

A IGUALDADE DE DIREITOS ENTRE TRABALHADOR PORTUÁRIO AVULSO E TRABALHADOR COM VÍNCULO PERMANENTE¹

Roberto Vieira de Almeida Rezende²

1. INTRODUÇÃO

Na formação dos paradigmas do Direito do Trabalho, a prestação de trabalho avulso, sem contrato de trabalho nos moldes da lei trabalhista, sempre foi vista como uma exceção, o que provocou a distinção doutrinária clássica entre os direitos do trabalhador avulso e do trabalhador com vínculo permanente.

A modificação das condições socioeconômicas redundou na modificação dos modelos tradicionais de contratação no mercado de trabalho e revolucionaram a distinção entre a gama de direitos trabalhistas aplicáveis ao trabalho avulso e ao trabalho com vínculo de emprego. Assim, desde a Constituição Federal de 1988, houve a consagração da igualdade de direitos entre o trabalhador avulso e o trabalhador com vínculo empregatício, conforme previsão do seu art. 7º, inciso XXXIV.

Entretanto, passados quase vinte anos da promulgação da Carta Magna, a questão da igualdade de direitos entre essas duas modalidades de trabalhadores ainda suscita fortes debates na doutrina e na jurisprudência.

Diante da celeuma existente no campo das idéias, este pequeno estudo tem por objetivo analisar as razões que levaram o legislador constituinte originário a promover a igualdade de direitos entre o trabalhador avulso e o trabalhador empregado e verificar se tal equiparação é total ou encontra limites para sua aplicação. Obviamente, não se tem a pretensão de esgotar o tema ou mesmo de dar solução definitiva aos problemas que ele suscita na vida prática, mas apenas de se contribuir para o debate.

Desta maneira, partir-se-á do estudo da formação dos antigos e novos paradigmas do direito do trabalho para se extrair qual o motivo que conduziu o constituinte à consagração da igualdade de direitos entre o trabalhador avulso e permanente dentro o rol dos direitos sociais.

A seguir, analisar-se-á a igualdade de direitos e seus limites, bem como os problemas casuísticos mais comuns como o recebimento de horas extras, adicional de insalubridade, adicional de periculosidade ou adicional de risco portuário pelos trabalhadores avulsos, bem como seu direito às férias e ao vale-transporte.

2. FORMAÇÃO DOS ANTIGOS E NOVOS PARADIGMAS DO DIREITO DO TRABALHO

Não seria possível abordar o tema da igualdade de direitos entre trabalhadores avulsos e trabalhadores empregados sem que se compreenda a formação do paradigma do trabalho com vínculo de emprego na história do direito do trabalho. Somente assim será possível entender como esse modelo se assentou e se pode ser ele aplicado a outras relações de trabalho.

De fato, a lei trabalhista pátria e toda a doutrina tradicional do direito do tra-

¹ Resumo de conferência realizada pelo autor no Seminário de Direito Portuário da Escola da Advocacia-Geral da União, realizado em Brasília, no dia 22.08.2008.

² Roberto Vieira de Almeida Rezende – Juiz Titular da 3ª Vara do Trabalho de Santos, Mestre, Doutor pela Universidade de São Paulo (USP) e Professor Universitário.

balho se constituíram sobre o paradigma do trabalho assalariado com vínculo permanente. Isso se deveu à própria formação histórica do direito do trabalho que, como se sabe, surgiu como uma reação às convulsões sociais que foram engendradas pela Revolução Industrial no final do século XIX.

O incremento da produção fabril, aliado à exacerbação dos princípios liberais antes consagrados pela Revolução Francesa de 1789, conduziu a classe trabalhadora a péssimas condições de vida, o que gerou reações revolucionárias como os movimentos sociais de massa de inspiração anarquista, socialista ou comunista, nas mais diversas vertentes, sem deixar de se apontar a própria doutrina social da Igreja.

As convulsões sociais geradas pelo capitalismo industrial nos seus primórdios foram se avolumando e ameaçavam a própria sobrevivência desse sistema econômico. Assim, para seguir vivendo, o capitalismo industrial, que então dava seus primeiros passos, viu-se obrigado a ceder espaços às reivindicações dos trabalhadores. Ou seja, teve o capitalismo que aceitar que a classe trabalhadora plasmasse no seu ordenamento jurídico direitos de índole social a fim de que a tensão no seio da sociedade entre as duas forças envolvidas no processo produtivo atingisse um certo grau de tolerabilidade. Esta foi a fórmula encontrada pelo capital para que se viabilizasse, em certa medida, a manutenção do *status quo* e pela classe trabalhadora para embutir suas reivindicações na ordem jurídica vigente.

A principal concessão do capitalismo aos trabalhadores foi, sem sombra de dúvida, o direito do trabalho que operasse como sistema de garantias mínimas ao trabalhador na venda de sua força de trabalho por meio do contrato de emprego. A espoliação capitalista foi senão humanizada, abrandada pela chegada de normas que protegiam o trabalhador e, ao mesmo tempo, permitiam a continuidade do sistema capitalista industrial.

Observa-se, desta forma, que o direito do trabalho nasce não apenas voltado para a proteção do trabalhador, mas também dirigido à manutenção da dominação de uma classe sobre outra, típica do modo de produção capitalista.

Cumprе assinalar que, no momento do surgimento do direito do trabalho, o capitalismo é industrial e marcado pela produção em escala, com grande volume de produção voltado a um mercado consumidor mais ou menos restrito e local. Os altos níveis de produção são obtidos pela aplicação de um considerável número de trabalhadores desqualificados que realiza serviços repetitivos em uma esteira rolante, o que permite ao industrial controlar o tempo de execução de cada tarefa e da própria peça fabril.

A estrutura das grandes fábricas acolhia então um trabalhador desqualificado para lhe prestar serviços de forma permanente e perene. A literatura de sociologia do trabalho ao referir-se a tal época frisa que era comum o emprego de vida inteira. Isto é, o trabalhador que passava toda sua vida profissional prestando o mesmo tipo de serviços a um mesmo empregador.

Os primeiros regramentos do trabalho pelo Estado se assentaram justamente sobre esse modelo de produção que reclamava o vínculo permanente entre o trabalhador e o empreendedor. Era o modelo do capitalismo industrial incipiente.

Portanto, o paradigma da construção da regulamentação do contrato de trabalho foi a relação de trabalho duradoura, de trato sucessivo e continuada.

A Consolidação das Leis do Trabalho foi concebida sobre esse modelo e isso explica por que, no seu art. 442, ela equipara a relação de trabalho à relação de em-

prego, fazendo clara exaltação do vínculo de emprego como o trabalho que, de fato, despertava o interesse social.

Essa redação do art. 442 da Consolidação das Leis do Trabalho levou os doutrinadores e os membros dos tribunais trabalhistas a uma linha interpretativa que excluía do seu campo de incidência todas as formas de trabalho que não estivessem marcadas por uma razoável duração do vínculo entre o trabalhador e o empreendedor.

Via de conseqüência, o trabalhador cuja relação com o tomador de serviços não se subsumisse com perfeição aos requisitos do contrato de trabalho extraídos dos artigos 2º e 3º da Consolidação das Leis do Trabalho, não poderia ser titular de direitos previstos neste diploma legal. A tônica jurisprudencial e doutrinária era no sentido de que somente o trabalhador com vínculo permanente poderia ser beneficiário dos direitos postos na Consolidação.

Por conta disso, os requisitos do contrato individual de trabalho e sua apuração casuística assumiram extrema importância para determinar a aplicação ou não da Consolidação das Leis do Trabalho a uma determinada relação de trabalho.

Ausente a subordinação, havia trabalho autônomo. Ausente a habitualidade, havia trabalho eventual ou mesmo avulso. Todas essas formas não protegidas pelo texto consolidado.

O sistema legal e esse viés interpretativo tradicional funcionaram perfeitamente enquanto as relações de trabalho no mundo capitalista permaneceram jungidas aos modelos ou paradigmas clássicos da produção industrial. Um direito do trabalho formado para atender ao capitalismo industrial tinha perfeita harmonia com a sociedade que vivia sob esse sistema socioeconômico. Entretanto, a evolução do capitalismo industrial, com a sua transformação em capitalismo mercantil-financeiro, a partir da segunda metade do século XX, provocou a paulatina desestabilização desse perfeito casamento entre a lei trabalhista e os fatos sociais.

Afinal, após a Segunda Guerra Mundial, a aplicação de novas tecnologias permitiu que a indústria pudesse produzir de acordo com a demanda do mercado e em consonância com os volumes de capital, de oferta e de procura existentes, o que gerou a necessidade de revisão dos modelos clássicos de produção. Por conseguinte, o modelo do trabalho permanente, duradouro e perene passa a ser questionado.

Ademais, os novos meios de comunicação propiciam a realização de negociações comerciais e financeiras em escala global, obrigando as grandes empresas a promover adaptações no antigo sistema de produção para enfrentar os novos tempos de maior competitividade.

O trabalho com vínculo permanente como espinha dorsal do modelo de produção capitalista começa a ser substituído por outras formas de trabalho não dotadas muitas vezes dos mesmos requisitos da relação de emprego. Surgem novos paradigmas no mundo do trabalho que escapam à apreensão do viés interpretativo jurisprudencial e doutrinário clássicos, como o trabalho à distância, o teletrabalho, o trabalho de consultoria, onde há uma mitigação do parâmetro tradicional de subordinação jurídica e dificulta ao exegeta o enquadramento da situação aos moldes previstos legalmente.

Esta nova realidade hoje constitui o maior desafio dos estudiosos do direito do trabalho. Há aqueles que se prendem aos modelos antigos e apregoam que todas as novas formas de trabalho constituem tentativa de fraudar a lei trabalhista, fechando-se à introdução de quaisquer modificações no sistema legal vigente. No entanto, esta não pa-

rece ser a solução mais razoável, pois, se a doutrina não se permitir recriar o direito do trabalho para que este atenda aos novos paradigmas sociais contribuirá apenas para que ele se transforme em um conjunto de normas obsoletas e dissociadas da realidade que pretende conformar. Assim, o futuro do direito do trabalho reclama estudos sérios no sentido de se encontrar mecanismos que permitam estender a proteção anteriormente restrita aos trabalhadores com vínculo permanente aos trabalhadores que não ostentam essa qualidade. Se o futuro é dos teletrabalhadores, dos trabalhadores à distância, dos consultores, o direito do trabalho tem que pensar em como trazer suas relações de trabalho para seu âmbito de incidência, sem as clássicas – e por vezes forçadas – interpretações de fraude à lei trabalhista.

Sem dúvida, o legislador constituinte de 1988, intuindo a nova realidade que tomaria conta das relações de trabalho ditadas pela substituição do capitalismo industrial pelo capitalismo mercantil-financeiro em escala global, decidiu dotar os operadores do direito do trabalho de poderoso instrumento para garantir direitos trabalhistas mesmo àqueles que não detêm um vínculo direto e permanente com os empreendedores. Assim, previu a igualdade de direitos entre trabalhadores com vínculo permanente e trabalhadores avulsos, plasmando-a dentre os direitos sociais no art. 7º, inciso XXXIV da Constituição da República.

Como se vê, este preceito constitucional terá fundamental relevância para qualquer discussão acerca dos tempos vindouros do direito do trabalho. Entretanto, este trabalho tem por escopo estudá-lo somente em relação ao trabalhador portuário avulso e sua equiparação ao trabalhador com vínculo permanente.

3. A IGUALDADE DE DIREITOS E SEUS LIMITES

Grande foi a sensibilidade do legislador constituinte ao prever a regra do inciso XXXIV do art. 7º da Constituição Federal que reza que dentre os direitos dos trabalhadores urbanos e rurais está garantida a igualdade de direitos entre o trabalhador com vínculo permanente e o trabalhador avulso.

Resta perquirir se esta igualdade de direitos foi prevista como uma igualdade ampla ou como uma igualdade restrita unicamente aos direitos sociais arrolados na própria Constituição.

Uma análise, ainda que perfunctória do texto constitucional, através da interpretação sistêmica, não permite senão afirmar que o legislador constituinte pretendeu uma equiparação ampla entre os direitos de ambos trabalhadores.

O disposto no inciso XXXIV do art. 7º da Constituição da República, ao se referir ao trabalhador avulso em relação ao trabalhador com vínculo permanente, não fez qualquer restrição, não apontando que aquele teria direito apenas aos benefícios previstos na própria norma constitucional para o trabalhador empregado. Aliás, não haveria lógica no dispositivo caso se entendesse que ele somente estendeu direitos constitucionalmente consagrados para o trabalhador com vínculo permanente, pois, quando o legislador constituinte pretendeu fazê-lo em relação a outras categorias, foi claro e incisivo no sentido de apontar expressa e taxativamente quais e de que índole eram os direitos estendidos. Cite-se, como exemplo, o caso dos trabalhadores domésticos: o parágrafo único do art. 7º da Constituição Federal diz expressamente quais os direitos estendidos à categoria, referindo-se expressamente àqueles previstos nos incisos IV, VI, VIII, XV, XVII, XVIII, XIX, XXI e XXIV e à sua integração ao sistema de seguridade social.

Já com relação ao trabalhador avulso, o preceito constitucional (inciso XXXIV do art. 7º) não arrolou taxativamente direitos, o que não pode conduzir o intérprete a outra conclusão senão de que houve clara intenção de estender todos os direitos do trabalhador com vínculo permanente ao trabalhador avulso, o que importa dizer tanto os direitos sociais constitucionalmente previstos como também aqueles previstos na legislação infraconstitucional.

Embora a igualdade de direitos seja ampla, evidentemente o exegeta não pode perder de vista que há direitos previstos para o trabalho com vínculo permanente que são incompatíveis com a índole do trabalho avulso. Direitos existem para o trabalhador com vínculo permanente que, se aplicados ao trabalhador avulso, fariam com que este perdesse essa condição. Ora, o legislador constituinte não pretendeu extinguir o trabalho avulso, caso contrário não adotaria sequer a distinção nominal entre esta modalidade de trabalho e aquela com vínculo permanente. Portanto, qualquer interpretação tem que considerar a existência de duas formas diferentes de trabalho: avulso e vinculado.

Deste modo, para aplicação da ampla igualdade de direitos constitucionalmente prevista, o intérprete terá sempre que verificar a existência de compatibilidade entre o direito reivindicado pelo trabalhador e a natureza do trabalho avulso.

Sem dúvida, há direitos previstos na Consolidação das Leis do Trabalho e na legislação trabalhista complementar que não se coadunam com a forma pela qual se desenvolve o trabalho portuário avulso. Exemplo disso é o aviso prévio, previsto tanto na Constituição Federal (art. 7º, XXI) quanto no texto consolidado (art. 487), que prevêem que o empregador deverá comunicar ao empregado com trinta dias de antecedência sua intenção de romper o vínculo de emprego. Ora, no trabalho avulso, as partes já têm prévio conhecimento do momento em que se extinguirá a prestação dos serviços e a relação jurídica entre ambas. Portanto, o pré-aviso é totalmente dispensável e incompatível com a natureza do trabalho avulso.

Outro exemplo claro de incompatibilidade seria a indenização de 40% sobre a totalidade dos depósitos fundiários na ruptura do contrato de trabalho por iniciativa do empregador (art. 10, inciso I, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias). No trabalho avulso, a ruptura é inerente à prestação dos serviços e não parte da iniciativa patronal, mas da própria forma como se desenvolve a relação entre as partes. Logo, não haveria lógica na aplicação da multa fundiária em favor do trabalhador.

Diante do exposto, o que se pode afirmar é que, embora o art. 7º, inciso XXXIV, da Constituição da República tenha previsto uma ampla igualdade de direitos, esta é limitada por um imperativo de compatibilidade entre os direitos do trabalhador com vínculo permanente e o trabalhador avulso.

4. REGIME DE JORNADA DE TRABALHO DO PORTUÁRIO AVULSO

Prevê a Constituição da República, no seu art. 7º, incisos XIII e XIV, da duração normal do trabalho e a jornada a ser observada nos turnos ininterruptos de revezamento.

No primeiro caso, a norma constitucional estabelece uma jornada de trabalho de oito horas e uma carga semanal máxima de quarenta e quatro horas, facultada a compensação de horários e redução da jornada, mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho.

Já no segundo caso, a Constituição determina que, no trabalho realizado em turnos ininterruptos de revezamento, a carga máxima de trabalho diária não pode ultrapassar as seis horas, salvo previsões diversas oriundas de negociação coletiva.

Não bastassem as previsões da Carta Suprema a respeito da duração do trabalho, a Consolidação das Leis do Trabalho também regula a matéria, afirmando, no seu artigo 58 que a duração normal do trabalho é a de oito horas diárias e acrescenta a necessidade de intervalo durante sua execução, quando esta for superior a quatro horas (art. 71).

Importa, pois, perquirir se o trabalhador portuário avulso estaria sujeito à aplicação das limitações de jornada de trabalho e dos intervalos previstos na Constituição Federal e no texto consolidado e se, conseqüentemente, faria jus ao recebimento de horas extras quando da realização de dobras de turnos, nos casos previstos em lei.

O trabalho dos portuários avulsos é marcado por uma peculiaridade que não pode ser afastada na interpretação da igualdade de direitos em relação à jornada de trabalho, qual seja: o trabalhador avulso somente concorre à escalação e ao engajamento se quiser. Logo, não há obrigatoriedade de cumprimento nem mesmo de uma jornada de trabalho ordinária ou de um módulo hebdomadário normal ou ainda carga máxima ou mínima de trabalho mensal, nos moldes da Lei nº 8.630/93.

Sendo assim, não há razão para o pagamento de horas extras ao trabalhador avulso mesmo quando realizar as dobras de turno, pois estas somente ocorrerão se este resolver se apresentar à escala. Ademais, imperioso ponderar que a dobra poderá ser feita junto a operador portuário distinto daquele onde se realizou a prestação de serviços durante o primeiro turno de trabalho. Portanto, os responsáveis pelos pagamentos dos valores ao Ogmo - Órgão Gestor de Mão-de-Obra do Trabalho Portuário do Porto Organizado, para repasse ao trabalhador portuário avulso seriam distintos e se cometeria a injustiça de obrigar a pagar a hora normal acrescida do adicional de horas extras àquele que não foi o tomador de serviços durante a jornada normal de trabalho.

Ademais, qualquer raciocínio em sentido diverso importaria obrigatoriamente negar a condição de trabalhador avulso, pois reclamaria o reconhecimento de obrigação de concorrer à escalação, o que implica subordinação típica do contrato de trabalho vinculado.

Vale observar ainda que o art. 29 da Lei nº 8.630/93 determina que remuneração, a definição das funções, a composição dos ternos e as demais condições do trabalho avulso portuário serão sempre objeto de negociação coletiva. Desta forma, se houver previsão convencional de pagamento de horas extras, haverá então essa possibilidade, já que a Lei de Modernização dos Portos autoriza a fixação de regras específicas sobre pagamento de sobrejornada pela via negociada.

Por fim, mister ressaltar que a fixação de jornadas de trabalho ou turnos de trabalho na área do porto organizado incumbe à Administração do Porto, nos moldes do art. 33, § 1º, inciso XV da Lei nº 8.630/93. Demais disto, de acordo com os artigos 5º e 8º da Lei nº 9.719/98, devem os trabalhadores ser escalados em sistema de rodízio, com observância do intervalo mínimo de onze horas entre dois turnos de trabalho, salvo as exceções eventualmente previstas em normas coletivas.

5. FÉRIAS DO TRABALHADOR PORTUÁRIO AVULSO

A Constituição Federal e a Consolidação das Leis do Trabalho prevêem como direito do trabalhador com vínculo permanente a concessão de trinta dias de férias anuais remuneradas com o acréscimo de um terço do valor dos vencimentos normais. O prazo para concessão das férias é de doze meses, contados a partir do fim do período aquisitivo, conforme previsão do art. 134 do texto consolidado. A extrapolação desse prazo pelo empregador faz com que este incorra na penalidade de pagamento em dobro do valor da remuneração das férias e respectivo terço, consoante estabelecido no art. 137 da Consolidação.

O trabalhador avulso tem direito ao recebimento de férias na forma de lei específica sobre a matéria (Lei nº 5.085/66) e de seu decreto regulamentador (Decreto nº 80.271/77). Incontestável que a igualdade de direitos prevista constitucionalmente trouxe ao trabalhador o direito à percepção da remuneração de férias com o acréscimo de um terço.

Contudo, parece ser impossível reconhecer que o trabalhador portuário avulso teria direito à aplicação das regras dos artigos 134 e 137 da Consolidação das Leis do Trabalho por força da equiparação constitucional ao trabalhador com vínculo permanente (art. 7º, inciso XXXIV, da CF). Afinal, além da existência da legislação especial sobre as férias do trabalhador portuário avulso, nota-se que há incompatibilidade entre a forma de desenvolvimento de seu trabalho e a aplicação do regime geral de férias.

Como se sabe, o trabalhador portuário avulso não detém um liame permanente de trabalho, o que redundaria no fato de que seus períodos anuais de descanso não são fixados pelo Ogmo - Órgão Gestor de Mão-de-Obra do Trabalho Portuário do Porto Organizado e tampouco pelos operadores portuários tomadores de serviços. É o próprio trabalhador avulso que fixa seus períodos anuais de descanso, deixando simplesmente de se apresentar à escalação.

Logo, diante das peculiaridades do trabalho avulso, não fica a cargo do Ogmo - Órgão Gestor de Mão-de-Obra do Trabalho Portuário do Porto Organizado a fixação de qualquer período concessivo, de modo que é impossível lhe imputar qualquer responsabilidade pelo pagamento das férias em dobro quando estas não são efetivamente gozadas pelo trabalhador avulso.

6. ADICIONAIS DE INSALUBRIDADE, PERICULOSIDADE E RISCO PORTUÁRIO

O trabalho avulso pode comportar a presença de condições insalubres e também perigosas. Nestes casos, apurada a existência das condições prejudiciais de trabalho, não há outra possibilidade senão reconhecer ao trabalhador o direito à percepção dos adicionais legais, observada, no entanto, a impossibilidade de sua cumulação.

Questão bastante importante é perquirir a respeito da aplicação do adicional de risco portuário ao trabalhador avulso.

O art. 14 da Lei nº 4.860/65 previu o recebimento do referido adicional a fim de remunerar os riscos relativos à insalubridade, periculosidade e outros porventura existentes, no percentual de 40% (quarenta por cento) que incidirá sobre o valor do salário-hora ordinário do período diurno e substituiria todos aqueles que, com sentido ou caráter idêntico, vinham sendo pagos aos trabalhadores portuários. Contudo, a Lei nº 4.860/65 se dirige exclusivamente aos trabalhadores com vínculo permanente, ligados por um contrato

de trabalho à Administração dos Portos.

Desta maneira, por aplicação do princípio hermenêutico segundo o qual a norma especial tem aplicação restrita, torna-se impossível estender unicamente com base no art. 7º, inciso XXXIV, da Constituição Federal o adicional de risco ao trabalhador portuário avulso, vez que este não se encontra vinculado à Administração Portuária.

Entretanto, cumpre assinalar que, por força da previsão do art. 29 da Lei nº 8.630/93, que remete à negociação coletiva a remuneração e as condições de trabalho do portuário avulso, parece que seria possível apenas por essa via a extensão do adicional de risco portuário a este tipo de trabalhador.

Como se vê, a Lei nº 4.860/65 previu a possibilidade de pagamento de um adicional de risco de 40% sobre o salário-hora pago pela Administração dos Portos a seus empregados em substituição a qualquer outro adicional com sentido ou caráter idêntico.

Desta feita, a percepção do adicional de risco pelos trabalhadores portuários avulsos é possível tão-somente nos termos do art. 29 da Lei nº 8.630/93. Somente havendo norma coletiva que a remuneração do avulso poderá incluir a remuneração dos riscos na forma do art. 14 da Lei nº 4.860/65. Afinal, a Lei nº 8.630/93, em seu art. 29 adotou as modernas tendências do Direito do Trabalho e pretendeu prestigiar a ação sindical e as formas de autocomposição das categorias profissionais e econômicas que atuam nos Portos Organizados.

7. VALE-TRANSPORTE

Diante da igualdade de direitos prevista constitucionalmente, afigura-se plenamente viável a aplicação ao trabalhador avulso das regras constantes da Lei nº 7.418/85 sempre que há efetiva prestação de serviços.

Note-se que, em virtude da exigência de cumprimento da jornada de trabalho para recebimento do vale-transporte, na forma do art. 1º da Lei nº 7.418/85, não será possível ao trabalhador avulso cobrar o título quando compareceu ao Ogmo - Órgão Gestor de Mão-de-Obra do Trabalho Portuário do Porto Organizado - apenas para concorrer à escalação e não obteve trabalho. Equivale dizer que o vale-transporte, como atualmente previsto pela legislação brasileira, é para a prestação do trabalho e não para buscar trabalho junto às paredes.

De qualquer forma, o pagamento do vale-transporte está condicionado ao desconto de 6% a que se refere o art. 4º da Lei nº 7.418/85 e o inciso I, do art. 9º do Decreto nº 95.246/87.

8. PRESCRIÇÃO EXTINTIVA DOS DIREITOS TRABALHISTAS DO AVULSO

Questão bastante controvertida tanto na doutrina quanto na jurisprudência é a da aplicação dos prazos prescricionais do art. 7º, inciso XXIX da Constituição da República aos trabalhadores portuários avulsos.

Duas são as correntes sobre a matéria.

A primeira delas afirma que é aplicável aos trabalhadores portuários avulsos apenas a prescrição bienal extintiva do direito de ação. Para os adeptos desta linha de pensamento, cada prestação de serviços do trabalhador portuário avulso a um operador

do Porto Organizado configura algo semelhante a um contrato de trabalho, de sorte que a partir do término de cada engajamento, passaria a ser contado um prazo prescricional extintivo, nos moldes do art. 7º, inciso XXIX da Constituição Federal. Em outras palavras: a única prescrição a ser considerada seria a bienal e poderia ser contada a partir do término de cada prestação de serviços a cada operador portuário. Neste diapasão, um trabalhador portuário avulso teria correndo contra si diversos prazos prescricionais extintivos a partir de cada evento de trabalho.

Para os adeptos da corrente oposta, a única prescrição aplicável ao trabalhador avulso seria a quinquenal. Afinal, o trabalhador avulso não detém um vínculo permanente com qualquer tomador de serviços e a Constituição da República, no seu art. 7º, inciso XXIX é expressa no sentido de que a prescrição bienal e extintiva do direito de ação somente pode ser contada a partir do fim de uma relação de emprego, isto é, do término do contrato de trabalho. Se para o trabalhador avulso não existe contrato de trabalho típico, não há como se fixar um marco inicial para contagem do biênio constitucional. Ou seja, não é possível aplicar a prescrição bienal, porquanto não há efetiva cessação de um contrato individual de trabalho, o que é exigência do art. 7º, inciso XXIX, da Constituição Federal. Por consequência, ao trabalhador portuário avulso somente pode ser aplicada a prescrição quinquenal.

De fato, a segunda posição parece ser a mais correta. A Carta Magna não deixa dúvida de que a prescrição bienal é instituto que só pode ser contado a partir do final de um contrato de trabalho típico, o que não se verifica com o trabalhador avulso. Nota-se, neste caso, que há uma incompatibilidade entre a forma de desenvolvimento do trabalho avulso e a aplicação da prescrição bienal. Cuida-se, pois, de hipótese na qual esta incompatibilidade milita de forma favorável ao trabalhador avulso que sofrerá apenas os efeitos da prescrição quinquenal.
