

A RELAÇÃO DE EMPREGO DOS AVULSOS PORTUÁRIOS

Washington Luiz da Trindade^()*

1. Parecer:

A preocupação da Consulente é a respeito do trabalho de estiva em terminal privativo, localizado na área do porto organizado, aumentando a sua dúvida quanto à imposição do regime anterior à Lei 8.630/93 pelos sindicatos de avulsos, já decorridos quase três anos do novo sistema portuário, no Brasil.

Basicamente, a Consulente quer saber se poderá utilizar mão-de-obra própria nas operações de embarque e desembarque. Em seguida quer saber quais as chances de uma autorização judicial para o uso de outro meio para a movimentação da carga, sem submissão ao esquema anterior, conforme as estipulações da Sunamam, considerando a escusa do Sindicato em negociar. Corolariamente, pergunta se o Sindicato das Estivas têm razão, ao impor a norma antiga da Sunaman. Quer também informar-se de algum tipo de procedimento para melhorar as condições de manuseio das cargas em face dos custos elevados. Consulta, finalmente, se existe algo preventivo que seja aconselhado, atentamente ao fato de que não existe acordo ou ajuste com os sindicatos, situação que embasa ao ente sindical negar-se à negociação.

2. Considerações preliminares:

O complexo navio-porto, na judiciosa observação de Elson Gottschalk, reflete certa densidade estatal no trabalho marítimo e portuário, fazendo-o semi-público (atto di nazionalità) que resiste a uma flexibilização, como a que foi preconizada e instituída pela Lei 8.630/93. Notadamente, a resistência se faz em razão de arraigados costumes, traduzindo um contingente de trabalhadores portuários afetados de modos de ser e de agir

^(*) *Washington Luiz da Trindade, Juiz Togado do TRT, 5ª Região (aposentado), Professor Adj. IV da UFBA (aposentado), Docente Livre de Economia Política da UFBA, membro da Academia Nacional de Direito do Trabalho.*

que atingem índices elevados de resitência às mudanças que, afinal, movem o desenvolvimento social e econômico.

A difícil transição do sistema instituído e os resíduos deixados pelo velho arcabouço demolido pela Lei 8.630/93 não se completam sem trauma, sem cirurgia, portadores de cicatrizes.

Dá a intensa atividade da OIT e suas bem pensadas Convenções e Recomendações (C-137 e R-145) no sentido de evitar o radicalismo das mudanças legislativas em relação ao pessoal de trabalho portuário, recomendando o aproveitamento dos contingentes treinados (milícia privada) de homens com habilidade e profissionalismo, aplicados nos espaços marítimos dos navios e dos portos.

Concomitantemente aos esforços da OIT, observa-se igual tendência nas recomendações da OMI (Organização Marítima Internacional), no sentido de preservar tais contingentes de homens do mar, equipagens e guarnições de navios, igualmente treinados e habilitados ao complexo navio-porto, através de regras internacionais sobre esse intercâmbio de homens que se completam na faina da atracação, do embarque, do desembarque, em frente às normas adotadas mundialmente (cf. “Normes du travail dans les navires marchands”, BIT, Genève, 1990). Nos dias que testemunhamos, observa-se a busca de um Direito do Trabalho menos editado pelo Estado, tentando novas “fórmulas de procura” mais compatíveis com as mutações sociais e econômicas, estas a exigirem uma juridificação das relações industriais respirando e existindo fora do Estado.

Escritores modernos, como Mario Rusciano, Gino Giugni, Umberto Carabelli, Jack Barbash, mostram como está sendo operada a demolição das relações de trabalho estatais por outras regras flexíveis, extra-institucionais, alcançadas pela negociação coletiva ou pela solução da autotutela coletiva do Trabalho.

Em meio a essa ebulição de regras jurídicas e fórmulas de procura, de teorias e experimentos sociais, sinalizando uma transição, aparece entre nós a Lei 8.630/93 que “implodiu os dois mais antigos monopólios... Um representado pela estatização da exploração dos portos; outro, pela estrutura sindical que se impôs e com o conluio parcial das autoridades e da própria sociedade” (cf. Wilen Manteli, in “O Novo Sistema Portuário Brasileiro”, de José Martins Catarino, 1994, Ed. Destaque).

O próprio ilustre professor, que há tanto tempo estuda as relações laborais nos portos e navios, ao lado do autor deste artigo, de Roberto Rangel e o renomado Arnaldo Sussekind, observa com autoridade: “Não se trata de lei alterando a caótica legislação anterior, nem a consolidou. Pelo contrário, é radicalmente revogatória e, por isso, inovadora. Instituiu um novo sistema portuário: outro regime legal, radicalmente distinto do anterior” (op. cit. p. 3).

O gosto demonstrado pela antítese ao sistema anterior, não logrou o ideal da síntese perfeita, que não regula o trabalho portuário, definindo direitos e obrigações ou, pelo menos, aclarando a natureza das relações do trabalho portuário. Diz apenas, no seu art. 26, que tais relações podem ser de trabalho avulso ou de emprego.

Estamos, realmente, de frente com um Direito novo, já delineado na C-137 e na R-145, ambas de 1973, convertidas em decreto legislativo, no Brasil, em 1993, que não foram desprezadas pela Lei 8.630/93; até porque, na C-137, é significativo que, em sendo necessário, a contratação de mão-de-obra portuária atente para os contingentes matriculados, inscritos nas sociedades ou entidades sindicais de estivadores ou de portuários, para resguardo do mínimo de renda e de períodos de emprego mais frequentes à massa operária de comprovado tirocínio. De sua vez e a cada instante a R-145, alicerçada na C-137, recomenda que o trabalho seja executado conforme “as práticas nacionais”, refletidas na legislação ou que decorram da situação econômica e social do país ou do porto interessado. Vê-se, portanto, que a tônica da mudança, a vertente principal da Lei 8.630/93, integrada ao Decreto-Legislativo 29, de 1993, é a permanente negociação coletiva, como o foro ideal para direitos e obrigações, novas condições de trabalho e de salário, como, de resto, acontece com a experiência internacional. Foi, precisamente, por isso que o legislador não regrou os corolários da relação jurídica de trabalho portuário.

3. Para vencer os obstáculos na resposta à pergunta básica da Consulente, não são pequenas as dificuldades terminológicas da Lei 8.630/93, ao lado de visíveis defeitos de redação. É compreensível a perplexidade de quem lida com um texto inovador, tentando harmonizar seus dispositivos às finalidades do sistema adotado.

Assim é que a Lei visivelmente quer conviver com trabalhadores portuários de reconhecido tirocínio nas fainas de embarque e

desembarque, atracação, amarração e outras que não podem chegar a bom termo, senão com pessoal treinado ou experimentado. O próprio texto legal refere-se a organismo destinado a treinar pessoal, que define a sua finalidade de permitir, como fez no art. 26, que o trabalho portuário fosse “realizado por trabalhadores portuários com vínculo empregatício a prazo indeterminado e por trabalhadores avulsos” (cf. art. 18, inc. III, da Lei 8.630/93).

Preliminarmente, a pergunta da Consultante deve ser respondida com atenção às peculiaridades do trabalho portuário e das exigências da Lei.

Em termos gerais, em se tratando de terminal privativo, a própria Lei dispensou a intervenção do operador portuário, na forma das restrições firmadas no art. 8º, § 1º da Lei. Afastadas as restrições impostas à contratação de trabalhador portuário para serviços de capatazia, estiva, conferência de carga, conserto de carga, bloco e vigilância de embarcações, há que obedecer ao traçado do art. 26 e seu parágrafo único da Lei. Das seis espécies descritas no "caput" do citado artigo, quatro admitem a contratação com vínculo empregatício, mediante a imperativa condição de que “exclusivamente dentre os trabalhadores portuários avulsos registrados”.

Entende-se o objetivo da Lei, posto que estiva, conferência e conserto de carga e vigilância de embarcações são atividades que demandam tirocínio e profissionalismo. As duas atividades restantes, trabalhadores de bloco e de capatazia, admitem a alternativa de serem realizadas ora por trabalhadores portuários avulsos, ora por trabalhadores portuários com vínculo empregatício.

O que decididamente ressalta da intenção do legislador é a circunstância de que, dentre os registrados ou cadastrados, na forma do art. 18, inc. II, da Lei, pode travar-se relação subordinada de trabalho ou vínculo empregatício, posto que a exigência da sindicalização foi demolida no referido art. 26 e “declarado o óbito da corporação sindical de mão-de-obra substituída pelo Operador Portuário e pelo órgão gestor” (v. Catharino, p. 18).

Verdade é que restaram vestígios da corporação de ofício de estivadores e assemelhados, quando se tornou imperativa (“será feita”), no art. 26, parágrafo único, a contratação dentre os avulsos registrados. Assim, o

órgão gestor está obrigado a fornecer o elenco de avulsos cadastrados para que, dentre eles, se avence contrato de emprego.

A expressão “mão-de-obra própria” não se ajusta à pessoa livremente recrutada e estranha ao porto organizado. Tanto é assim que a Lei proibiu, no art. 45, que fosse tomada, mesmo pelo operador portuário, mão-de-obra locada sob regime de trabalho temporário da Lei 6.019/74 ou “leasing” de serviço.

3.1. Na hipótese de relação de emprego nos limites observados neste item, ter-se-á que sopesar os custos econômicos e sociais da escolha, principalmente, ao optar pela solução sugerida, definir, em instrumento coletivo, as condições de trabalho e de salário, consideradas as circunstâncias de recusa do sindicato ou associação que congrega trabalhadores avulsos em negociar tais condições, na forma do § 1º, do art. 617, in fine, da CLT, conotado ao disposto nos arts. 611 e seus parágrafos e 616 da mesma CLT.

É pré-requisito do disposto na referida parte in fine do § 1º, do art. 617, da CLT, que haja a prova de troca de correspondência, com aviso de recebimento, entre os órgãos sindicais, nos termos rigorosos dos dispositivos citados. A recusa do sindicato, associação representativa da categoria, cooperativa de trabalhadores ou órgão sindical superior é que, devidamente provada, autoriza a aplicação do citado art. 617, § 1º, da CLT.

Já obtive sucesso em aconselhamento de empresa metalúrgica do Polo Industrial de Camaçari, Bahia, em realizar contrato coletivo entre a empresa interessada e o grupo de empregados da categoria, cujo sindicato recusava-se a negociar.

3.2. A solução aventada parte da certeza de que não há mais, depois da Lei 8.630/93, o avulso sindical, membro de uma corporação de ofício monopolizadora da prestação de serviço de estiva e assemelhados, mas, simplesmente, avulsos cadastrados ou registrados em cooperativa (art. 17) ou qualquer outra forma jurídica de associação ou sociedade que congregue trabalhadores portuários. É própria da atividade portuária a relação de trabalho avulsa, como se depreende dos arts. 18, incs. de I a VI; 19, “caput”, inc. V e §§ 1º a 3º; 20, 21, 26, 56, 57, 58, 59, 60 e 67. Ainda que mais numerosos que os empregados, os avulsos recrutados para o trabalho portuário com vínculo empregatício podem, por fracionamento da entidade

principal, constituir outra entidade ou cooperativa de espécie nova, ou seja, cooperativa de avulsos com relação de emprego.

Os contratos, na forma da Lei, são por tempo indeterminado, mas nada impede, nos termos da CLT, que o empregador utilize, inicialmente, contrato preparatório ou provisório de experiência, ou “prova de tirocínio”, avaliando o desempenho e a qualidade do servidor (v. do autor do parecer “A natureza jurídica do contrato de experiência”, in Suplemento Trabalhista da Ltr, ano XXIV, nº 4, 1988).

Observe-se que a “prova” ou tirocínio poderá ser dispensada, se, dos avulsos cadastrados, já houver plena certeza do seu tirocínio e de sua qualidade de trabalho.

3.3. Finalmente, sobre o ponto enfocado de relação contratual de emprego, o art. 21 trata da cessão de trabalhador portuário avulso pelo órgão gestor da mão-de-obra ao operador portuário. Neste caso, o cedido passa a ser empregado do cessionário, sendo impossível a relação contratual de trabalho subordinado entre o gestor da mão-de-obra e o trabalhador portuário. Não é o caso de quem pretender operar embarque e desembarque com mão-de-obra própria.

A questão toca de perto com um problema de economia informal, resultante da relação entre escassez e abundância de trabalho portuário, criando contingentes disponíveis e a elevação das tarifas portuárias. Essa oferta de mão-de-obra acaba criando uma hierarquia entre trabalhadores, gerando inevitável exploração de uns por outros. O fenômeno corresponde a uma fatalidade a que fugir não pode o ser humano de, em podendo explorar outrem, deixar de fazê-lo...

Daí ser possível o tomador do serviço, ao operador portuário, solicitar listagem de trabalhadores que livremente queiram vincular-se pelo emprego, evitando a “dependência” de fato a outros da mesma categoria.

Ainda que o art. 21 tenha uma norma facultativa (“pode ceder”), o mecanismo protetivo do nosso sistema jurídico permite, até mesmo judicialmente, exigir a listagem dos avulsos registrados para a oferta de emprego nos limites já abordados neste item.

Do contrário, o hermetismo corporativo anterior à Lei 8.630/93 estaria sobre-vivo, permitindo a exploração de trabalhadores por trabalhadores ou associações de trabalhadores que, apesar da Lei, continuariam regendo, ao seu modo, as relações de trabalho portuário. O fenômeno, que é ainda objeto de observação pelos juristas, terminaria pela sobrevivência de textos revogados, mas na prática, produzindo efeito na Ordem Jurídica violada. O inesquecível prof. Orlando Gomes chamava, a esse fenômeno de sobrevivência de leis ou regras jurídicas de sistemas abolidos, de “ultratividade” das leis. Dava, a propósito, como exemplo de ultratividade, a trajetória da estrutura corporativista dos sindicatos nas Constituições democráticas desde 1946 até o limiar da C.F. de 1988.

4. Esta ultratividade espelha-se nos casos concretos num esquema anterior de leis e normas revogadas e de submissão a tarifas e tabelas da sobrepassada Sunamam na movimentação da carga nos portos privativos.

Dir-se-á que, à falta de negociação coletiva preconizada na Lei em vigor, deu-se a ressurreição de ultrapassados critérios de pagamento dos serviços em desacordo com outros portos do País que pacificaram as relações de trabalho portuário por via de negociação, de acordos coletivos, de convenções coletivas. A informação colhida na Consulta é de recusa dos sindicatos em promover o meio legal do novo sistema portuário. Todavia, os sindicatos ou o sindicato podem alegar a inexistência de tratativa para qualquer acordo coletivo ou negociação das condições de trabalho e salários. A julgar pela Consulta, as escusas para negociar partem do Sindicato respectivo.

Em qualquer situação, o caso concreto requer a prova dessa recusa.

A primeira sugestão seria a de uma troca de correspondência com aviso de recebimento, pelos Correios, ou através de carta devidamente registrada no Cartório de Títulos e Documentos com entrega devidamente certificada pelo Oficial do Registro.

Sem sucesso a providência sugerida, avançar-se-ia para um procediemeto cautelar, ainda gracioso, através de uma justificação, prevista no art. 861 e segs. do CPC em vigor, ou, ainda, a medida do art. 867 e segs. do mesmo CPC.

4.1. Convém observar que o recurso à via judicial, a par dos riscos inerentes ao processo, depende de circunstâncias e acontecimentos que, à vista da situação real, indica o caminho a seguir.

Em muitas ocasiões é indispensável o planejamento da lide, a “estratégia” a seguir, recomendando o meio adequado. Daí a necessidade de prevenir lacunas e falhas probatórias que preparam e acautelam a ação. Poderá ocorrer um impasse no cumprimento da Lei em vigor, atribuído ao Sindicato que se recusa a negociar. Esta circunstância é premissa maior que precisa ficar fora de dúvida.

Provada a sua existência, a violação frontal da Lei e da Constituição (CF-88, art. 8º, art. 114 e seus parágrafos) poderá justificar medida cautelar para o acesso da tomadora dos serviços portuários aos registros de avulsos e a possibilidade de contratação com vínculo empregatício, se a tanto não se dispuser a cooperativa de trabalhadores e seu órgão gestor de mão-de-obra utilizar a faculdade do art. 21 já examinada.

A medida cautelar seria inominada, preparatória e satisfativa no tocante à tutela da pretensão de adequar-se aos ditames da Lei e ter tratamento idêntico ao que se dá com outros portos já enquadrados no sistema em vigor, abstando-se de pagar os serviços pelos critérios da sobrepassada Sunamam.

A ação principal seria a de consignação em pagamento do vencido e do vincendo, na forma da Lei 8.951, de dezembro de 1994, *congemina* ao Código Civil, art. 973.

O CPC conhece duas espécies de consignação em pagamento judicial, a que prevista no art. 890 e a extrajudicial, no § 1º do mesmo art. 890 dito Código.

Os seus pressupostos estão no CC, art. 973 e seus incisos. A hipótese mais viável é a do inc. I, do art 973, do CC, que fala em recusa do credor em receber e dar quitação, na devida forma legal, ou seja, mediante a negociação prevista na Lei 8.630. A possibilidade de ser invocado o inc. V, do art 973 do CC depende de como o pagamento deixa ser feito pela forma antiga, das tabelas da Sunamam, porque, assim, pende litígio sobre o objeto do pagamento.

Convém observar o procedimento e seus prazos, que são os estabelecidos na Lei 8.951/94 (cf. Coqueijo Costa, “Direito Processual do Trabalho”, atualizado pelo autor, Ed. Forense, 1995).

5. Medida de alcance intermediário seria a da arbitragem.

Dir-se-á que a Lei tratou da arbitragem como recurso em “caso de impasse” nas decisões da Comissão Paritária (art. 23) ou em caso de impasse no órgão gestor. Daí o art. 23, § 1º, haver prescrito que, em caso de impasse, em razão de empate, as partes devem (é imperativo) recorrer à arbitragem de “ofertas finais”.

A primeira impressão é a de que o legislador só admitiu a arbitragem para desatar questão interna do órgão gestor. Contudo, a intenção legiferante visou dar mais eficiência às “ofertas finais” dos impasses ocorridos, tanto que conferiu-lhe força normativa, independentemente de homologação judicial (§ 3º, art. 22). Não proibiu nem excluiu o processo de arbitragem como solução judicial para conflitos de interesses estranhos ao órgão gestor já referido. Aliás, não poderia fazê-lo, frente a CF-88 que acenou à arbitragem como fórmula de pacificação de conflitos laborais.

Em sentido amplo, portanto, a arbitragem, prevista, no Cód. Comercial, pelo Código Civil e pelo CPC, pode ser subsidiariamente adotada como fórmula de apaziguamento entre partes desavindas. Neste caso, o laudo, para ser executado, depende de homologação judicial, ou seja, depende de verificação de legalidade do seu conteúdo por autoridade judicial (Cód. Civ. art 1.045 e CPC, art. 1.097, combinado com o art. 584, III, do mesmo CPC).

Trata-se, pois, de um tipo de arbitragem que o prof. Amauri Mascaro Nascimento qualifica de arbitragem privada, facultativa, como “prévia tentativa à instauração de dissídio coletivo” (cf. “Arbitragem e Mediação”, em Synthesis, p. 44, 19/94, S. Paulo).

A arbitragem, como meio antigo e até tradicional em nosso Direito para solução de divergências, poderá aproximar e conciliar interesses das partes insatisfeitas com as regras atuais de convivência. Ademais, em nenhum momento de nossa jurisprudência laboral rejeitou-se a arbitragem como fórmula conciliatória dos conflitos, de igual acontecendo com a mediação. Não seria, pois, o Direito do Trabalho Portuário que fecharia as portas ao processo do juízo arbitral, tão comum na experiência estrangeira.

6. Frente ao art. 643 da CLT e do art. 114 da CF-88 fica indubitoso que o dissídio coletivo pode ser lembrado como um meio eficaz de solução de conflitos e divergências entre pessoas jurídicas que operam categorias e apresentam ou materializam “vínculos sociais básicos).

No caso, não só os entes cooperativados ou sindicais ou, ainda, as associações de trabalhadores estão legitimados para o dissídio coletivo, como, igualmente os entes coletivos que operam a categoria de patrões que contratam serviços portuários, tais como as associações de armadores ou a associação de terminais privativos portuários ou na hipótese de sindicato específico da categoria econômica atuante na área do porto organizado.

A CF/88 foi clara no tocante a que compete à Justiça do Trabalho dirimir tais conflitos, frente à recusa do sindicato para a negociação. Poder-se-ia alegar que as cooperativas ou entes agregadores de trabalhadores portuários avulsos não seriam legitimados para a instauração do dissídio coletivo.

A Lei 8.630/93 não extinguiu os avulsos, acabou com os entes sindicais corporativos. Desde a Lei 7.494/86, que alterou a art. 643 da CLT, que os dissídios oriundos de relações com trabalhadores avulsos e seus tomadores de serviço, tornam a competência da Justiça do Trabalho indubitosa.

O prof. José Martins Catharino é terminante: “Litígio relativo à relação de trabalho avulso portuário, seja qual for o tomador de serviço, continua sendo a JT” (op. cit. p. 47).

A legislação correlata à CLT (Lei 605/49; Lei 4.266/63; Lei 5.085/66), textos relativos à gratificação natalina e FGTS, bem como a legislação previdenciária fazem referência aos avulsos, especialmente aos avulsos portuários, porque em termos de avulsidade, verificam-se em todas as formas e espécies os elementos da relação empregatícia larvada ou imprópria, relação parassubordinada, que justifica a competência da Justiça do Trabalho.

De sorte que, versando questão entre associação ou cooperativa de avulsos e entes sindicais ou associativos dos receptores dos serviços portuários, a relação jurídico-processual está legitimada, forçando a conciliação como prévia indispensável à solução do conflito ou da divergência.

Seria, sem dúvida, meio eficaz para forçar o confronto entre os interessados do serviço portuário, seja pela conciliação preliminar no dissídio coletivo, seja pelo julgamento, que cria cláusulas preceituais que passam a vigorar com a chancela da Soberania Nacional.

7. Dentre outros meios preventivos ou outros procedimentos para solucionar o impasse merece ser lembrada a mediação. O sistema brasileiro de mediação supõe a interferência de uma autoridade pública, realizada pelo MTbA, nos termos da CLT (art. 616, §§ 1º e 2º e Port. do MT nº 3.097, de 1988).

A mediação é um processo oficial, geralmente usado nos dissídios coletivos e em alguns casos de dissídios individuais. Se o mediador não alcança o acordo, encaminha o expediente ao TRT, que observa os trâmites já tratados no item anterior.

8. Outras providências e meios judiciais podem ser lembrados sem as mesmas chances dos que foram apontados em itens anteriores.

O mandado de segurança coletivo ("class action") previsto na CF-88, art. 5º, inc. LXX, letra "b", pode ser intentado por qualquer entidade sindical na defesa de direitos de categoria e violação de texto constitucional ou legal, no caso específico da Lei 8.630, cuja índole mostra um só caminho a perلustrar: o da permanente negociação das condições de trabalho e dos salários.

9. Finalmente, dadas as circunstâncias e a evolução dos fatos que estão atritando as categorias econômica e profissional, bem assim o caráter semipúblico das relações de trabalho nos portos, em frente aos nossos compromissos internacionais e à defesa da ordem pública, pela obediência às leis, ainda será de bom alvitre apontar a ação civil pública, prevista na CF-88, art. 129, inc. III e inc. IX, combinados com o art. 127 e § 1º, do citado art. 129, todos da CF-88.

Não só interesses difusos, que são feridos reflexamente pelo desatendimento dos critérios preconizados na Lei, como a defesa da ordem jurídica em geral convertem-se em alvo certo da ultratividade de velhos arcabouços já revogados e práticas que restauram, de fato, textos legais sepultados pelo novo sistema implantado. Só por só, tais circunstâncias justificam a ação civil pública.

10. Pelo exposto, as conclusões da pesquisa levam, resumidamente, às seguintes respostas:

a) A utilização da mão-de-obra própria será possível nos limites e nos termos apontados.

b) As chances de uma solução judicial dependem das circunstâncias e da evolução dos acontecimentos, justificando a utilização dos procedimentos recomendados.

c) A aplicação de estipulações da Sunamam infringe a índole e a letra da Lei 8.630/93.

Na recusa do Sindicato em negociar, foram indicados os procedimentos a serem usados.

d) Dentre os meios legais para melhorar as condições de trabalho nos portos foram indicados os meios de apelo à ordem jurídica que hão de repor os interessados na rota da negociação, evitando os custos elevados e a contravenção ao diploma específico do sistema de trabalho.

e) Meios preventivos foram apontados e aconselhados antes que se tenha de recorrer à cirurgia judicial, sempre arriscada e penosa para os interessados.