização do trabalho Portuário, que atendendo aos interesses econômicos fragilizou os direitos dos trabalhadores Portuários (TPA) conquistados ao longo da história.

Através de método dedutivo e por pesquisas bibliográficas, aprofundaremos a análise sobre a política do Estado brasileiro para atrair novos investimentos usando como fundo a modernização dos portos, os direitos dos trabalhadores a partir da CLT e da Constituição Federal de 1988, bem como, Leis infraconstitucionais que estão sendo utilizadas pela Administração Pública no intuito de viabilizar esse processo de modernização.

Sendo assim, espera-se que o trabalho em questão ofereça aos seus apreciadores, além de uma reflexão sobre a evolução político-econômica de desenvolvimento na implementação

das leis de modernização do setor portuário, bem como a necessidade de confirmar como fundamento constitucional os direitos e as garantias dos trabalhadores envolvidos.

I - A EVOLUÇÃO DO TRABALHO PORTUÁRIO

1. A Importância do Transporte Marítimo

Historicamente os portos desde sua abertura em 1808 por D. João sempre foram e continuam sendo poderosos fatores de inserção econômica dos países na vida internacional, estando o transporte marítimo essencial para as importações e exportações, gerando repercussões macroeconômicas positivas e acelerando a reprodução do capital.

O setor marítimo contribui com o processo de internacionalização da economia brasileira, bem como reflete o aprimoramento da logística e as novas lógicas organizacionais e operacionais do setor. No Brasil o fluxo de cargas tem no sistema marítimo assegurado a articulação inter-regional, a intermediação entre produtor e mercado, assim como a satisfação das demandas econômicas, sociais (consumo) e corporativas. De acordo com a Secex (2011) “o transporte marítimo apresentou crescimento de 130% nos últimos trinta anos e, atualmente, representa 80% do comércio global” movimentando anualmente 700 milhões de toneladas das mais diversificadas mercadorias respondendo por mais de 90 % do comércio exterior brasileiro. Este modal se caracteriza pela relação entre a natureza ultramarina e os sistemas de movimento, visto que ambos são imprescindíveis para o escoamento de mercadorias, onde no Brasil, está concentrado nos portos do Sul e do Sudeste, sendo responsáveis por grande parte das importações e exportações nacionais, isto é, pode-se dizer que há uma concentração dos fluxos internacionais de cargas nestas duas macrorregiões do país principalmente de grãos sólidos e líquidos e artigos industriais. (SEP, 2014)

Mediante essa importância há um oligopólio estrangeiro no setor de transporte marítimo brasileiro. Os armadores internacionais, caso da Maersk (Dinamarca), da Mediterranean Shipping Company (MSC) (Suíça), da Hyundai (Coreia do Sul), da China Shipping (China), da Hamburg Süd (Alemanha) e outros, controlam o mercado. O Estado, por sua vez, é relativamente impotente, pois fica refém dos contratos estabelecidos e sem poder de impor metas de investimentos. No meio de tudo isso, está o trabalhador portuário avulso tentando sobreviver as grandes mudanças da evolução do comércio internacional, onde existe um grande conceito da propagação do comércio entre as nações, bem como, na incessante e acirrada batalha que agora em todos os continentes lutam pela conquista de mercados e, cada vez mais tendo a necessidade de baratear suas operações para torna-las mais competitivas, no tocante Oliveira (2006, p. 93) dispõe que “na atualidade, o que se vê nos grandes portos mundiais são

as empresas e sindicatos, juntos, procurando novos caminhos para reduzir custos e melhor serviços”.

Sem dúvida a importância de se baratear as operações nos portos é um fator de clara necessidade principalmente quando nos deparamos com o intervencionismo burocrático estatal, na falta de infraestrutura para escoamento de nossas safras e, pelo desperdício dessas durante o trajeto até os nossos portos. Todavia, o intervencionismo pontual legal é necessário pelo Estado para atingir positivamente os direitos dos trabalhadores avulsos portuários, de qualquer forma, deve sempre estar atrelado ao sistema jurídico pátrio que contempla a dignidade da pessoa humana, o trabalho e a livre iniciativa como fundamentos e objetivos a serem alcançados para obtenção de uma sociedade justa, solidária e fraterna.

Assim, depois de anos trabalhando de forma irregular e sendo explorados por organismos paralelos que submetiam à jornada do trabalhador avulso a mais de 12 horas diárias e, principalmente para atender as necessidades de um mundo globalizado em que “tempo é dinheiro”, as leis vieram para regulamentar tanto os direitos à tutela da saúde, da vida moral e social dos trabalhadores, mas também, a economia em geral, atendendo os interesses dos oligopólios e do aparelhamento Estatal, basta saber, se haverá continuidade nos direitos e obrigações para atender aos envolvidos na cadeia produtiva de forma igualitária, e não, garantido direitos à uns e obrigações árduas a outros.

1.1 A evolução histórico-legislativo do trabalhador portuário avulso

Anteriormente a lei 8630/1993, os trabalhadores portuários das Companhias Docas e os avulsos das diversas atividades atuavam em conjunto, mas com regime jurídico próprio. No contexto anterior ao ano 1993 coexistiam as seguintes formas de prestação laboral: o trabalho avulso dos estivadores; o trabalho avulso da capatazia como força supletiva; o trabalho avulso das atividades de conserto de carga e descarga (Lei nº 2.191/54 e Decreto nº 56.414/65), vigias portuários (Lei nº 4.859/65 e Decreto nº 56.467/65), conferentes de carga e descarga (Lei nº 1.561/52 e Decreto nº 56.367/65) e o trabalho de capatazia executado pelos empregados das Companhias Docas (CARVALHO, 2005).

Regulando o tema acerca do trabalho portuário, em 1964, foi criado o Conselho Superior do Trabalho Marítimo (CSTM), por meio da Lei nº 4.589, de 11 de dezembro, constituído por representantes dos Ministérios do Trabalho e Previdência Social, a quem cabia controlar os atos normativos para operacionalização das atividades (MTE, 2008). Também por meio da Lei 7.731, de 14 de fevereiro em 1989, foram extintas as Delegacias do Trabalho Marítimo que através do Decreto Lei nº 90.927, de 7 de fevereiro de 1985, permitia às

Delegacias de Trabalho Marítimo (DTMs), controlar a assiduidade no rodízio dos trabalhadores portuários avulsos. Antes da edição da Lei nº 8.630/93 (CARRION, 2003), regulamentada pelo Decreto nº 1.886/1996 (BRASIL, 1996), e acrescida dos dispositivos da Lei nº 9.719/1998 (BRASIL, 1998), todas as modalidades profissionais apesar de serem reconhecidos e considerados como trabalhadores avulsos pela lei previdenciária, como “sócios dos sindicatos destacados por estes para prestarem serviços de natureza temporária em trapiches e armazéns” não tinham garantias consideráveis em relação às demais classes de trabalhadores.

Com o advento da Consolidação das Leis Trabalhistas (CLT), conforme o Decreto-Lei nº 5.452/1943 (BRASIL, 1943), esta trouxe maior cobertura ao ramo portuário. Assim, após a edição da Lei 8630/93, os artigos 254 a 284 da CLT que tratavam dos serviços de estiva e os artigos 285 a 292 também da CLT, sobre os serviços de capatazias nos portos, onde existiam o processo de normatização e intervenção estatal das relações de trabalho nos portos, foram todos revogados (MTE, 2001).

Dessa forma, com nova Lei 8.630/93, grandes avanços vieram visando principalmente modernizar o setor portuário, aumentar a competitividade com eficiência dos portos, melhorar a infraestrutura e qualificar os trabalhadores portuários avulsos, que para melhor exemplificar o que venha ser trabalhador avulso “TPA”, estes atuam na movimentação das cargas (operações portuárias) nos portos mercadorias provenientes do transporte aquaviário ou a ele destinada, dentro das instalações portuárias de uso público ou de uso privado situadas nos limites da área do porto organizado, na "faixa do cais", nos armazéns, nos "conveses", nos "porões" ou no "costado do navio" com a intermediação do Órgão Gestor de Mão-de-Obra (OGMO), findando com este, a quebra do monopólio do fornecimento da mão de obra que antes pertenciam aos seus respectivos sindicatos (SANTOS NETO e VENTILARI, 2000, p. 15). Vários outros decretos foram editados para cumprimento desta Lei, dentre elas, pertinentes à execução dos trabalhos pelo Órgão Gestor de Mão de Obra (OGMO), na qual, trataremos oportunamente neste trabalho.

1.1.2 As inovações da Lei 8.630/1993 para garantia de investimentos

Em meados do início dos anos 1990 “o Estado estava”: de cofres vazios, com uma inflação beirando 1038% ao ano; sucessivos planos econômicos para conter a especulação na economia; impedimento do primeiro presidente eleito pelo povo após anos de ditadura “Fernando Collor de Mello”; seu vice “Itamar Franco” assumindo o poder amargando compromisso de ajustar a economia com uma inflação galopante; uma Administração Pública inchada, obesa e perdulária . (O GLOBO, 1990) Após o controle da inflação pelo plano Real, Fernando Henrique Cardoso teve como prioridade a privatização das empresas estatais que com

os governos de Collor e Itamar, havia sofrido numerosos atrasos. Um dos motivos do governo para promover a privatização era a perspectiva de obter dinheiro que poderia ajudar a reduzir os déficits federais. Não obstante, após vários ajustes, o governo podia mostrar um sucesso considerável, tendo privatizado mais de cinquenta empresas em áreas como aço, fertilizantes e minério de ferro. Em quase todos os casos, a eficiência aumentou imediatamente.

Nesse cenário de grandes transformações incluíam-se as grandes economias mundiais - para que o Brasil se torna-se competitivo - havia a necessidade de novos investimentos para modernização do parque industrial brasileiro, seus portos e aeroportos, havendo poucos investimentos em infraestruturas e logísticas, surgiram vários gargalos em diversos setores impedindo principalmente o escoamento eficiente de nossas commodities, basta lembrar: das inúmeras filas de caminhões para descargas de grãos, fila de navios para carregamento dessas, intermináveis greves promovidas pelos sindicatos das categorias dos trabalhadores avulsos, abusos cometidos pela administração portuária proporcionando o Demurage - multas contratuais prevista em contratos de afretamento – aos armadores, enfim, uma série de irregularidades que impediam à eficiência dos portos, sendo por fim, necessária a intervenção do Estado para implantação de uma nova política de gestão, na modernização dos portos, que regulamentava-se as novas tendências trazidas pela globalização, intensificada pela aceleração nos mercados de consumo dessa época.

Assim, nesse contexto de grandes transformações econômicas devido a expansão dos mercados de consumo, havia a necessidade de um melhor escoamento de nossas commodities, foi promulgada a Lei 8.630/1993, que segundo Cruz (2010, p. 121) veio para “atender os anseios dos segmentos políticos e econômicos, em nome do desenvolvimento das atividades que necessitam de legislação pertinentes aos setores em crescimento” oficializando novos conceitos e diretrizes como: **Portos Organizados** (administração do porto, instalações portuárias e serviços portuários), estabelecendo que esta poderia ser dependência direta do Governo Federal, ou de concessionário, ou arrendatário; a **Autoridade Portuária**, criada para conter os abusos à melhoria da operação portuária e à valorização econômica do porto, ela é exercida parte: pelo **CAP** (Conselho de Autoridade Portuária) composta por representantes dos usuários membros da classe empresarial (importadores, exportadores, operadores portuários), trabalhadores avulsos (Estiva, conferentes, bloco, arrumadores), Armadores, Administração do Porto, Associação do comércio Exterior e até o Estado e o Município da situação do Porto e a outra parte pelas diretorias da Administração portuária direta; **OGMO** (*Órgão Gestor de Mão de Obra*), este órgão foi instituído para conter velhas práticas de monopólio da mão de obra pelos sindicatos que determinavam quantos trabalhadores avulsos deveriam trabalhar em cada

terno de operação (contingente de trabalhadores) durante um período a bordo ou no costado das embarcações. Essa prática era regularmente reprovada pelos operadores portuários (representantes dos armadores), pois durante a operação portuária nas embarcações, uma única matrícula, trabalhava ao mesmo tempo em várias embarcações evidenciando uma prática reprovável, contrariando o modelo legal de gestão de mão de obra pelos sindicatos, levando vários armadores ao prejuízo financeiro, encarecendo assim, a operação portuária. **TUP** (Terminal de Uso Privado) terminais aduaneiros para movimentação de cargas próprias adquiridos por contratos com a Administração Pública através de concessão; **PPP** (Parceria Público-Privada), criada para suprir a falta de recursos para investimentos em infraestrutura e outras utilidades como prestações de serviços públicos e obras públicas, utilizadas dentre muitas para modernização das infraestruturas portuárias nos portos públicos organizados, bem como dos acessos à essas; **ANTAQ** autarquia que fiscaliza e controla o transporte aquaviário e, dedica-se a tornar mais econômica e segura a movimentação de pessoas e bens. (ANTAQ, 2016)

1.1.3 Obrigatoriedade do fornecimento de contingente de TPA pelo OGMO para os Operadores Portuários

A Lei 8630/93 foi originária do Projeto de Lei nº 8/91, proveniente do Poder Executivo Federal, a qual tinha por escopo inicial, segundo Stein (2002, p. 42) em se traduzir no “instrumento legal regulador da relação capital-trabalho, entre a categoria dos obreiros(trabalhadores portuários e avulsos) e a categoria patronal(operadores portuários, tomadores de serviços) existentes no âmbito da orla portuária brasileira.” A cerca da natureza jurídica do OGMO, o art. 25, da Lei de Portos, estabelece que o órgão de gestão de mão de obra é reputado de utilidade pública e não pode ter fins lucrativos, sendo-lhe vedada a prestação de serviços a terceiros ou o exercício de qualquer atividade não vinculada à gestão de mão de obra utilizada na atividade portuária. No ambiente portuário, a participação do setor privado foi prevista pela lei dos portos, mediante a celebração de contratos de arrendamento portuário, nada mais do que uma espécie de subconcessão, na medida em que não só conferia o direito de exploração de um bem da União, como também conferia o direito de explorar a atividade portuária, serviço público federal.

Para podermos melhor compreender os objetivos dessa lei, além das já especificadas nesse trabalho, inicialmente, a intenção do Governo Federal era a de minimizar e, em diversas oportunidades, erradicar, empecilhos legais e institucionais que dificultassem a adaptação dos portos brasileiros à livre iniciativa mercadológica, almejando uma melhor competitividade, bem como, a revogação de leis protecionistas criadas pelo próprio Governo Federal (Portobrás),

que segundo Stein (2002, p.48) “buscando à época proteger o mercado de trabalho e a indústria nacional, criou artifícios legais, proporcionando retenção e exclusividade em várias atividades ligadas à área portuária brasileira.” Nesse mesmo entendimento, Pasold (2007, p. 46) dispõe que “a nova legislação coloca os portos brasileiros diante de grandes desafios práticos e jurídicos, dentre eles: reformular o sistema de gerenciamento de operações e de mão de obra, eliminar as interferências corporativas e burocráticas, e, principalmente aproveitar, de forma racional, os espaços e as instalações.”

Entretanto, passados dois anos da promulgação da Lei dos Portos, categorias dos obreiros e a patronal não se entendiam, haviam obstáculos por parte dos trabalhadores que resistindo o cumprimento das perdas de exclusividade pelos sindicatos das categorias no monopólio da mão de obra portuária avulsa, alegando que haveria injustiças sociais, na medida em que os interesses da classe empresarial estavam se sobrepondo sobre as classes dos trabalhadores, o que confirma a tendência de se implantar uma política neoliberal, com o progressivo afastamento do controle do Estado nas atividades ligadas aos portos, franqueando-a às leis do mercado, o que, segundo os trabalhadores, seria francamente desfavorável a eles, assim, desencadeou-se várias greves gerais nos portos pelas categorias dos trabalhadores avulsos.

O fato é que, antes da Constituição Federal de 1988 havia um monopólio centralizado do Governo federal, através da Portobrás, do trato da administração dos portos no Brasil, todavia, a Constituição trouxe como princípio fundamental no seu artigo 1º, inciso IV, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, desta forma, de um lado estavam os sindicatos alegando a injustiças sociais e sua hipossuficiência em relação ao poder dos oligopólios e, fragilizados pela nova política neoliberal do Estado, deveriam se submeter aos novos métodos de como racionalizar a mão de obra empregada na atividade portuária. De outro lado, os empresários, com capital próprio, tentando dar continuidade à uma nova política de desenvolvimento alegavam as perdas sofridas pelos excessos cometidos pelos sindicatos e, a complacência dos órgãos fiscalizadores, dentre esses, a DTM responsável na época pelo controle a assiduidade no rodízio dos trabalhadores portuários avulsos. Nessa esfera de greves, vieram vários acordos colocando fim na maior das polemicas, existiria o *OGMO*, onde mediante requisição dos operadores portuários, fornecendo o contingente de trabalhadores avulsos (TPA) a necessitar e os respectivos repasses dos direitos trabalhistas aos sindicatos das categorias, que também, ficara a seu encargo negociarem com os operadores portuários “*Sindicatos*”, entre outras coisas, a composição dos “*ternos*”, a remuneração das “*fainas*” e a definição das funções como forma de adequação das operações portuária à realidade de cada porto.

Assim, pondo fim a polemica, determina a Lei 8630/93 que os TPA executem a movimentação de cargas (embarque ou desembarque), sua arrumação, transbordo, peação e despeação, realizadas nos porões e/ou conveses das embarcações trabalhadores *da Estiva*. Já a movimentação de cargas realizadas no costado do navio na faixa do cais, nos armazéns e nas instalações portuárias é feita pelos trabalhadores *da Capatazia*, *os Vigias*, a segurança e fiscalização do ingresso de pessoal a bordo das embarcações, *os Conferentes*, controle do embarque ou descarga das embarcações, *o Bloco*, limpeza e manutenção e, somente o OGMO promoverá a escalção do contingente de trabalhadores requisitados pelo Operador portuário, vários outras polemicas vieram durante os 20 anos da Lei 8.630/93, inclusive os pertinentes aos terminais de uso privado – TUP – mediante a utilização dos TPA pelos empresários, onde daremos melhor explanação a partir da Lei 12815/2013 – Nova Lei de Modernização dos Portos.

1.2 A nova Lei dos Portos “12.815/2013” e seu impacto aos trabalhadores Avulsos

Passados 20 anos da Lei 8630/2013, cabe-nos lembrar que durante o governo de Fernando Henrique Cardoso na condução do plano Real para estabilização da inflação, a dívida pública — metade da qual avaliada em dólares — tinha dobrado, e o déficit em conta de então era duas vezes a média da América Latina, as taxas de juros nominais estavam acima dos 20%, e a moeda havia perdido metade do seu valor na corrida eleitoral, entretanto seu sucessor herdaria uma economia estabilizada, com profundas mudanças na Administração Pública advindas de sua descentralização por criação de várias autarquias, fazendo disso, um avanço para combater a ineficiência mórbida do Estado na condução de políticas públicas visando o crescimento social e econômico. Lula, ao chegar ao Planalto, no seu primeiro mandato, deu continuidade ao programa que controlou a inflação. A medida assegurou a estabilidade econômica e possibilitou que outras questões importantes, como saúde, educação e segurança pública, fossem discutidas. O PIB (Produto Interno Bruto), que representa a soma de todas as riquezas de um país, teve um crescimento médio anual de 4,0% nos dois mandatos. O índice é quase o dobro do registrado no período de 1981 a 2002 (2,1%). Assim, o Brasil passou de 12º lugar para 8º no ranking das maiores economias do mundo (SOUZA, 2016).

Ao deixar o cargo de presidente, Luiz Inácio Lula da Silva terá legado, em oito anos de governo, avanços nos setores de economia e inclusão social. Índices históricos de crescimento econômico e redução da pobreza garantiram ao ex-metalúrgico 83% de aprovação popular – o maior patamar entre presidentes desde o fim da ditadura – e a eleição de sua sucessora, Dilma Rousseff, uma estreante nas urnas (SOUZA, 2016).

No mandato de Dilma Rousseff começa um novo e desastroso período de profundo desgaste para política brasileira remanescente de decisões erradamente tomadas na condução da economia durante os últimos anos do mandato de seu antecessor, essas decisões maquiadas pelo crédito farto visava exclusivamente a continuidade do poder através das reeleições.

Após uma crise econômica em 2008 nos Estados Unidos, as economias mundiais se retraíram, os preços das *commodities* brasileiras caíram, a economia despedaçada, com déficits nunca visto em nossa história puxaram nossa capacidade de pagamento para baixo, algumas agências classificadoras de riscos retiraram o selo de bom pagador do Brasil, a inflação saindo do controle e o aumento gradual do desemprego precisava ser contido, mais uma vez o Brasil estava gastando mais e arrecadando menos e, de cofres vazios, precisava de novos investimentos dos oligopólios para voltar a crescer, nessa seara nasce a Lei 12.815/2013 – A Nova Lei para Modernização dos Portos, por fim, o Estado deveria intervir a procura de investimentos.

Desta forma, segundo Cruz (2010, p. 64) “da propriedade com direito de pleno uso, gozo e disposição, passou-se a uma exigência funcional da propriedade, sendo determinante sua utilização produtiva e não mais seu título formal”, sendo as facilidades na transferência de propriedade, uma das profundas mudanças na lei nova, tendo como base, dentre outras, suprimir a antiga dicotomia existente entre terminais de uso privativo exclusivo e misto, antes prevista no art. 4º, II e §2º, II, “a” e “b” da Lei 8.630 (CARRION, 2003), passando a existir doravante somente terminais de uso privado (sem nenhuma referência a carga própria ou carga de terceiros) paralelamente ao porto organizado. Com isso, permitiu-se que os terminais de uso privado, ou seja, instalações portuárias exploradas mediante autorização e localizadas fora da área do porto organizado (art. 2º, IV, da Lei 12815/2013), operem independentemente de manejarem carga própria ou de terceiros, sendo um concorrente direto dos portos organizados.

Independentemente da situação do país, o certo que, mesmo a Lei 8.630/93 trazendo grandes avanços para normatização da matéria relativas ao setor portuário, muitas mazelas continuavam presentes, desrespeitando a legislação vigente, tanto pelo tomador dos serviços, bem como, pelos prestadores dos serviços, encontrávamos: operadores portuários utilizando trabalhadores estranhos ao sistema portuário e realizando treinamentos à revelia do OGMO; contratando a prazo indeterminado trabalhadores à revelia da lei; não fiscalizando a presença dos trabalhadores durante as operações portuárias e remunerando trabalhadores ausentes; exigindo do OGMO exclusividade de trabalhadores, mas não os contratando por prazo indeterminado, ocasionando a quebra do sistema de escalação por rodizio; descumprindo cláusulas de convenção coletiva firmada com sindicatos.

Por sua vez, trabalhadores avulsos de diversas categorias resistem à escalação feita pelo OGMO; não se qualificam profissionalmente em cursos promovidos pelo OGMO; resistem à utilização de EPI e aos exames médicos; causam avarias nas mercadorias e nas embarcações; comercializam (vendem) suas oportunidades de trabalho a outros trabalhadores, configurando uma exploração do trabalhador pelo próprio trabalhador e, principalmente, ainda não se ativeram que a "reserva de mercado" criada pela lei dando-lhes exclusividade na realização das fainas portuárias pode, um dia, desaparecer (CARRION, 2003).

Então pergunta-se, o que mudou? Qual o benefício ao trabalhador (TPA)? A nova lei trouxe ajustes para evitar os velhos problemas que persistem à manter-se? Na realidade, o capitalismo segundo Harvey (1993, p 307), “gera problemas de superacumulação para os quais há apenas um número limitado de soluções possíveis. Por intermédio desses mecanismos, o capitalismo cria sua própria geografia histórica distintiva” e, mais uma vez, infelizmente, a valorização do trabalho humano, que consiste em um dos fundamentos da República Federativa do Brasil (art.1º, IV), foi relegada a segundo plano e preterida em relação à iniciativa privada.

A Lei 12.815, embora não tenha trazido consigo grandes alterações sob o enfoque jus laboral, acabou por impactar de forma fulminante na demanda pela mão de obra avulsa nos portos organizados, tradicionalmente mais cara pelo excesso de carga tributária imposta pelo Estado, tanto aos trabalhadores, quanto aos empresários. Entretanto, segundo Caldeira (apud GUEDES NETO, 2013, p. 12) “os empresários que hoje pleiteiam a flexibilização da proteções trabalhistas são os sucessores daqueles que, menos de dois séculos atrás, tinham sucesso empresarial internacional por eliminarem de suas planilhas de custos o trabalho humano”. Assim, quando o Estado permitiu que os TUPs trabalhassem com carga próprio ou de terceiros e, no art. 44 da Lei 12.815/13 facultando aos titulares das instalações portuárias sujeitas a regime de autorização a contratação de trabalhadores a prazo indeterminado, ou seja, trabalhadores fora do sistema, desta forma, como não precisam contratar trabalhadores avulsos observando as regras do sistema dos portos organizados, o custo dos serviços nesses portos privados será bem menor, interferindo, indubitavelmente, na demanda pela utilização ou não dos portos organizados, pelos empresários, para movimentarem suas cargas.

Nada tinha mudado, o trabalhador avulso continuava a mercê das crises cíclicas do capitalismo e, o Estado refém das instituições multilaterais por sua própria ineficiência na condução de políticas públicas que contemplem sua manutenção como Estado Forte e, dependente economicamente, continuava dominado pelo capital financiado pelo sistema econômico explorador, perfazendo aquilo que Santos (2002, p. 53) descreve como o grande triunfo para uns e o bojo da exclusão e da marginalização para outros, “a retórica do progresso

e da abundância se torna em realidade apenas para um clube cada vez mais pequeno de privilegiado”, sendo esses, sempre presente, os interesses dos oligopólios e, sendo aqueles, excluídos e marginalizados, os interesses dos trabalhadores.

II- DIREITOS E GARANTIAS CONSTITUCIONAIS DOS TRABALHADORES PORTUÁRIOS AVULSOS

2. O mínimo existencial

A Constituição Federal de 1988 conferiu tratamento isonômico dos avulsos com os trabalhadores com vínculo empregatício, por força do inciso XXXIV, do art. 7º: “igualdade de direitos entre o trabalhador com vínculo empregatício permanente e o trabalhador avulso”, desta forma e, segundo o professor José Afonso da Silva (2006, p. 178) os direitos e garantias constitucionais “ devem ser não apenas formalmente reconhecidos, mas concreta e materialmente efetivados”, sendo o *direito* a declaração de uma prerrogativa e a *garantia* os meios que assegura a efetividade do direito. Fica obvio que a Constituição/88 garante os mesmo direitos aos trabalhadores, sendo assim, o artigo 7º, inciso IV, dispõe que todo trabalhador, seja rural ou urbano, a ele é assegurado o salário mínimo. Não obstante ao que diz o texto Constitucional, muitos dos empresários da atividade portuária apega-se sorrateiramente ao Decreto nº 1.574, de 31 de julho de 1995, que promulgou a Convenção nº 137/1973, da Organização Internacional do Trabalho que dispõe em seu artigo 2º inciso II ”em todo caso, um mínimo de períodos de emprego ou um mínimo de renda deve ser assegurado aos portuários, sendo que sua extensão e natureza dependerão da situação econômica e social do país ou do porto de que se tratar”. (BRASIL, 1995)

A partir do que determina Constituição Federal de 1988, reconhecendo que os direitos dos trabalhadores estão enumerados e previstos nos incisos do artigo 7º, sendo os enumerados normas de eficácia plena que devem ser imediatamente aplicáveis integralmente, os previstos dependem de lei para sua efetivação prática, neste caso de eficácia limitada. Todavia, o Decreto nº 1.547/95 que internalizou ao ordenamento pátrio a OIT 137/73 complementou essa lacuna. Então pergunta-se, aonde está a imediata aplicabilidade do mínimo de renda aos trabalhadores avulsos?

Quando comentou-se neste trabalho que durante 8 anos de mandato do Presidente Lula:

o Brasil teve um crescimento médio anual de 4,0% nos dois mandatos. O índice é quase o dobro do registrado no período de 1981 a 2002 (2,1%). Assim, o Brasil passou de 12º lugar para 8º no ranking das maiores economias do mundo” e, também comentamos que: “90 % de todo comercio exterior do Brasil passa pelos portos brasileiros. (SOUZA, 2016)

E, nessa seara, pode-se acrescentar que, segundo matéria publicada no jornal o Globo.

a economia brasileira situada entre as vinte maiores economias do mundo “G20”, possui população estimada em duzentos e dez milhões de pessoas, atualmente posiciona-se no ranking mundial em 73º lugar, com índice de IDH em 0,6999. (O GLOBO, 2016)

De acordo com o relatório das Nações Unidas, os países da América Latina com maior grau de desenvolvimento humano são: Chile (41º no ranking), Cuba (44º) e Argentina (49º), uma diferença muito grande no ranking qual se encontra o Brasil, haja vista, um país que possui uma das maiores economias do mundo, o nível de IDH: da longevidade, de educação e renda, ainda estão muito abaixo comparados à países com economias de menor expressão (ONU, 2016).

Então, fica claro que houve um avanço na economia, mas o IDH continua se sujeitando aos interesses exclusivos de uma minoria privilegiada, desta forma, em qual das prerrogativas o Estado, com a leniência dos oligopólios, sorrateiramente a partir da expressão: “dependerão da situação econômica e social do país ou do porto de que se tratar”, apegam-se para não dar a imediata aplicabilidade do mínimo de renda aos trabalhadores avulsos? Qual pertinência temática terá maior relevância para as escusas: o Brasil com o desequilíbrio social? ou o Brasil da prosperidade econômica? Ou quem sabe, do Brasil complacente ao acúmulo gradual e contínuo do capital perseguido pelos oligopólios? Por que um Presidente sindicalista excluiu de sua política de justiça social os TPA?

As respostas à essas perguntas estão correlacionadas ao estudo científico pertinente à consciência na resistência eficiente pelo neoliberalismo com seu espírito conservador capitalista de proteger seus investimentos, onde segundo Boltanski e Chiapello (2009, p.18) com respaldo do Estado “está num contexto de políticas governamentais favoráveis em matéria fiscal, social e salarial, [...] as possibilidades de contratação temporária, uso de mão de obra substituta e horários flexíveis”, tais políticas, estão incrustadas no sistema pelas forças da omissão, da inércia e do boicote de conceder melhorias que consagrem o status constitucional relativos ao da dignidade do trabalho e a da pessoa, concentrando-se apenas nos interesses aos privilegiados, ou seja, mascarar-se de forma desigual como garantidor da função social da propriedade e da empresa.

Desta forma, segundo Guedes Neto (2013, p. 126) a propriedade é privativa “basta considerar a posição do empreendedor perante uma crise (...) cobra dos governos os estímulos, a infraestruturas, os investimentos e a proteção de que se julga merecedor”, assim, eles garantem seus estoques, seus investimentos e suas reservas financeiras preferindo “descartar o recurso produtivo que não consta da conta de patrimônio da empresa: a força de trabalho”.

Com relação ao Presidente sindicalista, segundo Guedes Neto (2013, p. 125) “No Brasil, como alhures, eles se lançaram com sucesso na luta político-partidária e estatal. Ao obterem sucesso eleitoral ideologicamente deixaram de ser sindicalistas, aderindo ao tríplice fenômeno [...], para seus objetivos pessoais.” Assim, a falta desse mínimo influenciará negativamente aos TPA, todos os seus direitos garantidos e previstos no artigo 7º da Constituição Federal de 1988 estará comprometido, bem como, outros fracionados em todo o texto constitucional relativos aos direitos fundamentais e a dignidade da pessoa humana, como veremos a seguir.

2.1 Continuidade da relação contratual de trabalho pelos atores sociais

Para melhor detalharmos a necessidade da continuidade na relação de trabalho, é bom lembrar quem são os atores sociais envolvidos nessa relação contratual: o OGMO; o operador portuário (representante do armador no porto) e o trabalhador portuário avulso (estivadores, conferentes, vigias portuários, arrumadores, trabalhadores de bloco etc.).

Outrossim, após a Lei 8630/93 houve a quebra do monopólio de escalação dos trabalhadores avulsos pelo sindicato profissional, passando o OGMO, além de ser responsável pelo gerenciamento e escalação de pessoal avulso na carga e descarga de navios, também, deverá manter um cadastro com registro de matrículas para todas as categorias profissionais de portuários avulsos, bem como, proporcionar treinamento técnicos visando adequação profissional dos trabalhadores para obter melhor eficiência nos novos métodos de processamento de carga e, ainda, os membros dessa relação se obrigam manter as regras referentes à segurança, higiene, bem-estar dos trabalhadores.

Entretanto, com a Lei 12.815/2013 o Estado permitiu que os TUPs trabalhassem com carga próprio ou de terceiros e, no art. 44 da Lei 12.815/13 “*facultando aos titulares das instalações portuárias sujeitas a regime de autorização a contratação de trabalhadores a prazo indeterminado*”, ou seja, trabalhadores ficando fora do sistema de rodizio, desta forma, como não precisam contratar trabalhadores avulsos na demanda pela utilização para movimentarem suas cargas, seus lucros crescem e os TPA ficam sem trabalho.

Dados da ANTAQ (NOVO MARCO, 2013), que “existem 130 requerimentos para construção e operação de instalações portuárias privadas na Agência, o que totaliza cerca R\$ 54 bilhões de investimentos”. Assim, questiona-se se essa maior liberdade para existência de terminais de uso privativo contribuiria para um crescimento social para todos os atores que fazem parte da relação contratual, principalmente, na prestação de mão de obra avulsa para movimentação das cargas.

Determina o artigo 3º da OIT 137 (BRASIL, 1995) que “Os portuários matriculados terão prioridade para a obtenção de trabalho nos portos” e, no artigo 4º faz menção “a redução dos efetivos e a necessidade de atenuar os efeitos prejudiciais”, não obstante aos critérios que determina a lei vigente, o que vemos não diz respeito a uma ordem humanitária que garanta a continuidade de trabalho para os avulsos portuários e sim uma questão de economia com grandes alterações sob o enfoque juslaboral proporcionando mais lucro aos empresários e um profundo desrespeito a essa classe (TPA) que contribui para que os portos batam todos os recordes de movimentação de cargas: “nos 37 portos públicos, nos quarenta e dois terminais de uso privado e três complexos portuários existentes nos oito mil quilômetros de costa brasileira” (SEP, 2014), desta forma, a atividade portuária está na contra mão dos efeitos da crise econômica mundial que assola as economias de muitos países, inclusive a do Brasil.

Nos últimos anos o Brasil experimentou um crescimento médio de 6,22 % no setor de movimentação de carga ao ano (ANTAQ, 2013) o que caracteriza de forma clara, a inserção do Brasil no mercado globalizado, não existindo crise, nem falta de recursos para investimentos, nem muito menos desculpas para proporcionar melhores condições aos trabalhadores portuários avulsos para manutenção e profissionalização técnica de suas atividades dentro da operação portuária, seja nos portos públicos ou mesmo nos portos de uso privado, fica claro, o critério adotado pelos empresários, visam simplesmente o ganho farto e o acúmulo de capital, não se importando com as pessoas e as famílias que dependem das migalhas recebidas pelos esforços de tornar o setor de movimentação de cargas em uma das atividades mais rentáveis do Brasil.

2.2 Princípio da igualdade nos direitos trabalhistas ao trabalhador portuário

Como já destacamos neste trabalho a Constituição Federal de 1988 conferiu tratamento isonômico dos avulsos com os trabalhadores com vínculo empregatício, por força do inciso XXXIV, do art. 7º: “igualdade de direitos entre o trabalhador com vínculo empregatício permanente e o trabalhador avulso”, mesmo sem manter vínculo de emprego com o OGMO ou mesmo com o armador ou operador portuário. Assim, cabe fazer um registro sobre algumas diferenças existentes sobre o trabalhador avulso “devidamente habilitado”. Para restar “devidamente habilitado”, necessita o trabalhador portuário avulso estar registrado ou cadastrado.

Nos termos do art. 27, inciso II, da Lei nº 8.630/93, trabalhador portuário avulso registrado é aquele submetido à prévia seleção e respectiva inscrição no cadastro, isto é, é o trabalhador efetivo, apto a exercer o trabalho portuário na forma do rodízio estabelecido. Já o cadastrado, nos termos do art. 27, inciso I, da Lei nº 8.630/93, é o trabalhador que, tendo

cumprido treinamento prévio em entidade indicada pelo OGMO, foi inscrito no cadastro e encontra-se em condições de exercer sua profissão. Ele não participa do rodízio, e só estará habilitado a trabalhar quando não houver suficiente número de trabalhadores registrados disponíveis para determinada oportunidade de trabalho (MTE, 2001).

Cabe também ressaltar a diferença entre o trabalhador avulso cadastrado/registrado e o trabalhador portuário com vínculo de emprego. Poder-se-ia dizer que o trabalhador avulso presta trabalho a vários tomadores de serviço sem qualquer exclusividade a eles. Poder-se-ia dizer ainda que o avulso presta um serviço descontínuo, periódico, ou ao contrário do portuário com vínculo de emprego, por período de tempo determinado. Contudo, não são tais questões que efetivamente distinguem do ponto de vista jurídico a natureza jurídica de um e de outro. O que realmente diferencia sob o ponto de vista jurídico o trabalhador portuário com vínculo de emprego do trabalhador portuário avulso é que quanto ao primeiro necessariamente deve estar presente a subordinação jurídica e a não eventualidade do trabalho prestado, enquanto que no segundo estarão presentes à autonomia e a eventualidade do serviço prestado.

Neste contexto de porto organizado, porto privativo e o trabalhador portuário constatamos mais uma vez graves irregularidades pertinentes aos direitos garantidos constitucionalmente ao trabalhador. Como sabemos, o trabalhador portuário, seja ele com vínculo de emprego ou sem vínculo de emprego, trabalhando ele junto a terminal público ou privado, dentro ou fora da área do porto organizado, desenvolve suas atividades em um ambiente de trabalho *sui generis*, e para tanto, lhe foi deferido o direito a um adicional de remuneração, nos termos do que dispõe o art. 14 da Lei nº 4860/65, com um adicional de risco de 40 %, entretanto, não faz jus esse adicional de risco o trabalhador portuário que executem suas atividades em portos privativos, onde muitas vezes, estão dentro dos portos organizados, constituindo-se em um único complexo. Então, pergunta-se: se os portos privados possuem as mesmas características dos portos públicos organizados e os trabalhadores executam as mesmas funções, por que a eles são negados o adicional de risco nos TUPs? O que temos para oferecer como resposta, além do que já citamos sobre o poder econômico dos oligopólios são as diversos julgados denegando o direito ao trabalhador esse direito (TST-RR-173/1999-006-17-00, 4º turma, Relator Ministro Ives Gandra da Silva Martins Filho, DJ – 07/02/2003).

O entendimento consubstanciado nas decisões referidas acima proferidas pelo Tribunal Superior do Trabalho na verdade impõe um tratamento desigual a pessoas que estão sujeitas a iguais condições de risco, o que nos leva a dizer que afrontam ao princípio da igualdade/isonomia inscrito no art. 3º, inciso IV e caput do art. 5º da Constituição Federal.

3. FRAGILIDADES NA LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL

Não se pode relegar o fato de que o trabalhador portuário avulso tem características que o distinguem daqueles com vínculo de emprego. As regras e condições de trabalho dos portuários avulsos se dá através da Lei 12.815/13 e 9.719/98, bem como, das normas coletivas de trabalho. Sendo assim, algumas Leis infraconstitucionais que disciplinam as relações de trabalho não se aplicam aos trabalhadores avulsos, temos como exemplo, o caso da Lei 4.860/65 e da OJ nº 60, onde possuem entendimento diferenciado sobre hora noturna e horas extras. Conforme denotamos, a Lei 12.815/13 não fixa qualquer carga horária de trabalho ou adicionais sobre a remuneração, como, por exemplo, noturno, de insalubridade ou periculosidade, porquanto as regras e condições de trabalho são feitas através de normas coletivas de trabalho (art. 22 e 29), atendendo aos interesses das classes envolvidas nas operações portuárias.

Portanto, as disposições da Lei 4.860/65 (BRASIL, 1965) (trabalhador portuário) não são extensíveis ao trabalhador portuário avulso, pois a esses existem legislações próprias as quais defendem que as regras e condições de trabalho devem ser elaboradas por meio de normas coletivas de trabalho. Todavia, cabe lembrarmos de algumas situações ao analisarmos determinadas normas e sua aplicabilidade para disciplinar matérias controvertidas dentro do Direito do Trabalho. Dentro da estrutura do Direito do Trabalho encontramos alguns princípios que criam mecanismos como forma de impedir a exploração do capital sobre o trabalho humano, sendo o de maior amplitude “o Princípio da Proteção”, onde encontramos variáveis de sua sustentação destinados a tutelar os direitos mínimos estampados na legislação laboral vigente “*o Principio in dubio pro operário*, Princípio da aplicação da norma mais favorável e o Princípio da condição mais benéfica”. Então vejamos, se a Constituição Federal de 1988 conferiu tratamento isonômico dos avulsos (Lei 12.815/13) com os trabalhadores com vínculo empregatício (Lei 4.860/65), por força do inciso XXXIV, do art. 7º e, se tais princípios atuam como mecanismo de proteção ao trabalhador, por que não aplicar a legislação mais benéfica ao trabalhador avulso?

Nesse sentido, verificando alguns julgados confrontamos com diversas situações que contrariam muito do que foi estabelecido em negociação coletiva, dentre elas: escala de TPA em ternos de mais 6 horas de trabalho contínuo; intervalo mínimo menor que 11 horas Inter jornadas; o trabalho em cargas insalubres e perigosas sem o pagamento dos respectivos adicionais, onde poderiam ser evitadas se as partes envolvidas verificassem que o mais importante em qualquer tipo de relação contratual é a *dignidade da pessoa humana*, estando a saúde do trabalhador em primeiro lugar, o caminho para cumprimento de condições mais

benéficas ao trabalhador não pode ficar refém à uma distorção teleológica das normas, e, sim, ter sempre como base os Direitos e Garantias individuais, clausula petrificada em nossa Constituição no artigo 60, inc. IV, onde deverá ter prioridade expressa nas decisões envolvendo qualquer relação contratual, pondo fim a qualquer fragilidade normativa que envolva agressão aos direitos dos trabalhadores.

Proporcionar excessos nas jornadas trabalho é ser conivente com a fadiga, as doenças e os acidentes de trabalho, tais práticas, abarrotam as Varas da Justiça do Trabalho com milhares de reclamações trabalhistas, trazendo transtornos aos empresários, por haver passivos a ser pagos. Quanto aos trabalhadores avulsos, perdem qualidade de vida e frentes de trabalho, pois os empresários, criam mecanismos para salvaguardar seus interesses, pressionando o legislador à intervir com novas leis, sempre para garantir seus lucros, assim, vira um círculo vicioso e, consequentemente quem sai perdendo? os “trabalhadores”.

4. DESAFIOS AOS TRABALHADORES

Como vimos, em determinadas épocas houveram situações que trouxeram algumas consequências aos trabalhadores influenciadas pelo contexto econômico, político e social do capitalismo globalizado. Esse mundo competitivo e tecnologicamente dinâmico proporciona vantagens aos meios de produção e consumo, consequentemente, haverá à necessidade de profissionais qualificados para atuarem nesse mercado cada vez mais exigente e dinâmico. Entretanto, existem determinadas características predominantes nesse mundo globalizado que se articulam de modo diferenciado onde existe uma prevalência, na percepção de Santos (2002, p. 76) “a prevalência do princípio do mercado sobre o princípio do Estado, financeirização da economia mundial, a total subordinação dos interesses do trabalho aos interesses do capital” determinam os pontos controvertidos dessa globalização. Nessa seara, o trabalhador portuário avulso terá que se submeter a um sistema de formação e qualificação da força de trabalho capaz de capacita-lo ao nível de desenvolvimento de Sistemas para Estocagem e Expedição de Materiais, Carregadores e Descarregadores de Navios Contínuos e Descontínuos, *container Crane, portainers* com controle eletrônico de comandos, na qual, os portos e as operações portuárias estão se modernizando no intuito de proporcionar eficientemente o menor e mais rápido tempo de estadia das embarcações durante as operações portuárias.

Para melhor esclarecer a necessidade de qualificação dos trabalhadores que operam o carregamento e o descarregamento dos navios, de forma simplificada, existe três tipos de contrato mais utilizados entre os armadores e os exportadores/importadores: *Charter party* (por período definido); *Time charter* (a Casco nu); *Voyage* (por viagem), pois bem, dentro desses

contratos muitos estipulam regras e penalidades referentes as operações portuárias, bem como, o tempo de deslocamento e a entrega das mercadorias. Acontece que quando existe avarias nas cargas ou no costado das embarcações - por falta de qualificação no manuseio dos equipamentos - os trabalhadores avulsos responsáveis nunca responde por elas e sim o seguro dos contratos estipulados acima, isso significa, quando existe o *Despache* o transportador ganha um bônus por antecipar a entrega das mercadorias no porto destino, quando existe um *Demurage*, conseqüentemente, o navio fica *off hired* (fora de contrato), todas as despesas de estadia e demora na entrega das mercadorias no porto destino, ficarão sem cobertura do seguro, sendo assim, multa diária - dependendo do contrato - na média de 50 mil Dólares Americanos, esse é um dos motivos que trazem os empresários atuantes nas TUPs treinarem e contratarem seus próprios trabalhadores para atuarem nas suas operações portuárias, renegando os treinados pelo *OGMO*, contrariando o rodizio de trabalhadores avulsos estabelecido em lei.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Essas mudanças são irreversíveis aos trabalhadores, principalmente quando o mundo e o Brasil enfrentam crises de dimensões à proporcionar milhões de desempregados em quase todos os setores das economias de mercado. Não basta apenas: chorar pelas perdas, nem pelo leite derramado, é preciso transformar essas adversidades em prosperidades, esse será o maior desafio às classes das categorias laborais avulsas no atual mundo dinâmico cada vez mais capitalista e globalizado.

Contudo, temos que estabelecer a necessidade do *OGMO* deixar de ser um mero gestor de mão de obra manipulado pelos operadores portuários no intuito de fazer corriqueiramente a organização cadastral dos rodízios e, ser mais participativo nos treinamentos e na profissionalização dos trabalhadores às novas tecnologias. Com relação a intervenção do Estado, provou-se que estamos em déficit de bons profissionais técnicos atuante na linha de produção industrial e de serviços em geral, cabe ao Estado facilitar a criação de novos cursos técnicos superior nas instituições de ensinos, provendo cotas aos trabalhadores sindicalizados nas áreas carentes, visando suprir essas necessidades ao mercado. E por fim os sindicatos, esses devem estar sempre defendendo os interesses dos seus sindicalizados, entretanto, também terá que adaptar-se as novas regras do mercado, modernizando-se no intuito de resguardar os interesses das categorias de forma à prevenir e proteger a continuidade dos serviços pelos trabalhadores avulsos no mercado da atividade portuária para não ficar refém das mazelas do capital especulativo, predador e cruel.

REFERÊNCIAS

Agência de Transportes Aquaviário. Disponível em: <http://www.antaq.gov.br/portal/Institucional.asp>. Acesso em: 10 de agosto 2016.

BAGNOLI, Vicente. **Direito e Poder Econômico: Os Limites Jurídicos do Imperialismo frente aos Limites Econômicos da Soberania**, Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

BOLTANSKI, Luc; CHIAPELLO Ève. **O novo espírito do capitalismo**, São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

BRASIL **Decreto n. 1.574**, de 31 de julho de 1995. Promulga a convenção n° 137, da Organização Internacional do Trabalho, sobre as Repercussões Sociais dos Novos Métodos de Manipulação de Cargas nos Portos, assinada em Genebra, em 27 de junho de 1973.

BRASIL **Lei n. 4.860**, de 26 de novembro de 1965. Dispõe sobre o regime de trabalho nos portos organizados, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em 12 de julho 2016.

BRASIL. **Lei n. 8.630**, de 25 de fevereiro de 1993. Dispõe sobre o regime jurídico da exploração dos portos organizados e das instalações portuárias e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em 12 de julho 2016.

BRASIL. **Lei n. 12.815**, de 05 de junho de 2013. Dispõe sobre a exploração direta e indireta pela união de portos e instalações e sobre as atividades desempenhadas pelos operadores portuários. Disponível em: http://legislacao.planalto.gov.br/legisla/legislacao.nsf/Viw_Identificacao/lei%2012.815-2013?OpenDocument. Acesso em: 10 de julho 2016.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, promulgada em 5 de outubro de 1988, com as Emendas Constitucionais e as Emendas Constitucionais de Revisão posteriores. Brasília: Senado Federal, 1988.

BRASIL. Ministério do Trabalho e Emprego – MTE. **Manual do trabalho portuário e ementário**, Brasília: MTE, SIT, 2001.

BRASIL. Ministério do Trabalho e Emprego. **Manual do trabalho portuário e ementário**. Brasília: Ministério do Trabalho e Emprego – MTE, SIT, 2008. p. 11. Disponível em: <http://www.prt7.mpt.gov.br> . Acesso em: 04 maio 2009.

CARRION, Valentin. **Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho**. 28 ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2003.

CARVALHO, Francisco Edivar. Trabalho portuário a partir do novo marco regulatório instituído pela Lei n° 12.815/13. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 18, n. 3712, 30 ago. 2013 . Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/25182>>. Acesso em: 3 jan. 2014.

CARVALHO, Francisco Edivar. **Trabalho Portuário Avulso. Antes e depois da Lei de Modernização dos Portos**. São Paulo: Ltr, 2005.

Conselho Superior do Trabalho Marítimo. Disponível em: <http://www.mte.gov.br/institucional/historia.asp> . Acesso em: 22 abr. 2008.

CRUZ, Paulo Márcio. Notas sobre a regulação e intervenção do Estado. In: CASTRO JUNIOR, Osvaldo Agripino de; PASOLD, Cesar Luiz (coord.), **Direito Portuário e Desenvolvimento**. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 275-299.

Decisões do TST sobre trabalho portuário “TST-RR-173/1999-006-17-00, 4º turma, Relator Ministro Ives Gandra da Silva Martins Filho, DJ – 07/02/2003. Disponível em: <http://www.tst.jus.br/>. Acesso em: 21 de junho 2009.

GUEDES NETO, Antônio Duarte. **Apontamentos de crítica jus econômica do trabalho**. Minas Gerais: Revista da Faculdade de Direito Universidade Federal de Minas Gerais, 2013. p. 12.

HARVEY, David. **A condição pós-moderna**. Uma pesquisa sobre as origens da mudança cultural. São Paulo: Loyola, 1993. p. 307.

Índice de Desenvolvimento Humano brasileiro. Disponível em: <http://oglobo.globo.com/economia/o-que-o-idh-18280276>. Acesso em: 10 de agosto 2016.

NOVO MARCO regulatório atrairá investimentos privados em larga escala para os portos. **Jornal Agora**, 4/09/2013. Disponível em: <http://www.jornalagora.com.br/site/content/noticias/detalhe.php?e=8&n=48314>. Acesso em 28/08/2016.

OLIVEIRA, Carlos Tavares de. **Modernização dos portos**. 4. ed. São Paulo: Lex, 2006.

ONU – Organização das Nações Unidas. **Os objetivos da ONU**. Disponível em: <https://www.un.org>. Acesso em: 30 de junho 2016.

PASOLD, Cesar Luiz. **Lições preliminares de direito portuário**. Florianópolis: Conceito Ed., 2007.

SANTOS NETO, Arnaldo Bastos; VENTILARI, Paulo Sérgio Xavier. **O trabalho portuário e a modernização dos portos**. Curitiba: Juruá, 2000. p. 15.

SANTOS, Boaventura de Souza. **A Globalização e as Ciências Sociais**, 2. Ed., São Paulo: Cortez, 2002.

Secretarias Especial dos Portos. Disponível em: <http://www.portosdobrasil.gov.br/assuntos-1/sistema-portuario-nacional>. Acesso em: 14 de agosto 2016.

Secretaria de Comercio Exterior. Disponível em: <http://portal.siscomex.gov.br/legislacao/orgaos/secretaria-de-comercio-externor-sececx>. Acesso em: 15 de agosto 2016.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 28. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

SILVEIRA, Cláudia Maria Toledo. **Direito econômico e Cidadania**. Disponível em <https://jus.com.br/artigos/80/direito-economico-e-cidadania> Acesso em: 16/05/2008

SOUSA, Rainer Gonçalves. **Governo de Luiz Inácio Lula da Silva**: Brasil Escola. Disponível em <<http://brasilecola.uol.com.br/historiab/governo-luis-inacio-lula-da-silva.htm>>. Acesso em: 19 jan. 2016.

STEIN, Alex Sandro. **Curso de Direito portuário**: Lei nº 8630/93. São Paulo: LTr, 2002.

VILLELA, Gustavo. **Plano Collor Confiscou a poupança, e Brasil mergulhou na hiperinflação**, Rio de Janeiro: O Globo, 1990. Disponível em: <http://acervo.oglobo.globo.com/fatos-historicos/plano-collor-confiscou-poupanca-brasil-mergulhou-na-hiperinflacao-15610534>. Acesso em: 19 jan. 2016.