

**UNIVERSIDADE DO EXTREMO SUL CATARINENSE – UNESC
CURSO DE DIREITO**

ROSEMERE DA SILVA DO NASCIMENTO GONÇALVES

**ASPECTOS DOUTRINÁRIOS E JURISPRUDENCIAIS
CARACTERIZADORES DO RECONHECIMENTO DE VÍNCULO
EMPREGATÍCIO DOS MÉDICOS QUE PRESTAM SERVIÇO
AUTÔNOMO NO SETOR HOSPITALAR.**

CRICIÚMA (SC), JUNHO DE 2011.

ROSEMERE DA SILVA DO NASCIMENTO GONÇALVES

**ASPECTOS DOUTRINÁRIOS E JURISPRUDENCIAIS
CARACTERIZADORES DO RECONHECIMENTO DE VÍNCULO
EMPREGATÍCIO DOS MÉDICOS QUE PRESTAM SERVIÇO
AUTÔNOMO NO SETOR HOSPITALAR.**

Trabalho de Conclusão de Curso, apresentado para obtenção do grau de Bacharel no Curso de Direito da Universidade do Extremo Sul Catarinense, UNESC.

Orientadora: Prof. Márcia Andréia Schultz Lírio Piazza.

CRICIÚMA (SC), JUNHO DE 2011.

ROSEMERE DA SILVA DO NASCIMENTO GONÇALVES

**ASPECTOS DOUTRINÁRIOS E JURISPRUDENCIAIS
CARACTERIZADORES DO RECONHECIMENTO DE VÍNCULO
EMPREGATÍCIO DOS MÉDICOS QUE PRESTAM SERVIÇO
AUTÔNOMO NO SETOR HOSPITALAR.**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado para obtenção do Grau de Bacharel, no Curso de Direito da Universidade do Extremo Sul Catarinense, UNESC, com Linha de Pesquisa em Direito do Trabalho.

Criciúma – SC, 28 de junho de 2011.

BANCA EXAMINADORA

Prof^a. Esp. Márcia Andréia Schultz Lírio Piazza - Orientadora

Prof^a. Esp. Morgana Cardozo de Farias – 1^a Examinadora

Prof^a. Esp. Rosangela Del Moro – 2^a Examinadora

DEDICATÓRIA

Dedico esta monografia à pessoa que em nenhum momento mediu esforços para realização dos meus sonhos, que me guiou pelos caminhos corretos, me ensinou a fazer as melhores escolhas, me mostrou que amor e respeito à família são essenciais à vida e que devemos sempre lutar pelo que queremos. A ele devo a pessoa que me tornei, sou extremamente feliz e tenho muito orgulho por ele ser meu esposo. Te amo Marcelo.

AGRADECIMENTOS

Agradeço em primeiro lugar a Deus, pela vida e por ter iluminado o meu caminho durante esta caminhada.

Gostaria de agradecer ao Hospital Regional de Araranguá, que através da FUCRI contribuiu com a minha formação, fornecendo a bolsa funcionário.

Agradeço também ao meu esposo, Marcelo, que de forma especial e cortês me deu força e coragem, me apoiando nos momentos de dificuldades,

Ao meu filho Ruan, que amo incondicionalmente, quero agradecer por ter me proporcionado momentos de alegria e distração quando os sentimentos negativos me cingiram.

E não deixando de agradecer de forma imponente à meus pais, José e Adelir, a quem eu rogo todas as noites a minha existência.

À “Dona Fátima”, minha sogra, pela generosidade e prestatividade dedicadas a mim ao longo da minha formação.

A enfermeira Ana Paula, pessoa fundamental na minha vida, pessoa que me forneceu tudo o que sei sobre amizade e trabalho em equipe, sem deixar de mencionar minha admiração pela sua força e determinação.

Ao meu colega Eduardo, pela oportunidade profissional a mim ofertada, pela flexibilidade e compreensão que se fizeram necessárias nesta jornada final de minha formação e pelos ensinamentos adquiridos através dele.

À minha colega de trabalho, Fran, por compreender minhas ausências e também, por compartilhar alegrias e tristezas no dia a dia de nossa convivência.

À minha Orientadora, professora Marcia A. S. L.Piazza, pela confiança depositada e por ter me conduzido de forma atenciosa para a realização do presente trabalho.

A todos que direta ou indiretamente contribuíram para conclusão desta monografia.

“Deixem que o futuro diga a verdade e avalie cada um de acordo com o seu trabalho e realizações. O presente pertence a eles, mas o futuro pelo qual eu sempre trabalhei pertence a mim.”
Nikola Tesla

RESUMO

Ao profissional médico é atribuída a relação de trabalho de forma autônoma. A prestação de serviços desse profissional ao setor hospitalar pode ser reconhecida como relação de emprego se caracterizado o vínculo pelo preenchimento dos requisitos elencados no artigo 3º da CLT. O cooperativismo de trabalho médico e a constituição de pessoa jurídica por estes, são as formas de contratação que melhor atraem seus empregadores devido ao fato de que não há protecionismo trabalhista nestas modalidades de contrato de trabalho. Diante disto, está monografia, sedimentada no método dedutivo, tem por finalidade a exposição do entendimento dos Tribunais acerca do tema, visando esclarecer a possibilidade do reconhecimento do trabalho médico como relação de emprego.

Palavras-chave: trabalho médico, setor hospitalar, requisitos caracterizadores do vínculo empregatício, relação de emprego.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

CF – Constituição Federal

CLT – Consolidação das leis do trabalho

EC – Emenda Constitucional

TRT – Tribunal Regional do Trabalho

CRM – Conselho Regional de Medicina

CNM – Conselho Nacional de Medicina

MTE – Ministério do Trabalho e emprego

CTPS – Carteira de Trabalho e Previdência Social

FGTS – Fundo de Garantia por Tempo de Serviço

TST – Tribunal Superior do Trabalho

RT – Reclamatória Trabalhista

RO – Recurso Ordinário

Rel – Relator

CREMESP – Conselho Regional de Medicina de São Paulo

PRT – Procurador Regional do Trabalho

SUMÁRIO

1 – INTRODUÇÃO	9
2 – O INSTITUTO DO DIREITO DO TRABALHO NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA: UM ESTUDO SOBRE A RELAÇÃO DE TRABALHO.....	11
2.1 – Origem da relação de trabalho	11
2.2 – Das relações de trabalho.....	15
2.3 – Normatização das Relações de Trabalho.....	20
3 – DO VÍNCULO EMPREGATÍCIO	28
3.1 – Requisitos caracterizadores do vínculo empregatício	28
3.2 – Conceito e abrangência do requisito da não eventualidade.....	32
3.3 – Definições acerca da subordinação e pessoalidade na relação de trabalho....	35
4 – POSSIBILIDADE DE EXISTÊNCIA DE VÍNCULO EMPREGATÍCIO DE MÉDICOS AUTÔNOMOS PRESTADORES DE SERVIÇOS NO SETOR HOSPITALAR.....	43
4.1 – A relação de trabalho médico.....	43
4.2 – O preenchimento dos requisitos caracterizadores de vínculo empregatício presente na relação de trabalho entre os médicos e o setor hospitalar.	48
4.3 – Entendimento jurisprudencial da relação do trabalho médico.	51
5. CONCLUSÃO	59
REFERÊNCIAS.....	61
ANEXO I.....	66
ANEXO II.....	74
ANEXO III.....	80
ANEXO IV	87

1 – INTRODUÇÃO

O trabalho, em sua essência, mesmo antes da remuneração pecuniária, desde os primórdios da humanidade é fundamental a subsistência desta. No início o labor fornecia seus benefícios de forma direta ao homem, que criava apenas em proveito próprio. Em momento não muito distante o trabalho foi explorado em forma de escravidão.

Em decorrência das evoluções mundiais o trabalho também sofreu relevantes alterações, o que despertou a atenção do direito em regular as relações trabalhistas, visando melhores condições aos trabalhadores, considerados parte frágil nas relações de emprego. E diz-se “de emprego” devido à distinção feita entre estes (empregados) e os trabalhadores, os quais não são dotados do mesmo protecionismo.

As relações de trabalho, por não receberem a proteção legal de que são dotadas as relações de emprego, acabaram por ser a preferência dos empregadores, que sempre que possível contratam serviços autônomos ou terceirizados, a fim de escusa dos direitos trabalhista, pois as relações independentes não geram vínculo entre os contratantes.

Os profissionais autônomos, especificamente o profissional estudado no presente trabalho, o médico, que por seu labor gerar custos altos a seus empregadores, mesmo quando da existência de vínculo, acabam não sendo reconhecidos como empregados, tendo que ficar as margens das interpretações diversas das legislações existentes.

A exigência dos empregadores para que os médicos constituam pessoa jurídica e a vinculação desses profissionais à cooperativa de trabalho médico, são realidades atuais que surgiram com intuito de contratação sem vínculo de emprego.

A justiça do trabalho recentemente obteve a competência para julgar os casos de relação de trabalho, quando a discussão for concernente a relações de emprego, deixando a critério de o trabalhador reclamar a existência de vínculo, independente do que for acordado no contrato de trabalho, desde que presente os requisitos caracterizadores do vínculo empregatício, quais sejam: continuidade, pessoalidade, subordinação e onerosidade. É necessário para que seja reconhecido um trabalhador como empregado, que haja a coexistência desses requisitos.

Os julgados acerca da caracterização do vínculo empregatício tem demonstrado interpretações diversas acerca do trabalho médico prestado aos setores hospitalares, seja relacionado com a aplicação dos requisitos a cada caso concreto, seja acerca do reconhecimento das fraudes para burlar a caracterização da relação de emprego.

Para tanto, se desenvolveu esta monografia em três capítulos. No primeiro capítulo cuida-se da histórica evolução do trabalho, bem como da sua posterior subdivisão e, por conseguinte, a normatização das mesmas. No segundo capítulo pode se analisar o conceito de cada requisito caracterizador do vínculo de emprego, bem como suas particularidades. Por fim, no terceiro capítulo é vislumbrada a relação de trabalho médico, demonstrando a aplicabilidade dos requisitos presentes nas relações de emprego nas relações de trabalho médico, bem como o posicionamento dos Tribunais do Trabalho acerca do reconhecimento do médico como empregado nos serviços prestados em hospitais.

Neste viés, a metodologia utilizada para a realização desta monografia sedimenta-se no método dedutivo. Isto, através de pesquisas bibliográficas consistente em livros, artigos científicos, jurisprudências e legislação pátria.

2 – O INSTITUTO DO DIREITO DO TRABALHO NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA: UM ESTUDO SOBRE A RELAÇÃO DE TRABALHO.

2.1 – Origem da relação de trabalho

O homem, desde a pré-história, sempre teve que prover suas necessidades através do trabalho, mas no princípio o trabalho tinha fins específicos. Os instrumentos de defesa, a agricultura e a pecuária eram desempenhados com o intuito apenas de subsistência própria. Desta forma, o homem trabalhava para si.

Mas, cabe aqui, o esclarecimento da origem da relação onde o homem subordinava-se ao trabalho, ou seja, o trabalho a partir da relação de subordinação em benefício de um terceiro.

O trabalho surgiu muito anteriormente às normas que deram origem ao direito do trabalho, sendo que este teve seu maior desenvolvimento com o advento da Revolução Industrial, dentre outros eventos históricos que marcaram a evolução dos direitos dos trabalhadores. Já a relação de trabalho em si, ou seja, o esforço físico desempenhado pelo ser humano em favor de um terceiro tem sua existência relacionada à escravidão e ao castigo. (MARTINS, 2005, p. 37)

A relação da origem do trabalho com o castigo fica evidente ao esclarecer o significado da palavra trabalho, que vem do latim *tripaliu*, que significa um instrumento de tortura com três paus ou uma canga que pesava sobre os animais. Esse sentido dado ao trabalho perdurou por toda a antiguidade e esta forma pejorativa estendeu-se aos demais trabalhadores, como os camponeses, artesãos, pedreiros, e a todas as demais categorias de trabalho que exigia força física. (MARTINS, 2005, p. 37)

Segundo Martins a Bíblia Sagrada já considerava o trabalho como um castigo, sendo que “ Adão teve que trabalhar para comer em razão de ter comido a maçã proibida” (2008, p. 3). E dessa forma o trabalho teve por muito tempo uma imagem negativa que se manteve por quase toda a Idade Média.

A escravidão foi uma forma de trabalho que predominou durante muito tempo e sua origem se deu com o resultado de conflitos entre civilizações, pois os prisioneiros de guerra eram mais úteis vivos e assim, eram mantidos como escravos

e tinham sua mão de obra explorada. Os escravos eram considerados apenas um objeto, não tendo retribuição pelo trabalho realizado.

Segundo Martins:

Os escravos não eram considerados sujeitos de direitos, pois era propriedade do *dominus*. (...) o trabalho do escravo continuava no tempo, até de modo indefinido, ou mais precisamente até o momento em que o escravo vivesse ou deixasse de ter essa condição. (2008, p. 4)

Como cita o autor, eles eram tratados como objetos que tinham apenas um dever, que era de trabalhar, sendo que nada recebiam em troca disto, pois seus proprietários tinham apenas que mantê-los íntegros para que lhes servissem, fornecendo aos serviçais, somente o que fosse trivial para a sobrevivência.

Para os grandes filósofos gregos, Platão e Aristóteles, o trabalho braçal tirava a dignidade do homem, sendo que para eles a realização pessoal de um homem residia na sua participação nos assuntos intelectuais da comunidade, como por exemplo, a política (MARTINS, p 4).

Com o surgimento do feudalismo nasceu uma nova relação de trabalho que era a servidão, onde os senhores feudais mantinham os servos em seus territórios para exploração da mão de obra em suas terras e em troca lhes fornecia proteção política e militar, além do uso da terra. Esses servos tinham a obrigação de se manter nas terras em que se encontravam, mesmo que o feudo mudasse de senhor, proprietário das terras. (MARTINS, 2005, p. 38)

Ainda neste período os escravos existiam e a maior diferença entre eles e os servos era que estes tinham direito sobre sua vida, já o escravo podia ser morto pelo amo. Assim afirma Camino (2004, p. 29)

No final da Idade Média surgiram as Corporações de Ofício, onde predominava a hierarquia do mestre sobre o aprendiz. Somente num terceiro momento surgiu uma nova classe que eram os companheiros (CAMINO, 2004, p. 29).

Martins (2005, p. 38) afirma que para ingressar nas corporações de ofício era necessário passar pela condição de aprendiz, sendo que para isso os pais pagavam caro e enquanto nesta situação, nada recebiam. Os aprendizes ingressavam nas corporações entre os doze e quatorze anos de idade, porém em alguns países se admitia aprendizes de idade inferior a esta.

A jornada de trabalho variava entre doze e quatorze horas por dia, isso até o surgimento do lampião à gás, ocasião em que a jornada passou a ser de até 18 horas diárias. Nesta época várias indústrias passaram a trabalhar no período noturno.

Os companheiros tinham a chance de passar à posição de mestres, mas para isto, tinham que criar uma obra mestra, o que era muito difícil. Os filhos dos mestres não precisavam da criação de tal obra para se tornarem mestre.

Martins cita de que forma se deu o fim das corporações de ofício.

As corporações de ofício foram suprimidas com a Revolução Francesa, em 1789, pois foram consideradas incompatíveis com o ideal de liberdade do homem. Dizia-se, na época, que a liberdade individual repele a existência de corpos intermediários entre indivíduo e Estado. Outras causas da extinção das corporações de ofício foram a liberdade de comércio e o encarecimento dos produtos das corporações. (2008, p. 5)

Desta forma, o Estado passa a importar-se com as condições de trabalho oferecidas pelas corporações e assim, a Revolução Francesa contribuiu com o primeiro passo para a obtenção de humanização em favor dos trabalhadores, demonstrando que o homem precisa viver e interagir com os interesses estatais e não apenas trabalhar (CAMINO, 2004, p. 30).

Até então a relação de trabalho não possuía nenhuma espécie de normatização, sendo que somente com o advento da Revolução Industrial é que começaram a surgir os movimentos e legislações em defesa dos operários das grandes indústrias (DELGADO, 2005, p. 85).

Segundo Martins (2005, p. 39), nesta época houve a transformação do trabalho em emprego, sendo que a necessidade de fixação da relação existente entre os trabalhadores e seus superiores fez com que se desenvolvesse o contrato de trabalho.

Da mesma forma que a Revolução Industrial desenvolveu e gerou muitos empregos, acabou deixando muitos operários desempregados, pois surgiram as grandes invenções, como as máquinas que substituíram o trabalho do homem.

Agora, reduzido o número de trabalhadores, estes tinham que manusear as máquinas e acompanhar sua produção, o que exigia agilidade e extensas horas de trabalho. E a partir de então começaram as reivindicações e movimentos dos trabalhadores, bem como a preocupação do Estado e da Igreja com as condições

humanas em que se encontravam.

Assim, fez-se necessário a intervenção do Estado nestas relações de trabalho para que, através de normas, o trabalho se tornasse mais digno.

Segundo Sússekind,

Reconhecia-se que o dever da prestação do salário não podia se resumir ao pagamento de algumas moedas que, apenas permitissem não morrer rapidamente de fome; que o trabalho excessivo depauperava a saúde do operário e que isso impediria a existência de um povo fisicamente forte; compreendia-se que a velhice, a invalidez e a família do trabalhador deviam ser amparadas, porque ele poderia melhor empregar sua capacidade produtora, tendo a certeza de que, à hora amarga da decrepitude, do infortúnio ou da morte, velava por ele e pelos seus o Estado, através duma legislação protetora (Sússekind, 1993: 42).

Assim, o interesse do Estado na integridade física de seus cidadãos começa a acentuar-se, sendo que agora a preocupação estaria voltada ao trabalhador e a sua família, pois o bem estar do trabalhador ajudaria, inclusive, no melhor desempenho do seu labor. Assim, com a contribuição do Estado, passaram a surgir normas de proteção trabalhista, onde se garantiu direitos aos trabalhadores, que não apenas salário. Passando a reduzir as cláusulas exorbitantes e exploratórias dos contratos de trabalho.

Para Russomano, esta transformação em benefício dos trabalhadores tem seus fatores vinculados, também, aos interesses políticos. Então, o doutrinador, resume a história da relação de trabalho da seguinte forma:

Vindos da época da escravatura, quando a relação de trabalho era relação real, isto é, um vínculo de propriedade sujeitando o trabalhador ao senhor – parecia que atingíamos o ápice quando foi proclamada a libertação do trabalho. A insignificância política e econômica do trabalhador, a princípio, facultou a exploração do mesmo pelos empregadores. Quando se revelou seu poderio eleitoral, quando sua força se multiplicou pela solidariedade de todos os trabalhadores, quando se compreendeu o papel econômico do trabalho no ritmo da produção – ficou patente que a paz coletiva não seria possível e que a Justiça Social não seria alcançada se não se levantasse o nível moral, educacional e material do proletariado, com a alavanca de uma eficiente proteção jurídica. De ‘res’, nas sociedades antigas, o trabalhador passou a objeto de carinhosas preocupações dos estadistas, dos sociólogos, dos legisladores e dos moralistas. (1990, p. 389)

Para o autor, toda a atenção que o Estado voltou para a classe trabalhadora, tinha como objetivo a valorização do ser humano para o conseqüente

fortalecimento da população, estreitando assim os laços Estatais com a comunidade (RUSSOMANO, 1990, p. 389).

O Estado passou a observar que direta ou indiretamente, as condições precárias em que se achava a classe trabalhadora iriam afetar o crescimento político e econômico do país. Daí o surgimento do interesse em elevar a moral dos trabalhadores das grandes indústrias através da proteção jurídica dos trabalhadores.

Observa-se, com isso, que a relação de trabalho atravessou toda a história da humanidade e ainda hoje está em desenvolvimento e aperfeiçoamento. E não tende a parar por aí, pois o trabalho está em constante transformação e assim será sempre em conformidade com as necessidades sociais e o aprimoramento da tecnologia.

2.2 – Das relações de trabalho

Com a evolução da relação de trabalho, surge a necessidade de diferenciação entre as modalidades de trabalhadores, sendo uma delas, a mais comum forma de trabalho da atualidade, também chamada de relação de emprego.

Para uma melhor compreensão do conceito de relação de trabalho, se faz necessário a sua diferenciação com a relação de emprego.

Marques de Lima, Procurador Regional do Trabalho (PRT-7ª Região), trás seu conceito de relação do trabalho de forma sucinta, porém com argumentos suficientes à compreensão que se faz necessária no presente trabalho. Veja-se:

[...] a relação de trabalho engloba a *relação de emprego* acrescida de outras modalidades de prestação de serviço, ou seja, os casos dos trabalhadores não empregados, cujo exemplo mais típico é o dos profissionais liberais, os autônomos, que laboram por conta própria. (Disponível em: <http://www.prt7.mpt.gov.br/artigos>) acesso em 08- fev- 2011).(Grifo no original)

Deste modo, relação de emprego é uma das modalidades da relação de trabalho, sendo que esta engloba também as demais modalidades, como por exemplo, os profissionais liberais, o trabalho doméstico e os trabalhadores autônomos.

Delgado conceitua a relação de trabalho da seguinte forma:

A primeira expressão tem caráter genérico: refere-se a todas as relações jurídicas caracterizadas por terem sua prestação essencial centrada em uma obrigação de fazer consubstanciada em labor humano. Refere-se, pois, a toda modalidade de contratação de trabalho humano modernamente admissível. A expressão relação de trabalho englobaria, desse modo, a relação de emprego, a relação de trabalho autônomo, a relação de trabalho eventual, de trabalho avulso e outras modalidades de pactuação de prestação de labor (como trabalho de estágio, etc.). Traduz, portanto, o gênero a que se acomodam todas as formas de pactuação de prestação de trabalho existentes no mundo jurídico atual. (2005, p. 285, 286)

Assim, é correto também afirmar que relação de emprego é espécie do gênero relação trabalho e cabe aqui conceituar relação de trabalho, identificando suas diversas áreas, inclusive a já citada, relação de emprego.

No dizer de Dallegrave Neto:

Considerando que o conceito de relação de trabalho é aquele que pressupõe qualquer liame jurídico entre dois sujeitos, desde que tendo por objeto a prestação de um serviço, autônomo ou subordinado, não há dúvidas que não só os contratos celetistas estão nele abrangidos, mas também boa parte dos contratos civis e comerciais. (2005, p. 241)

Ainda, segundo Dellagrave Neto (2005, p. 241), as relações entre trabalhador e tomador dos serviços não necessitam estar enquadrados no rol da CLT para que se configurem relações de trabalho, bastando que haja relação jurídica de prestação de serviços para que seja reconhecida como relação de trabalho.

Segundo Delgado:

Todos esses casos de relação de trabalho *lato sensu* são mais ou menos próximos da relação empregatícia; todos esses trabalhadores *lato sensu* tangenciam a figura jurídica do empregado. Mas, inquestionavelmente, todos eles, para o Direito, formam figuras sociojurídicas distintas da empregatícia, com regras, institutos e princípios jurídicos diferenciados regendo sua situação concreta. (2008, p. 322).

Delgado (2008, p. 322) reconhece a similaridade entre a relação de trabalho com a empregatícia, porém o que interessa ao direito do trabalho é o que consta na CLT, cuja qual, dá proteção aos trabalhadores que se enquadrem na relação de emprego, deixando claro o conceito de empregado para que se possam distinguir os trabalhadores protegidos por ela, dizendo que: “Art. 3º - Considera-se

empregado toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário.” (BRASIL, 2011a).

O artigo acima citado trás elementos que diferenciam o empregado celetista dos demais. São eles: pessoa física, que preste serviço de forma não eventual e sob a subordinação do empregador. Esses elementos são essenciais para que o vínculo empregatício seja configurado.

Mais adiante será abordado, detalhadamente sobre cada um desses elementos, porém uma abordagem superficial de alguns detalhes destes elementos será aqui necessária.

O elemento onerosidade, não é atributo exclusivo da relação de emprego, pois se pode identificar em diversas outras relações de trabalho. A relação de trabalho subordinado atípico (trabalho eventual, avulso, temporário, voluntário, dentre outros) é um exemplo em que há o elemento subordinação, porém não se configura como relação de emprego pelo fato contrariar outros elementos que não a compõe (DELGADO, 2005, p.298).

O trabalho doméstico é um exemplo de relação de trabalho onde há vários elementos que caracterizam o vínculo, como por exemplo, a subordinação, a não eventualidade e o pagamento é feito mediante salário. Porém, o que difere esta relação da relação empregatícia está expresso no artigo 1º da Lei nº 5859/72, que diz: “Ao empregado doméstico, assim considerado aquele que presta serviços de natureza contínua e de finalidade não lucrativa à pessoa ou à família no âmbito residencial destas, aplica-se o disposto nesta lei” (BRASIL, 2011f). Ou seja, entende-se que a diferença está na finalidade do trabalho, que não tem relação com lucratividade sobre os serviços prestados.

O trabalho doméstico é a categoria que tem maior semelhança com a relação de emprego, sendo que na lei específica deste profissional encontram-se vários benefícios constantes também na relação de emprego, como salário- mínimo; irreduzibilidade salarial; repouso semanal remunerado; gozo de férias anuais remuneradas com, pelo menos, 1/3 a mais do que o salário normal; licença à gestante, sem prejuízo do emprego e do salário, com duração de 120 dias; licença-paternidade; aviso-prévio; aposentadoria e integração à Previdência Social (BRASIL, 2011f).

Outras categorias de relação de trabalho, como o profissional autônomo, não se subordinam ao tomador do serviço, inclusive sua relação é normatizada pelo

código civil, como os casos de prestação de serviço e de empreitada. Assim, estes profissionais não tem proteção trabalhista.

Neste contexto, afirma Martins:

Isso quer dizer que o trabalhador empregado é dirigido por outrem: o empregador. Se o trabalhador não é dirigido pelo empregador, mas por ele próprio, não se pode falar em empregado, mas em autônomo ou outro tipo de trabalhador. A subordinação é o estado de sujeição em que se coloca o empregado em relação ao empregador, aguardando ou executando ordens. (2008, p. 15)

O autor se refere ao trabalhador autônomo para demonstrar que este profissional, numa relação de trabalho, assume os riscos de sua atividade, sendo que no caso de subordinação, os riscos da atividade econômica são do empregador.

A CLT dá proteção aos trabalhadores que se enquadrem no rol de empregados, sendo que devem conter, na relação, todos os elementos que a caracterizam, pois em algumas relações de trabalho pode se observar a existência desses elementos, mas basta a carência de um deles para que esta relação não tenha o vínculo reconhecido.

Assim é que, conforme leciona Delgado:

[...] a prestação de trabalho pode emergir como uma obrigação de fazer pessoal, mas sem subordinação (trabalho autônomo em geral); como uma obrigação de fazer sem pessoalidade nem subordinação (também trabalho autônomo); como uma obrigação de fazer pessoal e subordinada, mas episódica e esporádica (trabalho eventual). Em todos esses casos, não se configura uma relação de emprego (ou, se quiser, um contrato de emprego). Todos esses casos, portanto, consubstanciam relações jurídicas que não se encontram sob a égide da legislação trabalhista (CLT e leis trabalhistas esparsas). (2005, pág. 287).

No entanto a aplicação do direito com relação a estes profissionais deve ter a devida cautela ao analisar a relação, a fim de evitar equívocos quanto à espécie de relação firmada entre o profissional e o tomador de serviço. Neste contexto, Delgado também afirma que:

Cabe, portanto, ao intérprete e aplicador do direito, reconhecendo os elementos de aproximação das figuras comparadas, hábeis a situá-las em um mesmo gênero conceitual (o do trabalho humano prestado a outrem, onerosamente), identificar-lhes, ao mesmo tempo, a diferença específica, de modo a poder situar, sem equívocos, seu correto posicionamento no universo normativo existente. (2008, p. 322).

Algumas profissões, em geral, são autônomas, porém, isto não impede que haja, na relação firmada, elementos caracterizadores do vínculo empregatício. Para que a relação de trabalho não seja de emprego, deve ser observada a inexistência da subordinação, da pessoalidade e da não eventualidade, conforme o artigo celetista acima citado.

Existem ainda os representantes comerciais, cujos profissionais tem lei específica que regulam sua relação de trabalho, que é a lei 4.886/65. O artigo primeiro desta lei traz o conceito desta relação:

Exerce a representação comercial autônoma a pessoa jurídica ou a pessoa física, sem relação de emprego, que desempenha, em caráter não eventual por conta de uma ou mais pessoas, a mediação para a realização de negócios mercantis, agenciando propostas ou pedidos, para, transmiti-los aos representados, praticando ou não atos relacionados com a execução dos negócios.(BRASIL, 2011e)

A principal característica da representação comercial é que pode ser exercida também por pessoa jurídica. Apesar de constar que a natureza deve ser não eventual, como na relação empregatícia, o próprio conceito dado pelo artigo expressa que esta categoria presta serviço “sem relação de emprego” (BRASIL, 2011e), deixando clara a existência de relação apenas de trabalho.

Anteriormente a reforma do judiciário, se caracterizado o vínculo empregatício de um autônomo, por exemplo, este deveria reclamar na justiça comum, pois sua situação não era permissiva para resolução através da Justiça do Trabalho, porém, a partir da Emenda Constitucional 45/2004, os TRT's tem competência para a resolução, além dos conflitos de relação de emprego, os decorrentes das relações de trabalho.

A emenda conferiu ao texto constitucional, o inciso I, do artigo 114, onde diz que são competência da Justiça do Trabalho "as ações oriundas da relação de trabalho", e o inciso IX "outras controvérsias decorrentes da relação de trabalho" (BRASIL, 2011).

Como se pode observar, a proteção que a CLT dá aos empregados, a partir desta emenda passa a dar também a outros profissionais, que apesar de terem sidos contratados para serviços diversos, acabam mantendo relação de vínculo com o empregador.

A identificação da existência de vínculo é de suma importância para que o trabalhador receba a proteção trabalhista, é equitativo que a Justiça do Trabalho se encarregue de julgar os litígios das diversas relações de trabalho, pois, devido à atividade corriqueira da justiça do trabalho ser justamente sobre os direitos trabalhistas, conseqüentemente terá maior facilidade na identificação da existência do vínculo. (DELGADO, 2005, p. 460).

Com relação às mudanças ocorridas em função da reforma do judiciário, Caluri (2011) afirma:

Com a prestação de serviço informal que impera em nossos meios sociais hodiernos, ante a excessiva carga tributária que assola o País e outros assuntos correlatos polêmicos não objetos aqui de estudo, a Justiça do Trabalho também se modificou para agora apreciar ações diversas, envolvendo a atividade de prestadores autônomos de serviços, tais como: representantes comerciais, advogados, médicos, contadores e demais, desde que desenvolvida a atividade diretamente por pessoa natural.

O autor cita que os profissionais autônomos, médicos, advogados, neste caso, também recebem a proteção da CLT. Caluri (2011) questiona a necessidade de proteção do direito do trabalho para estes profissionais, pois esta proteção justifica-se pelo fato de que o trabalhador é mais vulnerável que o empregador, porém torna-se contraditório o protecionismo com a posição social em que se encontram estes profissionais. (CALURI, 2011)

Desta forma, apesar das diversas legislações que regulam as relações de trabalho, a competência para solucionar conflitos trabalhistas destas é da Justiça do Trabalho. À jurisdição do trabalho foi conferida a tarefa de resolver os litígios que envolvem trabalhadores em sua vida laboral, pois faz parte do cotidiano dela as lides trabalhistas, tornando mais eficaz para apontar a existência do vínculo empregatício em qualquer relação de trabalho.

Com estas informações, a relação de trabalho abrange todas as demais categorias, seja relação de emprego, trabalho autônomo, doméstico, entre outras, cada uma com normatização especial, tendo em comum, um ou alguns elementos e também a justiça do trabalho competente para dirimir os conflitos resultantes de cada uma delas.

2.3 – Normatização das Relações de Trabalho

As relações de trabalho tem legislações distintas, cabendo no presente momento a explanação da forma como são reguladas as principais relações pela legislação brasileira, a iniciar pela principal e mais utilizada relação de trabalho que é a relação empregatícia, regulada pela CLT.

O decreto lei nº 5452 de 1º de maio de 1943, que aprovou a Consolidação das Leis do Trabalho, a CLT, regula as relações de vínculo empregatício e seus artigos foram recepcionados pela Constituição da Republica Federativa do Brasil de 1988, dando maior amparo aos direitos trabalhistas.

No Título dos Direitos e Garantias Fundamentais pode-se encontrar no inciso XIII do artigo 5º, que diz: “ é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer;” (BRASIL, 2011), considerando assim, o trabalho como uma garantia fundamental.

Os direitos sociais tratados no capítulo II da CF/88, o artigo 6º cita, dentre estes direitos, o direito ao trabalho e em seguida o artigo 7º dedica-se exclusivamente às relações empregatícias, sendo que neste artigo encontram-se os direitos já inerentes à CLT, cujos quais foram recepcionados pela lei maior e são eles:

Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

I - relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos de lei complementar, que preverá indenização compensatória, dentre outros direitos;

II - seguro-desemprego, em caso de desemprego involuntário;

III - fundo de garantia do tempo de serviço;

IV - salário mínimo, fixado em lei, nacionalmente unificado, capaz de atender a suas necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, com reajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo, sendo vedada sua vinculação para qualquer fim;

V - piso salarial proporcional à extensão e à complexidade do trabalho;

VI - irredutibilidade do salário, salvo o disposto em convenção ou acordo coletivo;

VII - garantia de salário, nunca inferior ao mínimo, para os que percebem remuneração variável;

VIII - décimo terceiro salário com base na remuneração integral ou no valor da aposentadoria;

IX - remuneração do trabalho noturno superior à do diurno;

X - proteção do salário na forma da lei, constituindo crime sua retenção dolosa;

XI - participação nos lucros, ou resultados, desvinculada da remuneração, e, excepcionalmente, participação na gestão da empresa, conforme definido em lei;

XII - salário-família pago em razão do dependente do trabalhador de baixa renda nos termos da lei;

XIII - duração do trabalho normal não superior a oito horas diárias e quarenta e quatro semanais, facultada a compensação de horários e a redução da jornada, mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho;

XIV - jornada de seis horas para o trabalho realizado em turnos ininterruptos de revezamento, salvo negociação coletiva;

XV - repouso semanal remunerado, preferencialmente aos domingos;

XVI - remuneração do serviço extraordinário superior, no mínimo, em cinqüenta por cento à do normal;

XVII - gozo de férias anuais remuneradas com, pelo menos, um terço a mais do que o salário normal;

XVIII - licença à gestante, sem prejuízo do emprego e do salário, com a duração de cento e vinte dias;

XIX - licença-paternidade, nos termos fixados em lei;

XX - proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos, nos termos da lei;

XXI - aviso prévio proporcional ao tempo de serviço, sendo no mínimo de trinta dias, nos termos da lei;

XXII - redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança;

XXIII - adicional de remuneração para as atividades penosas, insalubres ou perigosas, na forma da lei;

XXIV - aposentadoria;

XXV - assistência gratuita aos filhos e dependentes desde o nascimento até 5 (cinco) anos de idade em creches e pré-escolas;

XXVI - reconhecimento das convenções e acordos coletivos de trabalho;

XXVII - proteção em face da automação, na forma da lei;

XXVIII - seguro contra acidentes de trabalho, a cargo do empregador, sem excluir a indenização a que este está obrigado, quando incorrer em dolo ou culpa;

XXIX - ação, quanto aos créditos resultantes das relações de trabalho, com prazo prescricional de cinco anos para os trabalhadores urbanos e rurais, até o limite de dois anos após a extinção do contrato de trabalho;

XXX - proibição de diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil;

XXXI - proibição de qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador portador de deficiência;

XXXII - proibição de distinção entre trabalho manual, técnico e intelectual ou entre os profissionais respectivos;

XXXIII - proibição de trabalho noturno, perigoso ou insalubre a menores de dezoito e de qualquer trabalho a menores de dezesseis anos, salvo na condição de aprendiz, a partir de quatorze anos;

XXXIV - igualdade de direitos entre o trabalhador com vínculo empregatício permanente e o trabalhador avulso.

Parágrafo único. São assegurados à categoria dos trabalhadores domésticos os direitos previstos nos incisos IV, VI, VIII, XV, XVII, XVIII, XIX, XXI e XXIV, bem como a sua integração à previdência social.(BRASIL, 2011)

Como se pode observar que os principais direitos trabalhistas da relação de emprego estão constantes neste artigo, sendo que este assegurou alguns de seus direitos a outras categorias de trabalhadores, Aos domésticos foi resguardado os direitos constantes nos incisos citados no parágrafo único e ao trabalhador avulso, todos os direitos inerentes à relação empregatícia.

Uma das características da relação empregatícia é o princípio “in dúbio pro operário” direcionado ao empregado, onde este, por se entender ser mais vulnerável, tem a proteção da lei. Sendo que conforme Nascimento (1998, p. 326), tal princípio vincula ao aplicador da Lei, na dúvida quanto à interpretação da norma, o dever de aplicar a mais benéfica ao trabalhador, desde que não afronte a vontade do legislador. Neste contexto o autor afirma:

Havendo duas ou mais normas jurídicas trabalhistas sobre a mesma matéria, será hierarquicamente superior, e, portanto, aplicável ao caso concreto, a que oferecer maiores vantagens ao trabalhador, dando-lhe condições mais favoráveis. Ao contrário do direito comum, em nosso direito, a pirâmide que entre as normas se forma terá como vértice não a Constituição Federal ou a lei federal ou as convenções coletivas de modo imutável. O vértice da pirâmide da hierarquia das normas trabalhistas será ocupado pela norma vantajosa ao trabalhador, dentre as diferentes em vigor. (1998, p. 326)

Além deste princípio, existem outros que são basilares na relação jurídica de trabalho, quais sejam: norma mais favorável e condição mais benéfica, da primazia da realidade, da irrenunciabilidade, da continuidade, da boa-fé, da autodeterminação coletiva dentre outros apontados pela doutrina, que não serão tratados por não ser ponto central desta monografia.

Outro princípio importante neste tema é o princípio informador do direito do trabalho intitulado “princípio da primazia da realidade”, que na lição de (NASCIMENTO, 2003, p. 323) “visa à priorização da verdade real diante da verdade formal. Entre os documentos sobre a relação de emprego e o modo efetivo como, concretamente, os fatos ocorreram, deve-se reconhecer estes em detrimento dos papéis.”

(MARTINS 2005, p. 99), traz exemplos práticos em que deve ser aplicado o princípio da primazia da realidade.

[...] se um empregado é rotulado de autônomo pelo empregador, possuindo contrato escrito de representação comercial com o último, o que deve ser observado realmente são as condições fáticas que se demonstrem e a existência do contrato de trabalho. Muitas vezes, o empregado assina documentos sem saber o que está assinando. Em sua admissão pode assinar todos os papéis possíveis, desde o contrato de trabalho até seu pedido de demissão, daí a possibilidade de serem feitas provas para contrariar os documentos apresentados, que irão evidenciar realmente os fatos ocorridos na relação entre as partes.

Sobre o tema, o Tribunal Regional da 10ª Região expôs seu entendimento através da decisão abaixo descrita:

CONTRATO DE TRABALHO – PRINCÍPIO DA PRIMAZIA DA REALIDADE – Um dos princípios norteadores do Direito do Trabalho é o da primazia da realidade. "Isto significa que em matéria de trabalho importa o que ocorre na prática, mais do que aquilo que as partes hajam pactuado de forma mais ou menos solene, ou expressa, ou aquilo que conste em documentos, formulários e instrumentos de controle". Ou seja, "o princípio da primazia da realidade significa que, em caso de discordância entre o que ocorre na prática e o que emerge de documentos ou acordos, deve-se dar preferência ao primeiro, isto é, ao que sucede no terreno dos fatos" (Américo Pla Rodrigues). (BRASIL, 2011B)

A CLT, além de constar alguns dos direitos tratados pelo artigo 7º da CF/88, traz o conceito de empregado, empregador e outros institutos específicos da relação empregatícia. Ao conceituar empregador no artigo 2º, a CLT diz: "Considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviço." (BRASIL, 2010a). Este artigo ajuda a solucionar conflitos entre as relações de trabalho, sendo que em relações como o trabalho autônomo, este distingue da relação empregatícia, pois nesta relação, conforme leciona Martins (2005, P. 186), "o profissional assume os riscos de sua atividade", caso contrário estaria caracterizado o vínculo.

A Lei nº 5.859, de 11 de dezembro de 1972, regulamentada pelo Decreto nº 71.885, de 9 de março de 1973, dispõe sobre a profissão do empregado doméstico, conceituando e atribuindo-lhe direitos.

Como já citado, a lei do trabalho doméstico traz em seu artigo 1º a definição de empregador como sendo a pessoa ou família, sem que haja atividade econômica.

Caso o trabalhador preste seus serviços tanto no âmbito residencial do empregador como em empresa de propriedade deste, fica descaracterizada a relação de trabalho doméstico, ou de acordo com as circunstâncias, fica caracterizada a existência de dois vínculos distintos de emprego (MARTINS, 2005, p. 174)

Assim como constante na CLT, a lei do trabalho doméstico também exige, para a efetivação da relação, que seja a CTPS devidamente assinada, conforme demonstra o artigo 13, que diz:

Art. 13 - A Carteira de Trabalho e Previdência Social é obrigatória para o exercício de qualquer emprego, inclusive de natureza rural, ainda que em caráter temporário, e para o exercício por conta própria de atividade profissional remunerada. (BRASIL, 2011a)

Além da assinatura da CTPS, a CF de 1988, por sua vez, concedeu outros direitos sociais aos empregados domésticos, tais como: salário mínimo; irreduzibilidade salarial; repouso semanal remunerado; gozo de férias anuais remuneradas com, pelo menos, 1/3 a mais do que o salário normal; licença à gestante, sem prejuízo do emprego e do salário, com duração de 120 dias; licença-paternidade; aviso prévio; aposentadoria e integração à Previdência Social.

Com a edição da Lei n.º 11.324, de 19 de julho de 2006, que alterou artigos da Lei n.º 5.859, de 11 de dezembro de 1972, os trabalhadores domésticos firmaram direito a férias de 30 dias, obtiveram a estabilidade para gestantes, direito aos feriados civis e religiosos, além da proibição de descontos de moradia, alimentação e produtos de higiene pessoal utilizados no local de trabalho.

A representação comercial também é regulada por lei específica, qual seja a lei 4886 de 1965, que posteriormente teve alterações feitas pela lei n. 8.420 de 08.05.1992.

A lei 4886/65 conceitua a representação comercial da seguinte forma:

Art. 1º- Exerce a representação comercial autônoma a pessoa jurídica ou a pessoa física, sem relação de emprego, que desempenha, em caráter não eventual por conta de uma ou mais pessoas, a mediação para a realização de negócios mercantis, agenciando propostas ou pedidos, para, transmiti-los aos representados, praticando ou não atos relacionados com a execução dos negócios.” (BRASIL, 2011e).

Ou seja, esta relação possui características da relação de emprego, como a não eventualidade, mas deixa expresso que o trabalho desempenhado é “sem relação de emprego”.

A passagem a seguir, escrita por Cozzi (2011), define o tipo de atividade empregada pelo representante comercial:

O representante ou agente, na verdade é um intermediador de negócios feitos em nome da empresa representada. Sua atuação costuma ser primordial para o crescimento de empresas, pois seu objetivo nada mais é que conquistar clientes em sua área de atuação, expandindo assim, as

relações comerciais da sua representada, auferindo-lhe cada vez mais lucros, obviamente. (2007, pág 2).

Conforme afirma Cozzi (2011), o trabalho desempenhado pelo representante comercial é de relevante importância para a empresa, já que seu papel é conquistar os clientes representando a empresa através de sua demonstração.

O representante comercial tem direito a receber uma indenização de 1/12 de todas as comissões recebidas, durante todo o período de exercício da representação, corrigido monetariamente, no caso da representada rescindir o contrato sem justa causa e de não haver contrato por escrito. Se houver contrato por escrito, valerá a indenização prevista neste, não podendo ser inferior que 1/12. (art.27, letra j, da lei 4886/65 c/c a lei 8420/92);

Tem também direito o representante comercial a uma indenização igual a 1/3 das comissões recebidas nos três últimos meses, quando não for dado o aviso prévio com 30 dias de antecedência por escrito. (art.34, da lei 4886/65 c/c a lei 8420/92), permitindo que o representante tire nestes último mês os pedidos na sua clientela. Comissão sobre pedidos e saldos de pedidos enviados e recebidos pela representada, não entregues e não cancelados por escrito dentro do prazo conforme determina a lei. (art.33, da lei 4886/65 c/c a lei 8420/92) e mais 1/12 de indenização sobre estas comissões.

Comissão sobre pedidos devolvidos pelos clientes, quando a culpa do desfazimento do negócio, ocorre por culpa da representada e 1/12 de indenização sobre estas comissões. (art. 33, da lei 4886/65 c/c a lei 8420/92) (BRASIL, 2011f).

Desta forma, apesar do risco da atividade econômica, neste caso, ser da empresa, é interessante ao representante comercial que o mesmo aufera lucros, já que esta categoria de trabalhador tem como forma de pagamento a comissão sobre as vendas efetuadas.

Algumas categorias de relações de trabalho não trazem protecionismo algum ao trabalhador, ou seja, é efetivada através de contrato de prestação de serviços, regulado pelo Código Civil, onde não há vulnerabilidade de nenhuma das partes, sendo de um lado o prestador de serviços que tem a obrigação de executar um determinado trabalho e de outro, o tomador dos serviços que tem a obrigação de pagar pelo serviço prestado.

Para Maranhão (1976),

Profissional autônomo é aquele que trabalha por conta própria, sem ser empregado. Trabalhador autônomo é aquele que exerce, habitualmente e por conta própria, atividade profissional remunerada. Não é empregado. A autonomia da prestação de serviços confere-lhe um posição de empregador em potencial : explora em proveito próprio a própria força de trabalho. Está amparado pela Previdência Social".

Ou seja, a posição em que se encontra o profissional autônomo é hierarquicamente semelhante à de quem toma os seus serviços e o fato de assumir os riscos de sua atividade, o torna também empregador em potencial, não necessitando de proteção trabalhista.

O trabalhador autônomo tem sua atividade regulada pelo Código Civil de 2002. O artigo 593 diz que "A prestação de serviço, que não estiver sujeita às leis trabalhistas ou a lei especial, reger-se-á pelas disposições deste Capítulo" (BRASIL, 2011b). O capítulo de que trata as relações de trabalho traz previsões com relação ao contrato das relações de trabalho que não tenham leis especiais que a regulem.

Na relação de trabalho autônomo, a rescisão do contrato, o aviso prévio e a dispensa por justa causa, são regulados também pelo capítulo acima citado do Código Civil, sendo que ambos tem direito à indenização pelo não cumprimento do prazo estipulado no contrato, conforme constante no artigo 602, caput e parágrafo único, que trazem a seguinte redação:

"Art. 602. O prestador de serviço contratado por tempo certo, ou por obra determinada, não se pode ausentar, ou despedir, sem justa causa, antes de preenchido o tempo, ou concluída a obra. Parágrafo único. Se se despedir sem justa causa, terá direito à retribuição vencida, mas responderá por perdas e danos. O mesmo dar-se-á, se despedido por justa causa. Art. 603. Se o prestador de serviço for despedida sem justa causa, a outra parte será obrigada a pagar-lhe por inteiro a retribuição vencida, e por metade a que lhe tocava de então ao termo legal do contrato" (BRASIL, 2011b).

Assim, Martins (2005, p. 186), afirma que no trabalho autônomo, as partes da relação jurídica de trabalho são contratantes, onde cada um assume o risco de sua atividade, o que difere esta das demais relações de trabalho, que em sua maioria tem benefícios jurídicos em favor do trabalhador.

3 – DO VÍNCULO EMPREGATÍCIO

3.1 – Requisitos caracterizadores do vínculo empregatício

Cabe, neste momento, um estudo do significado de cada um dos requisitos caracterizadores do vínculo empregatício, para que se tenha uma melhor compreensão das peculiaridades inerentes à relação de emprego, que a difere das demais relações.

O vínculo empregatício é o liame necessário na relação de emprego, entre empregado e empregador, para a configuração desta relação de trabalho. A relação jurídica existente entre eles é regida pela CLT, sendo que Nascimento a conceitua quando afirma que:

O vínculo entre empregado e empregador é, em primeiro lugar, uma relação jurídica, porque é efetivamente uma relação social das mais importantes, regida pela norma jurídica, ligando dois sujeitos, o empregado e o empregador. (2005. p. 555)

O autor afirma ainda que:

É uma relação jurídica que se estabelece pela vontade das partes, portanto é negocial. Ninguém será empregado de outrem a não ser que o queira. Nem o empregador tem o poder de coativamente impor a alguém que para se trabalhe, porque se assim fosse estaria irremediavelmente prejudicada a liberdade de trabalho e consagrado o retorno a escravidão. (NASCIMENTO, 2005. Pág. 555)

Assim, o vínculo só existe se existir *animus* de ambas as partes para que se efetive a relação de emprego, pois ninguém pode ser coagido a trabalhar, sendo esta atitude típica da escravidão, que é repugnada nos dias atuais.

É exposto no art. 3º da CLT: “considera-se empregado toda e qualquer pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário” (BRASIL, 2011a). Com a redação dada pelo artigo citado consegue perceber que empregado deve ser pessoa física, que preste

serviço de forma contínua, sob a dependência de seu empregador e mediante salário.

Para a configuração da relação de emprego torna-se indispensável a verificação simultânea dos requisitos expostos no artigo 3º da CLT, ou seja, trabalho não eventual, subordinação, salário e pessoalidade. A falta de qualquer desses requisitos basta para infirmar o vínculo empregatício. Neste sentido encontra-se a decisão do TRT de Mato Grosso.

RELAÇÃO DE EMPREGO. CONFIGURAÇÃO. Faz-se mister a existência concomitante de todos os requisitos elencados no artigo 3º da CLT para que se configure o liame empregatício entre as partes, quais sejam: subordinação, onerosidade, não-eventualidade e pessoalidade. Ausente um desses requisitos, forçoso concluir pela inexistência de relação empregatícia entre as partes litigantes. (BRASIL, 2011F)

Assim, quando a relação não for de emprego significa que carece de um ou alguns destes requisitos.

O trabalho doméstico é uma exceção a regra, pois preenche todos os requisitos do artigo 3ª da CLT, quais sejam: habitualidade, pessoalidade, subordinação e onerosidade, porém o que o difere da relação de empregado é a figura do empregador que conforme o artigo 2º da CLT, o empregador é “a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviço.”(BRASIL,2011a). Daí a diferença, já que para a configuração do trabalho doméstico é necessário que este seja prestado no ambiente familiar e sem a finalidade lucrativa do empregador.

Já no trabalho autônomo a principal característica que descarta a possibilidade de vínculo é a falta do requisito “subordinação”, pois o profissional autônomo, por assumir os riscos de sua atividade, não se subordina ao empregador. Neste sentido, a seguinte jurisprudência afirma:

Remonta ao direito romano a figura jurídica do contrato de trabalho autônomo, onde existia o *locatio operis faciendi*, ou seja, a execução da tarefa ou da obra. Destarte, trabalho autônomo é precisamente um vínculo jurídico que se manifesta na busca de resultados e não da atividade profissional. Na subordinação jurídica inerente ao contrato de emprego, em contrapartida, o empregado se curva aos critérios diretivos do empregador, às suas determinações quanto ao tempo, modo e lugar da prestação de serviço, às suas determinações quanto aos métodos ou técnicas de execução do trabalho, conforme os usos próprios da empresa. Portanto diferentemente de um que quer, também não executa o serviço como lhe

convém: Toda a sua atividade profissional está condicionada às determinações daquele que o remunera. No caso vertente, restou indene de dúvidas que o autor era o gestor do próprio negócio, sem subordinação jurídica à ré, estando correta a r. sentença que indeferiu o pleito de reconhecimento de vínculo de emprego. Mantenho. (BRASIL, 2011C)

Com essa afirmação, a presente decisão esclarece a questão do trabalho autônomo como sendo uma relação de insubordinação, já que o empregador não expõe a forma como o profissional deverá executar os serviços. O autônomo, como o próprio nome já elucida, tem autonomia para escolher suas próprias técnicas e os métodos de execução do trabalho, não cabendo, conforme decisão acima, o reconhecimento do vínculo, por carência do requisito “subordinação”.

É necessário que se observe em cada caso concreto se há existência do vínculo empregatício, pois o fato de o trabalhador ser contratado como um profissional autônomo, não impede que este reclame a existência de vínculo, caso preste os serviços cumprindo todos os requisitos existentes no artigo 3º da CLT. Na visão de Martins (2005, p.173) o mesmo pode acontecer com o trabalhador doméstico que labora não somente no lar familiar, mas também na empresa da família, onde o trabalho tem finalidade lucrativa.

O representante comercial autônomo, conceituado pela Lei 4.886, de 09.12.1965, alterada pela Lei 8.420/92, diz que:

Exerce a representação comercial autônoma a pessoa jurídica ou a pessoa física, sem relação de emprego, que desempenha, em caráter não eventual por conta de uma ou mais pessoas, a mediação para a realização de negócios mercantis, agenciando propostas ou pedidos, para, transmiti-los aos representados, praticando ou não atos relacionados com a execução dos negócios. (2011, BRASILh)

Neste caso, a própria lei expressa que a relação é “sem relação de emprego”, porém esta também traz a carência de pelo menos um dos requisitos caracterizadores do vínculo empregatício, qual seja a possibilidade da pessoa jurídica figurar como prestador dos serviços, o que é inadmissível na relação empregatícia, pois esta só admite pessoa física como empregado.

Por pessoa física, encontra-se a opinião de Martins na seguinte passagem: “Não é possível o empregado ser pessoa jurídica ou animal. A legislação trabalhista tutela a pessoa física do trabalhador” (MARTINS, 2005, p. 266). Não podendo, desta forma, figurar como empregado a pessoa jurídica ou animal.

Com relação à negativa da pessoa jurídica poder ser empregado, Delgado (2004, p. 291) diz que “a pessoa física ou natural é única capaz de se figurar como empregado, eis que, diferentemente das pessoas jurídicas, poderá se beneficiar dos “bens jurídicos (e mesmo éticos) tutelados pelo Direito do Trabalho (vida, saúde, integridade moral, bem-estar, lazer, etc.)”.

Delgado considera ainda que não fosse justo que a pessoa jurídica recebesse o protecionismo ofertado ao empregado pelas leis trabalhistas, já que esta proteção se justifica pela vulnerabilidade do empregado e não cumpriria sua função social se fornecido também a pessoa jurídica.

A Lei 11.788/2008, que revogou a Lei 6.494/77, estabeleceu novas normas quanto à contratação de estudantes na condição de estagiários.

O artigo 2º do referido regulamento diz que o estágio curricular envolve “as atividades de aprendizagem social, profissional e cultural proporcionadas ao estudante pela participação em situações reais de vida e trabalho em seu meio, sendo realizada na comunidade em geral e junto a pessoas jurídicas de direito público ou privado, sob a responsabilidade e coordenação de instituição de ensino.” (BRASIL, 2011c)

Para Martins (2005, p. 197) o que difere a relação de emprego do estágio é o objetivo deste, que visa a formação profissional do estagiário, embora o autor reconheça a existência dos requisitos que caracterizam o vínculo de emprego.

As chamadas “cooperativas de mão de obra” são motivo de preocupação da justiça do trabalho, sendo que a lei 8949/94, acrescentou o parágrafo único ao artigo 442 da CLT, com o intuito de presumir a ausência de vínculo empregatício. (DELGADO, 2005, p. 329).

O trabalhador que aderir à cooperativa de mão de obra e, por estatuto da mesma, adquirir o status de cooperado, não é caracterizado como empregado, conforme CLT, art. 442, adiante reproduzido: “Qualquer que seja o ramo de atividade da sociedade cooperativa, não existe vínculo empregatício entre ela e seus associados, nem entre estes e os tomadores de serviços daquelas”.

Assim como o representante comercial autônomo, esta relação traz expressamente em seu conceito a não existência do vínculo empregatício, não deixando margem para interpretações diversas.

Desta forma, a questão do vínculo empregatício deve ser analisada levando em consideração cada caso concreto, sendo que a rotulação de uma

espécie ou outra de trabalho não pode ser empecilho para o trabalhador que se achar no direito de ter sua relação configurada como de emprego e assim, reclamar seus direitos trabalhistas.

3.2 – Conceito e abrangência do requisito da não eventualidade.

Quando o artigo 3º da CLT menciona que a prestação do serviço deve ocorrer de forma não eventual, esta se refere à continuidade, ou seja, o serviço prestado pelo empregador deve ter uma rotina habitual e não esporádica.

Neste contexto leciona Martins, ao afirmar que:

O serviço prestado pelo empregado deve ser de caráter não eventual, e o trabalho deve ser de natureza contínua, não podendo ser episódico, ocasional. Um dos requisitos do contrato de trabalho é a continuidade na prestação dos serviços, pois aquele pacto é um contrato de trato sucessivo, de duração, que não se exaure numa única prestação, como ocorre com a compra e venda, em que é pago o preço e entregue a coisa. No contrato de trabalho, há a habitualidade, regularidade na prestação dos serviços, que na maioria das vezes é feita diariamente. (2005, p. 166)

A demonstração feita pelo autor se resume na idéia de que o requisito da não eventualidade significa a continuação da prestação dos serviços, ou seja, a sua continuidade de forma habitual onde o trabalho não se conclui com uma ação apenas. Sobre o tema, vejam-se os ensinamentos de Camino:

Serviços não-eventuais são serviços rotineiros da empresa, por isso, necessários e permanentes, vinculados ao objeto da atividade econômica, independente do lapso de tempo em que prestados, antítese dos serviços eventuais, circunstancialmente necessários, destinados ao atendimento de emergência, quando interessa a obtenção do resultado ou realização de determinado serviço e não o ato de trabalhar. (2004, p. 188)

A autora traz o conceito do requisito em questão, vinculando-o à necessidade da atividade empresarial, levando em consideração atividade econômica prestada por esta. Os demais serviços, eventuais, são contratados em caráter emergencial.

Para uma melhor visualização fática do caráter emergencial a autora cita um exemplo, dizendo:

O servidor de um instalador hidráulico, numa loja dedicada ao comércio de roupas femininas, poderá ser inadiavelmente necessário na emergência de uma coluna d'água com vazamento. Superada a emergência (leia-se: concertada a coluna d'água), este profissional estará absolutamente deslocado do contexto da atividade econômica empreendida (comércio de roupas femininas). Portanto, terminado o serviço (conserto da coluna d'água) para cuja realização fora contratada, nada mais terá o instalador hidráulico a fazer ali. (CAMINO, 2004, p. 188)

Assim, prestador do serviço que for contratado para realizar trabalho diverso da finalidade da empresa, sendo em caráter emergencial, não tem continuidade. Seu trabalho é sanar a emergência e a partir de então não há mais vínculo jurídico deste com a contratante. O instalador hidráulico pode ter vínculo com uma empresa cuja finalidade seja prestar serviços de instalação hidráulica e com esta ter continuidade na relação, como também pode ser um profissional autônomo, mas o vínculo com a referida loja de roupas femininas jamais haverá, tendo em vista a falta o requisito da não eventualidade.

Com relação ao lapso de tempo necessário para que seja caracterizado como trabalho não eventual, há alguns equívocos que são cometidos por se entender que o trabalho deve ser realizado diariamente. Acerca desta afirmativa, Martins exemplifica da seguinte forma:

[...] bastaria que o empregado trabalhasse uma vez ou duas por semana, toda vez no mesmo horário, para caracterizar a continuidade da prestação de serviço. Muitas vezes, é o que ocorre com advogados que são contratados como empregados para dar plantão em sindicatos duas ou três vezes por semana, em certo horário, em que a pessoa é obrigada a estar naquele local nos períodos determinados. As vezes isso ocorre com os médicos. A CLT não usa a expressão trabalho cotidiano, diário, mas contínuo, habitual. (2005, p. 166)

Conforme ensina o autor, basta que haja habitualidade, para que seja configurada a continuidade na prestação dos serviços, não sendo necessária a sua execução diariamente, pois a CLT não faz esta exigência.

Na lição de Delgado encontra-se a visualização do requisito da não eventualidade através da aplicação de quatro teorias, quais sejam: Descontinuidade,

do evento, dos fins do empreendimento e da fixação jurídica ao tomador dos serviços, sendo que conceitua tais teorias da seguinte forma:

A teoria da descontinuidade informa que eventual seria o trabalho descontínuo e interrompido com relação ao tomador focado – portanto um trabalho que se fraciona no tempo, perdendo o caráter de fluidez temporal sistemática. [...]

Informa, por sua vez, a teoria do evento, que se considera como eventual o trabalhador admitido na empresa em virtude de um determinado e específico fato, acontecimento ou evento, ensejador de certa obra ou serviço. Seu trabalho para o tomador terá a duração do evento esporádico ocorrido. [...]

A teoria dos fins do empreendimento (ou fins da empresa) é talvez a formulação teórica mais prestigiada entre as quatro aqui enfocadas. Informa tal teorização que eventual será o trabalhador chamado a realizar tarefa não inserida nos fins normais da empresa – tarefas que, por essa mesma razão, serão esporádicas e de estreita duração. [...]

Há, finalmente, a teoria da fixação jurídica ao tomador dos serviços. Informa essa construção teórica que eventual é o trabalhador "que não se fixa a uma fonte de trabalho, enquanto empregado é o trabalhador que se fixa numa fonte de trabalho. (2002 p. 288-291)

Desta forma, quando analisado o requisito da não eventualidade, este deve ser feito observando as quatro teorias concomitantemente, ou seja, todas devem estar presentes ao mesmo tempo para que haja a caracterização do vínculo empregatício.

Além da relação empregatícia, outras relações de trabalho tem o requisito da não eventualidade inserido em sua atividade, como é o caso do trabalho doméstico e o trabalho autônomo, sendo que este último, como define Martins, “é pessoa que trabalha com continuidade, com habitualidade e não uma vez ou outra para o mesmo tomador de serviço”. (2005, p. 186).

Neste contexto, Delgado cita o exemplo do trabalhador eventual como uma relação de trabalho que não possui o requisito da não eventualidade, senão veja-se:

Embora não haja dúvida de que ele também possa ser um trabalhador subordinado. Por ser um “subordinado de curta duração”, esporádica e intermitentemente vinculados a distintos tomadores de serviços, falta ao trabalhador eventual um dos cinco elementos fático-jurídicos da relação empregatícia, exatamente o que enfatiza a idéia de permanência, o que impede sua qualificação como empregado. (2005, p. 294)

O trabalhador eventual, conforme leciona Delgado (2005, p.339), não fosse a falta do requisito permanência, seria um típico empregado, já que em sua relação de trabalho há, inclusive, o requisito subordinação, inserido em seu contexto. Sendo assim, o requisito da não eventualidade não se encontra presente nas relações de trabalho eventual. Fato este que descaracteriza a relação de emprego.

Na lição de Gomes (2008, p. 85), todos os requisitos presentes no artigo 3º da CLT são fundamentais para que exista relação de emprego, porém afirma que um deles é caracterizador do contrato de trabalho, qual seja o requisito da subordinação, que juntamente com o requisito da pessoalidade, não menos importante, fazem parte do próximo tópico do presente estudo.

3.3 – Definições acerca da subordinação e pessoalidade na relação de trabalho.

O requisito de maior relevância para a caracterização do vínculo empregatício é a subordinação, sendo que é essencial a presença desta para que haja relação de emprego (ALMEIDA, 1998, p. 83).

Este requisito está implícito na expressão do artigo 3º da CLT, onde diz que empregado é aquele que presta serviços “sob a dependência do empregador”.

A origem da expressão e a caracterização da subordinação encontram minuciosa explicação na passagem de Delgado, que segue.

Subordinação deriva de *sub* (baixo) e *ordinare* (ordenar), traduzindo a noção etimológica de estado de dependência ou obediência em relação a uma hierarquia de posição ou valores. Na mesma Linha etimológica, transparece na subordinação uma idéia básica de submetimento, sujeição ao poder de outros, as ordens de terceiros, uma posição de dependência. (2005, p. 302)

A expressão remete ao reconhecimento deste requisito como sendo relativo à hierarquia; sujeição; obediência. Já Martins conceitua o requisito da subordinação dizendo que:

Subordinação é o estado de sujeição em que se coloca o empregado em relação ao empregador aguardando ou executando suas ordens. É o

reverso do poder de direção do empregador. A subordinação é o aspecto da relação de emprego visto pelo lado do empregado, enquanto o poder de direção é a mesma acepção vista pelo lado do empregador. O poder de direção representa o aspecto ativo da relação de emprego, enquanto o aspecto passivo é a subordinação. (2003, p. 166)

Desta forma, o requisito de dependência na relação de emprego pode ser analisado por dois aspectos: ativo e passivo, sendo que aquele significa a relação de direção na qual o empregador obtém o poder de direção. E no pólo passivo figura o empregado na sua relação de subordinação ao empregador.

Camino, (2004, p. 189) conceitua o requisito da subordinação vinculando-o ao requisito da não-eventualidade. Afirma que “a subordinação é consequência natural da não eventualidade”. Entendendo-se, com isso, que a partir do momento que há continuidade na prestação dos serviços, haverá subordinação; dependência.

Com relação à importância deste requisito de Almeida expressa seu conceito dizendo:

A subordinação é a característica mais expressiva do contrato de trabalho e é deduzida do que dispõe o artigo 3º da CLT, quando define o empregado e diz que ele presta serviços “sob a dependência do empregador”. “Dependência” é a pedra de toque. Daí, a doutrina especular sobre o termo, para colocar uma dependência econômica, uma dependência técnica, uma dependência social e uma dependência pessoal, em termos de hierarquia, e que constitui também uma dependência jurídica. Tudo isso num conjunto de situações capazes de conceituar o trabalho – ou a forma pela qual o trabalho é prestado – como gerando, entre o prestador e o tomador, uma relação de emprego, na qual o primeiro, para estar em posição de igualdade frente o segundo, goza de uma proteção legal, que de certa forma, acaba por tutelá-lo” (1998, p. 83)

O autor explana que, em torno do requisito da subordinação na relação de trabalho, gira muita discussão, tendo em vista a abrangência do conceito trazido pelo artigo 3º da CLT. Desta forma demonstra que a dependência citada no artigo pode ser interpretada em vários aspectos, como a dependência econômica, social, dentre outras situações que colocam o trabalhador em dependência do tomador de seus serviços.

Já Saad, afirma que para que seja interpretado sem equívocos, o artigo 3º da CLT, no que concerne à questão da dependência, não se pode entender apenas como dependência econômica, senão veja-se:

A dependência a que se refere o artigo em epígrafe não é a econômica, necessariamente, embora ela se faça presente na maioria dos contratos laborais. Deixa de ser um elemento caracterizador da condição de empregado porque tal dependência econômica só existe em alguns, mas não em todos os casos. Sabe-se que há empregados cujo patrimônio é maior que o de seu empregador. Na hipótese, se a dependência econômica fosse considerada como elemento indispensável a prova da relação de emprego, esta seria de difícil demonstração. A dependência, reconhecida pela lei e pela doutrina, é a jurídica. Por força do contrato firmado com a empresa, o empregado se obriga a cumprir suas determinações, o que, em essência, vem a ser a dependência jurídica encontrável em todo e qualquer contrato de trabalho. (2008. p. 52)

Assim, segundo o autor, a dependência de que trata a CLT não pode basear-se na economicidade, tendo em vista que em alguns casos o empregado tem posição financeira maior do que seu próprio empregador. Desta forma, deve-se interpretar tal dependência como sendo o dever da prestação dos serviços ao empregador; o cumprimento das ordens deste; a cumplicidade e a responsabilidade exigidas pelo tomador dos serviços.

No raciocínio de Almeida, encontra-se a preocupação com as limitações que devem existir na relação subordinada, pois esta deve obedecer aos critérios das condições mínimas de dignidade humana. (1998, p. 83)

Neste contexto o autor afirma que:

“Na verdade, essa subordinação (ou essa manifesta e multifacetada dependência) não deve, de forma alguma, desenobecer o trabalho humano ou a condição humana de empregado. [...] A hierarquia, uma obediência do trabalhador ao poder de mando do empregador, de nenhuma maneira, conduzem a um desnivelamento.” (ALMEIDA, 1998, p. 83)

Assim, a dependência atribuída à figura do empregado é limitada, sendo que o empregador deve ofertar ao empregado condições de segurança, de salário, entre outras. Esta subordinação limita-se à obediência do empregado com relação às rotinas trabalhistas e a forma de execução dos serviços.

Com relação a que tipo de subordinação o empregado está sujeito, Almeida afirma ainda que:

O prestador de serviços deve obedecer às do tomador ou de seus prepostos, relativas a horário, duração, forma de execução do trabalho etc. Deve estar sujeito à fiscalização direta ou não, imediata ou não, do empregador, tanto no recinto do estabelecimento como fora dele, quando da prestação laboral. (1998, p. 82)

Neste contexto, a relação deve constar de uma supervisão, direta ou não, onde a execução do trabalho se dá mediante fiscalização de um supervisor, que também pode ter esse trabalho fiscalizado por outra figura hierarquicamente superior.

A dependência do prestador dos serviços em relação ao tomador deste, na relação de trabalho autônomo inexistente, já que este profissional tem sob sua responsabilidade o risco de sua atividade. É neste sentido a afirmação de Nascimento quando diz que:

Empregado é um trabalhador cuja atividade é exercida sob dependência de outrem para quem ela é dirigida. Nossa lei usa a palavra dependência. No entanto em lugar dela, generalizou-se hoje uma vez que permite dividir dois grandes campos de trabalho humano: o trabalho subordinado e o trabalho autônomo. Empregado é um trabalhador subordinado. Se o trabalho não é subordinado, será considerado um trabalhador autônomo, não empregado. (2003, p. 168).

O principal diferenciador do trabalho autônomo e o empregado é justamente a relação de subordinação entre as partes da relação de trabalho, ou seja, relação de dependência é contraditória à relação de trabalho autônomo. Assim, pode-se afirmar que ou o trabalho é autônomo ou é subordinado, não havendo espaço para as duas situações na mesma relação.

Martins faz uma comparação entre o empregado e o trabalhador autônomo e com isso mostra a semelhança entre as relações, ficando a subordinação como um dos únicos requisitos não existente no trabalho autônomo.

O empregado e o trabalhador autônomo prestam serviço com continuidade, com habitualidade ao tomador dos serviços. A diferença fundamental entre os referidos trabalhadores é a existência do elemento subordinação, o recebimento de ordens por parte do empregador, a direção por parte do último. O empregado trabalha por conta alheia, enquanto o autônomo presta serviços por conta própria. (2003, p. 165)

Assim, o trabalhador autônomo pode até prestar seus serviços com habitualidade, porém sem subordinação por parte do empregador, caso contrário estaria configurado o vínculo empregatício deste autônomo.

Martins faz uma breve explanação de como a prática do trabalho subordinado deve ocorrer:

O trabalhador empregado é dirigido por outrem: O empregador. Se o trabalhador não é dirigido pelo empregador, mas por ele próprio não se pode falar em empregado, mas em autônomo ou outro tipo de trabalhador, O empregador comanda, determina, ordena, manda; o empregado obedece, ao executar as ordens que lhe são determinadas. (2003, p. 166)

Desta forma fica clara a diferença na prestação dos serviços de empregado e do trabalhador autônomo, sendo que a subordinação é o elemento principal que distingue estas duas relações.

Para Delgado, além do requisito subordinação, o trabalho autônomo, se difere da relação de emprego também pela falta de pessoalidade na prestação dos serviços. Assim, afirma:

[...] o trabalhador autônomo distingue-se do empregado, quer em face da ausência de subordinação ao tomador de serviços no contexto da prestação de trabalho, quer em face de também, em acréscimo, poder falar em seu vínculo como tomador o elemento da pessoalidade. (2005, p. 334)

Apesar do requisito da subordinação ter maior relevância com relação à pessoalidade na relação de trabalho autônomo, este deve ser observado com atenção, pois como menciona Delgado (2005, 334), a pessoalidade do trabalho autônomo pode configurar vínculo de emprego.

Para Martins demonstra qual a essência do requisito da pessoalidade, dizendo que:

O contrato de trabalho é *intuitu personae*, ou seja, realizado com certa e determinada pessoa. Não pode o empregado fazer-se substituir por outra pessoa, sob pena de o vínculo formar-se com a última. O empregado somente poderá ser pessoa física, pois não existe contrato de trabalho em que o trabalhador seja pessoa jurídica, podendo ocorrer, no caso, locação de serviços, empreitada, etc. (2005 p. 128)

Além da exigência de ser, o empregado, pessoa física, seu trabalho deve ser prestado de forma pessoal, sendo que não pode o este, por exemplo, pedir alguém o substitua em seu emprego em determinado dia, que seja.

Para Delgado (2005, p.291), a pessoalidade está vinculada ao requisito “pessoa física”, porém, segundo o autor, é necessário que não seja confundido os conceitos de cada um. O autor afirma que “trata-se de elemento obviamente vinculado ao anterior (referencia ao requisito pessoa física), mas que perante ele guarda importante distinção. O fato de ser o trabalho prestado por pessoa física, não

significa, necessariamente, ser ele prestado com personalidade. Esse segundo elemento fático-jurídico tem, assim, que ser também aferido na relação jurídica concreta formulada entre as partes. (2005 p. 291)

Ainda neste contexto, Delgado afirma ainda que:

É essencial à configuração da relação de emprego que a prestação do trabalho, pela pessoa natural, tenha efetivo caráter de infungibilidade, no que tange ao trabalho. A relação jurídica pactuada ___ ou efetivamente cumprida___ deve ser, desse modo, *intuito personae* com respeito ao prestador de serviço, que não poderá, assim, fazer-se substituir. (2005. p. 291)

Delgado (2005, p. 291), nesta passagem, faz menção ao instituto da infungibilidade a fim de definir mais claramente a questão da personalidade na relação de emprego, sendo assim, o empregado não pode transferir seu dever à outra pessoa, pois é exclusiva deste o dever de prestar os serviços ao empregador.

Na obra de Delgado (2006, p. 292), encontra-se menção às substituições autorizadas por lei, que são elas: férias, licença-gestante, afastamento para cumprimento de mandato sindical, etc., porém esta substituição não descaracteriza o vínculo existente entre a empresa e o empregado afastado, pois o contrato de trabalho é apenas suspenso ou interrompido e não rescindido, sendo que neste último caso sim, deixaria de existir a personalidade por consequência do término do vínculo.

“Uma eventual substituição consentida (seja mais longa, seja mais curta no tempo), por exemplo, não afasta a personalidade com relação ao trabalhador,” (DELGADO, 2006, p 292), enquanto em outra hipótese o contrato de trabalho firmado com o trabalhador afastado ou substituído é apenas suspenso ou interrompido, não descaracterizando a personalidade da relação de emprego havida.

A personalidade indica que a relação empregatícia possui caráter infungível em relação ao trabalhador, eis que esse não pode se fazer substituir por outro trabalhador intermitentemente, situação que descaracterizaria a relação de emprego, pois tornaria o trabalho impessoal e fungível (DELGADO, 2006, p. 292).

Ocorre, neste caso, que o substituto também terá os mesmos direitos inerentes ao contrato firmado com o substituído, tendo este, os seus direitos

garantidos igualando-o aos quais eram devidos ao trabalhador afastado, conforme dispõe o artigo 450 da CLT: Enunciado 159, TST. (BRASIL, 2011J). Diante disto, é possível a substituição sem que seja descaracterizada a relação de emprego pela falta do requisito pessoalidade.

No trabalho autônomo deve-se ter atenção ao fazer a análise da existência da subordinação e da pessoalidade, pois há casos em que é inevitável a observância destas na relação de trabalho autônomo, caso em que, segundo leciona Nascimento (2009, p. 841), é consequência das inovações na relação autônoma de trabalho, que trouxe a figura do autônomo economicamente dependente. Sobre o tema, o citado autor afirma:

São assim considerados aqueles que realizam uma atividade econômica ou profissional lucrativa de forma habitual, pessoal, direta e predominantemente para uma pessoa física ou jurídica, o cliente, do qual auferem ao menos 75% de seus ganhos, critério objetivo estabelecido pela lei. Portanto, a lei presume que o autônomo que tem a maioria da sua retribuição de trabalho provinda de um só cliente é economicamente, mas não juridicamente, dependente, configurando-se a hipótese de autônomo dependente. (NASCIMENTO, 2009, p. 841)

Ou seja, se o profissional autônomo presta serviços à apenas um empregador/cliente, aquele é economicamente dependente deste, sem que seja configurado o vínculo de emprego, pois juridicamente o trabalhador não depende do tomador dos serviços, pois não deixa de assumir os riscos de sua atividade.

Nesta linha de pensamento, o autor afirma ainda que:

O autônomo dependente não pode ter empregados nem subcontratar serviços e deve ter infra-estrutura produtiva e material próprios, assumir os riscos de sua atividade e desenvolver o seu trabalho com critérios organizativos também próprios. O fato de receber do cliente indicações técnicas não o transforma em subordinado. (NASCIMENTO, 2009, p. 841)

Assim, pode estar presente o requisito da pessoalidade na relação de trabalho autônomo, não podendo, em certos casos, fazer-se substituir por outro profissional, mas este fato não constituirá a existência de vínculo de emprego.

Com isso, observa-se que a análise dos requisitos da pessoalidade e da subordinação, deve considerar cada caso concreto para que se aplique de forma a

não prejudicar o reconhecimento do vínculo de emprego nos casos em que se enquadrem todos os requisitos existentes no artigo 3º da CLT.

Concluída a análise dos requisitos fundamentais ao reconhecimento do vínculo empregatício, bem como das relações de trabalho, em atenção principalmente do trabalho autônomo, cujo qual direciona o presente estudo, far-se-á a seguir um paralelo entre a relação de emprego e o trabalho autônomo prestado pelos médicos ao setor hospitalar.

4 – POSSIBILIDADE DE EXISTÊNCIA DE VÍNCULO EMPREGATÍCIO DE MÉDICOS AUTÔNOMOS PRESTADORES DE SERVIÇOS NO SETOR HOSPITALAR.

4.1 – A relação de trabalho médico

O trabalho médico, em geral, é prestado de forma autônoma, sendo que este profissional é responsável pelo resultado dos serviços prestados, não sendo subordinado aos hospitais aos quais presta serviços. Assim, para a melhor compreensão desta relação faz-se necessário, de antemão, que se faça uma breve exposição do histórico do trabalho autônomo.

Afirma Nascimento (2009, p. 839), que o interesse dos estudiosos do direito do trabalho pelo trabalho autônomo surgiu somente a partir de 1990, sendo que a preocupação daqueles era com relação às condições a que eram submetidos esses trabalhadores, pois se sujeitavam ao trabalho em piores condições que os empregados, além de não gozarem dos direitos inerentes a relação de trabalho.

A partir de então as leis passaram a dar maior abrangência ao contrato de trabalho, que conforme menciona ainda (NASCIMENTO, 2009, p. 839) na mesma passagem, foi dividido em duas grandes áreas, sendo trabalho subordinado e trabalho autônomo. O contrato de trabalho autônomo limitou as condições a que eram submetidas esses profissionais.

Nascimento cita algumas profissões constituídas a partir da falta de emprego que fez com que os trabalhadores procurassem trabalhar por conta própria como autônomos. São eles:

[...] pet-acompanhante que anda pelas ruas, o fisioterapeuta que ganha por sessão, o personal trainer que três vezes por semana vai a residência do cliente, o jovem que distribui folhetos de propaganda nos cruzamentos das avenidas, o camelô de rua, o vendedor de bilhete de loteria, a florista da porta das boates, o caminhoneiro frentista por conta própria, o taxista de aeroporto, a modelo de desfiles de modas, o programador de software, o autor de livros, o cirurgião de hospital, o tradutor de línguas, o colaborador free lance que não quer se submeter a dias ou a horários fixos de serviço, o consultor econômico de aplicações financeiras, o consultor jurídico, a consultora de modas, a costureira que faz consertos de roupas e tantos outros. (2009, p. 840)

(NASCIMENTO, 2009, p. 840) afirma que a partir do surgimento de tantas profissões autônomas, cresce a importância deste profissional para a economia no mercado de trabalho e conseqüentemente aumentam as preocupações jurídicas desta relação de trabalho.

O Código de Ética Médica traz expressamente em seu artigo 7º a autonomia exercida pelos médicos, sendo esta limitada somente às conseqüências da negativa do médico em atender um determinado paciente, sendo que diz que:

Art. 7º. O médico exercerá sua profissão com autonomia, não sendo obrigado a prestar serviços que contrariem os ditames de sua consciência ou a quem não deseje, excetuadas as situações de ausência de outro médico, em caso de urgência ou emergência, ou quando sua recusa possa trazer danos à saúde do paciente.” (CREMESC, 2011B)

A lei 9436/97 “dispõe sobre a jornada de trabalho de Médico, Médico de Saúde Pública, Médico do Trabalho e Médico Veterinário, da Administração Pública Federal direta, das Autarquias e das Fundações Públicas Federais, e dá outras providências” (BRASIL, 2011i), sendo que esta lei se limita a regular os profissionais médicos citados.

Para regular o trabalho médico existem outras leis como a Lei 6932/81 que dispõe sobre a qualidade do médico residente e regula esta atividade, sendo esta limitada pela autorização da Comissão Nacional de Residência Médica (BRASIL, 2011-G) e a lei 3999/61, que regula o piso salarial dos médicos, bem como a jornada permissiva de trabalho destes profissionais, abrangendo também o pagamento diferenciado ao trabalho prestado em horário noturno (BRASIL, 2011d).

Com relação à prática do trabalho médico em instituições hospitalares, Silva (2011), afirma que esta relação de trabalho pode ser desdobrada em duas, sendo num primeiro plano a relação do profissional com o estabelecimento e em segundo, a relação do médico com o cliente/paciente, a quem é prestado diretamente os serviços, porém este profissional é contratado pela instituição de forma autônoma e não pelo paciente.

O motivo pelo qual o profissional médico é contratado de forma autônoma não encontra justificativa somente no fato de que este assume os riscos de sua atividade, mas também porque custa caro ao estabelecimento de saúde manter um médico como empregado. Neste contexto (2011) afirma ainda, que:

Como não interessa ao hospital manter relação de emprego com o corpo médico, pela alta incidência tributária e indenizatória que sob ela incide (um empregado equivale a dois se somarmos aos tributos as indenizações trabalhistas), formam-se então as equipes sob a direção de um médico. O cliente é atendido num pronto-socorro ou plantão, faz-se uma triagem segundo a natureza da doença alegada.

O autor refere-se, no texto, às verbas trabalhistas e aos direitos inerentes à relação de emprego, como por exemplo, férias, 13º salário, FGTS, dentre outras verbas gozadas pelo empregado como benefícios da relação de vínculo empregatício, sendo que os estabelecimentos de saúde tem preferência pelos contratos estabelecidos com os profissionais de forma autônoma ou então pessoa jurídica, pois os encargos são menores. Porém, em sua grande maioria, os contratos com médicos de forma autônoma aumentam os passivos trabalhistas.

A classe médica em geral, luta pelo reconhecimento do vínculo de emprego com o setor hospitalar, sendo que em 2008 foi publicada na revista “Luta Médica”, do Sindicato dos Médicos da Bahia, a indignação dos profissionais com as questões trabalhistas destes, ocasião que afirmaram que:

[...] o vínculo trabalhista definido em Lei (CLT) assegura direito a férias remuneradas, décimo-terceiro salário, auxílio em caso de doença, aposentadoria por tempo de serviço. A opção por pessoa jurídica afasta esses direitos, mas pode prometer pagar impostos, fazer a contabilidade e planejar reservas. A revista afirma ainda que na realidade, o que se nota é que ao não assumir os direitos trabalhistas dos médicos, o empregador pretende livrar-se de despesas derivadas do vínculo empregatício. Esse ponto de vista é reforçado nesses tempos, quando a idéia sobre a desregulamentação do trabalho e banalização das relações de trabalho. Frequentemente o médico é colocado na situação de ser forçado a prestar serviços como autônomo, cooperado ou na condição de empresa. Em geral não lhe assiste a opção de ser contratado conforme a lei. Se não há um consenso entre médicos sobre qual o melhor vínculo, o mesmo não acontece com as instituições de saúde. Todas têm fobia dos direitos trabalhistas dos médicos. (Disponível em: <http://faxsindical.wordpress.com> – acesso em 23-mai-2011)

Diante da preocupação das instituições de saúde em contratar o médico como empregado, surgiram as falsas cooperativas, que se enquadram legalmente no mercado de trabalho, sendo uma forma de contratação que escapa das normas protecionistas da CLT. (Revista Luta Médica, 2011)

A lei 8949 de 1994 introduziu o parágrafo único do artigo 442 da CLT, o qual afirma que “[...] qualquer que seja o ramo da atividade da sociedade

cooperativa, não existe vínculo empregatício entre ela e seus associados, nem entre estes e os tomadores de serviços daquela” (BRASIL, 2011a). A lei de cooperativas foi criada para as cooperativas de crédito, porém, pela falta de regulamentação sobre seus requisitos, deixa margem à estendê-la à outras partes contratuais de trabalho.

Manrich defendeu o trabalho médico exercido a cooperativas da seguinte forma:

Em relação à cooperativa, o que interessa ao Direito do Trabalho é se há, de fato, participação do médico como sócio, se há assembleia como instrumento de exercício democrático ou se ela é utilizada para intermediar mão-de-obra e fugir de encargos. Estamos constatando que grande parte é fraudulenta. Se alguém trabalha com subordinação deve ser registrado como empregado e, para isso, há encargos que serão adicionados ao valor da consulta que o consumidor pagará. Eliminando encargos, reduzo custo e consigo competir com outro. Numa sociedade de cinco médicos que precisa aumentar mão-de-obra, chama mais dois e os coloca com 1% de cota. Eles são sócios? São empregados, têm hora para chegar e sair, não participam dos lucros da sociedade. É uma fraude. O Ministério do Trabalho tem instrumentos e poder para fiscalizar e desconstituir empresa que descumpra a legislação. Também é competência do auditor da Receita Federal fiscalizar; e, do Ministério da Fazenda, desconstituir pessoa jurídica que se apresenta como cooperativa e buscar, por trás dela, a contribuição devida que lhe foi burlada. (apud CREMES, 2011-A)

Ou seja, na realidade atual do trabalho médico há cooperativas que são criadas com o intuito exclusivamente fraudulento, ou seja, com intenção de burlar a legislação trabalhista e seu protecionismo ao empregado. Manrich direciona seu posicionamento argumentando que a indignação do debate é relacionada ao fato de que deve haver fiscalização, seja pelo órgão ministerial do trabalho, seja pela auditoria da Receita Federal, pois a criação de cooperativas deve atender a princípio as necessidades à que fazem jus a sua atividade, sendo que a relação entre os prestadores de serviço desta tem sua relação de trabalho regulada de forma consequente e não principal, senão será reconhecido o vínculo de emprego.

No trabalho produzido para a Organização Pan-Americana da Saúde, PWR-Brasil, em maio de 2007, expõe-se a existência de outra alternativa encontrada pelos estabelecimentos de saúde de burlar a legislação trabalhista ao contratar os serviços médicos, qual seja, a imposição deste profissional a constituir pessoa jurídica, sendo que neste caso a instituição de saúde também não tem preocupações com verbas trabalhistas.

O contrato de prestação de serviço entre pessoa jurídica, médico e pessoa jurídica, hospital, é considerada pelos hospitais como uma das melhores formas de contratação de médicos e esta prática é uma realidade mundial.

Nestes termos, afirma Girard:

Seja como for, levando-se em conta um ou outro tipo de hipótese explicativa, a experiência internacional demonstra que, ainda hoje, os médicos costumam manter formas de vinculação bastante peculiares com relação às demais profissões de saúde e para a maior parte das especialidades profissionais médicas, predominam as formas de vínculo não-assalariado, especialmente nas organizações privadas. (Disponível em <http://www.observarh.org.br> – acesso em 28-mai-2011).

E na passagem a seguir, extraída do mesmo artigo, sobre as modalidades de contratação do trabalho médico, demonstra-se que a preferência das instituições de saúde, não só do Brasil, é pelas relações menos estreitas.

A preferência da gerência dos hospitais privados pelas formas de vinculação mais “frouxas” de médicos, ou seja, pelo não-assalariamento e vinculação empregatícia de médicos, é quase uma invariante em todas as partes do mundo. Aqui parecem combinar-se elementos do imaginário da profissão médica, em especial, o apego ao ideal de autonomia (Disponível em <http://www.observarh.org.br> – acesso em 28-mai-2011).

Na passagem é apontado como justificativa o fato da classe médica encontrar dificuldade em regular seu exercício, o fato de existir um estigma de profissão autônoma relacionado a esse profissional, sendo que os tomadores de serviços médicos se beneficiam deste estigma, contratando-os da forma a obter menos despesas com a relação.

A Súmula 331, do TST expressa que esta prática é ilegal:

SUM-331 CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEGALIDADE (mantida) - Res. 121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003.

I - A contratação de trabalhadores por empresa interposta é ilegal, formando-se o vínculo diretamente com o tomador dos serviços, salvo no caso de trabalho temporário (Lei nº 6.019, de 03.01.1974) (BRASIL, 2011).

Desta forma, se comprovada a tentativa de desviar os direitos trabalhistas através da constituição de pessoa jurídica, estará se ferindo a referida Súmula e configurar-se-á a existência de vínculo empregatício.

Com isso, observa-se que o profissional médico, fica subordinado às interpretações diversas da legislação, laborando ora como autônomo, ora como cooperado ou pessoa jurídica e em raras situações como empregado. Isso devido ao alto custo para os empregadores na contratação desse profissional com vínculo de emprego.

4.2 – O preenchimento dos requisitos caracterizadores de vínculo empregatício presente na relação de trabalho entre os médicos e o setor hospitalar.

O médico, conforme já afirmado, presta serviço através de diversas formas de contratação, porém, muitas vezes há contratações de diversos profissionais, com distintas espécies de contrato, prestando o mesmo serviço; sob as mesmas condições.

Neste momento, é conveniente que se faça uma avaliação da prestação de serviços dos médicos contratados pelo setor hospitalar, com a finalidade de desvendar se o profissional, nas condições em que trabalha, está vinculado ao empregador a ponto do reconhecimento do vínculo de emprego. Para isso dever-se-á fazer um estudo paralelo entre os requisitos caracterizadores do vínculo de emprego e as formas como se enquadram no trabalho prestado pelo médico no hospital.

Relembrando o que cita o artigo 3º da CLT, empregado é conceituado a princípio como pessoa física. Assim, o médico, desde que não tenha constituído pessoa jurídica, preenche perfeitamente o primeiro requisito. Sendo assim, a partir do momento que é constituída a pessoa jurídica pelo médico, este perde o direito de reclamar judicialmente o vínculo de emprego, a menos que seja comprovada que a constituição de empresa feita pelo médico ocorreu de forma fraudulenta, apenas com intuito de omissão dos direitos trabalhistas.

Na ordem da redação dada pelo artigo 3º, o segundo requisito é que o empregado preste serviço de natureza não eventual a empregador.

O artigo 244, § 2º da CLT diz que:

[...] Considera-se de "sobre-aviso" o empregado efetivo, que permanecer em sua própria casa, aguardando a qualquer momento o chamado para o serviço. Cada escala de "sobre-aviso" será, no máximo, de vinte e quatro horas. As horas de "sobre-aviso", para todos os efeitos, serão contadas à razão de 1/3 (um terço) do salário normal.(BRASIL, 2010a)

O artigo acima citado declara expressamente que trabalha sobre o regime de “sobre-aviso” o empregado efetivo, evidenciando que qualquer profissional que labore sobre este regime está vinculado ao empregador na condição de empregado. Assim se o médico fica em sua casa, à disposição do empregador, aguardando ordens para prestar seus serviços, está este fazendo o papel de empregado.

Com relação à escala de trabalho médico, foi declarado pelo Conselho Regional de Medicina, através do parecer número 19/93, que defende às condições de trabalho dos médicos, que a escala de plantão é caracterizadora do vínculo de emprego, senão veja-se:

CFM No. 19/93, de 12/11/93. Se existir uma escala de plantão e se o cumprimento desta é obrigatório, está claramente configurada a relação trabalhista e ao médico é reconhecido o vínculo trabalhista e o devido salário de direito. (Disponível em <http://www.portalmédico.org.br>, acesso em: 08 mai 2011)

Então, se há escala, “ sobre-aviso”¹ e “escala de plantão”² e, se estes institutos caracterizam não eventualidade e vínculo de emprego, fica superada a questão da existência de habitualidade nos serviços prestados por médicos ao setor hospitalar.

Em terceiro plano, encontra-se o requisito da subordinação, cuja redação do artigo 3º da CLT fala em dependência. Conforme já exposto, é abrangente o conceito de dependência referida no artigo, sendo que existem diversas interpretações acerca desta dependência, que podem ser: jurídica, econômica, técnica, dentre outras vinculações dadas à expressão.

¹ Entende-se por regime de *sobreaviso* aquele em que o empregado permanece à disposição do empregador por um período de vinte e quatro horas, para prestar assistência aos trabalhos normais ou atender a necessidades ocasionais de operação. GOMES e GOTTSCHALK (1996, p. 304).

² Escala:Tabela em que se fixa o serviço e as folgas de empregados, funcionários etc.: escala de férias. Plantão: Serviço noturno em hospitais, fábricas, redações de jornais etc. Pessoa encarregada de tal serviço. (Disponível em: <http://www.dicio.com.br>, acesso em 08 06 2011.)

O requisito subordinação é, com relação ao trabalho médico, o mais peculiar, pois por ser uma profissão intitulada como autônoma, diz Gomes (2008, p.134), que não há, via de regra, a subordinação entre o tomador dos serviços e o autônomo que os presta, pois cada um dos contratantes assume o risco de sua atividade e tem autonomia para execução dos serviços conforme suas próprias técnicas e métodos.

É importante destacar que são raras as prestações de serviços em que o tomador não estabeleça um mínimo de diretrizes e avaliações básicas, porém essas diretrizes impostas no início, ou antes, da efetiva realização dos serviços, não descaracterizam a autonomia.

Neste sentido, encontra-se o entendimento do TRT/SP:

[...]Esse mínimo de diretrizes e avaliações básicas, que se manifestam principalmente no instante da pactuação e entrega dos serviços (embora possa haver uma ou outra conferência tópica ao longo da prestação realizada) não descaracteriza a autonomia. Recurso Improvido. (BRASIL, 2011H)

Não basta, para que seja configurada a relação de emprego, que a subordinação seja uma simples orientação sobre a prestação dos serviços, é necessário que haja a continuidade da subordinação das orientações e ordens durante a prestação dos serviços.

A dependência jurídica ou dependência hierárquica, segundo Gomes (2008, p. 133), “é o que tem logrado maior aceitação na doutrina, na legislação e na jurisprudência”, portanto é relevante que se observe o requisito da subordinação sobre este enfoque.

Gomes, expõe ainda sua interpretação dizendo:

Existem, entretanto, casos em que o poder de controlar e o disciplinar não são exercitados, mas nem por isso deixa de existir uma relação de trabalho subordinado. É que se trata de poderes cujo exercício não é necessário, nem contínuo. Entretanto, se viesse a faltar o exercício contínuo das funções de comando e direção, não haveria subordinação, e, portanto a relação não seria de emprego. (2008, p. 133)

Assim, não é necessário que se exercite o poder de direção, porém este não pode deixar de existir, pois se assim for, será descaracterizada a relação de emprego.

A personalidade está vinculada a possibilidade do profissional poder ser substituído por outro. Neste contexto afirma Biasioli:

O primeiro ponto a apreciar, neste diapasão, é a comprovação da existência de personalidade, a qual apenas será reconhecida se a obrigação não for algo fungível, que possa ser satisfeita por outrem, mas tão somente com quem a contraiu. (Disponível em: <http://www.rhcentral.com.br>; Acesso em 12 junho 2011)

Entende-se com isso que, havendo prova de que o médico poderia ser substituído por outra pessoa, fica de difícil caracterização o vínculo de emprego, pela ausência deste requisito, a personalidade.

O último requisito citado na CTL é que o serviço seja prestado mediante salário, também conhecido como requisito “onerosidade”, o qual significa que a prestação de serviços deve ser remunerada, não se admitindo, para a configuração do vínculo de emprego que o serviço seja prestado de forma gratuita.

Este requisito está presente em todas as relações de trabalho e o serviço do profissional médico é sempre remunerado, à menos que este esteja prestando algum serviço comunitário. Se o médico é contratado como profissional autônomo é remunerado através de RPA (recibo de pagamento à autônomo), se é contratado como pessoa jurídica é remunerado através de Nota Fiscal e se empregado recebe através de folha de pagamento.

Desta forma, o trabalho prestado pelo médico a hospitais, em geral, pode compreender todos os requisitos presentes no artigo 3º da CLT, devendo ser analisado no caso concreto se tais requisitos existem concomitantemente.

4.3 – Entendimento jurisprudencial da relação do trabalho médico.

O tema em questão é margem de discussão em todo o país, pois gera diversas Ações trabalhistas contra hospitais a fim de obter o reconhecimento de vínculo empregatício e neste sentido os tribunais tem se manifestado dando distintas interpretações aos requisitos caracterizadores do vínculo, conforme cada caso e suas particularidades.

O Tribunal Regional do Estado do Ceará, através de decisão de Recurso Ordinário, reformou a sentença de primeiro grau que havia reconhecido o vínculo empregatício de um médico que prestava serviço em estabelecimento de saúde, sob alegação de não preenchimento dos requisitos exigidos pela CLT.

RECURSO ORDINÁRIO MÉDICO PLANTONISTA. RELAÇÃO DE TRABALHO. Não é empregatício o vínculo mantido entre médico plantonista e unidade hospitalar quando constatados traços incompatíveis com a subordinação, onerosidade e pessoalidade, ordinariamente encontrados nos contratos de emprego. (BRASIL, 2011A)

Na decisão de primeira instância a Vara do Trabalho de Cariri/CE, em decisão proferida pelo juiz Eliude dos Santo Oliveira, julgou procedente em parte a reclamação trabalhista, condenando o Hospital e Maternidade São Francisco de Assis a pagar ao reclamante, as seguintes parcelas: aviso prévio; 13º salário de 2005 (11/12); férias vencidas em dobro de 2004/2005, acrescidas de um terço; FGTS acrescido da multa de 40%; adicional de insalubridade de 20%, com reflexos; adicional noturno, com reflexos, reconhecendo, assim, a existência de vínculo entre o médico e o hospital.

Conforme consta no relatório da decisão, o estabelecimento empregador recorreu à superior instância a fim de reformar a decisão “a quo” e seus argumentos para tal reforma foram que, “[...] não comprovada a subordinação; aduziu que a prova dos autos apontava para a relação de trabalho autônomo mantida entre as partes”. Alegou ainda “que, por outro lado, restou demonstrada a omissão praticada pelo reclamante, que teria se recusado injustificadamente a atender um paciente; que, ademais, o comportamento do reclamante no trato com os usuários do hospital era objeto de constantes protestos [...]” (BRASIL, 2011A)

A decisão colegiada foi no sentido de, por unanimidade, deferir o recurso interposto pelo hospital, alegando que a relação não abrangia o conjunto dos requisitos presentes no artigo 3º da CLT, citando a falta de pessoalidade, afirmando que:

[...] A possibilidade conferida aos plantonistas de se fazerem substituir verbera o vínculo empregatício, na medida em que não se harmoniza com a pessoalidade, requisito imprescindível para a relação celetista. Em que pese não causar espécie a constatação da pessoalidade no trabalho parassubordinado, haja vista, ressalte-se, a finalidade a que se destina (resultados sucessivos dentro da estrutura empresarial), o que deflui dos

autos é o abrandamento, ou mesmo exclusão, deste requisito. É de se sobrelevar, novamente, a prova oral colhida durante a instrução, que asseverou a viabilidade das substituições ocorrerem sem maiores controles pela reclamada, trazendo como única consequência o não recebimento do valor que remuneraria aquele plantão. Confira-se a declaração prestada pela segunda testemunha do reclamante à fl. 314, no sentido de que "em caso de substituição, é regra no hospital reclamado, que o próprio profissional médico providencie a sua substituição por outro colega de trabalho em caso de ausência". Na mesma direção se manifestou o reclamante quando do depoimento pessoal (fl. 233), afirmando que "caso não comparecesse a um dos plantões fixos [...], não recebia o pagamento dos referidos plantões". Assim, entendo fragilizado o requisito da pessoalidade. (BRASIL, 2011-A)

Apesar de admitir a existência de habitualidade dos serviços prestados, já que o médico laborou na empresa de 1977 a 2005, a decisão de segundo grau afirma a comprovação de que o requisito "pessoalidade" não era imperativo da relação, pois o médico, na sua ausência, fazia-se substituir por outro profissional, sem que houvesse objeção do hospital por este fato. A substituição era de responsabilidade do próprio profissional, que responsabilizava em arranjar quem o substituisse.

Com relação a subordinação, o acórdão apresenta a questão da parassubordinação, conceito trazido pela doutrina italiana para definir as relações subordinadas. Neste contexto a decisão alega que as diretrizes mínimas apontadas pelo empregador não devem ser considerados caracterizadores de vínculo.

Sobre o tema afirma que:

O trabalho parassubordinado é uma categoria intermediária entre o autônomo e o subordinado, abrangendo tipos de trabalho que não se enquadram exatamente em uma das duas modalidades tradicionais, entre as quais se situa, como a representação comercial, o trabalho dos profissionais liberais e outras atividades atípicas, nas quais o trabalho é prestado com pessoalidade, continuidade e coordenação. Seria a hipótese, se cabível, do trabalho autônomo com características assimiláveis ao trabalho subordinado. (NASCIMENTO, 2003, p. 370)

O trabalho autônomo, se prestado de forma parassubordinada, não se configura a relação empregatícia, sendo que esta modalidade admite uma relação intermediária entre a subordinação e o trabalho prestado pelo autônomo.

A onerosidade restou alegada na decisão, sendo que o hospital não remunerava o profissional pelos serviços prestados, sendo que apenas repassava as verbas provenientes de convenio de saúde particular ou SUS, além do médico receber por suas consultas particulares. O estabelecimento comprovou que nunca

repassou verbas que não fossem provenientes dos atendimentos citados e o pagamento era feito de forma semanal, conforme os atendimentos prestados e procedimentos realizados.

A presente tese foi acolhida de forma unânime pelo Tribunal, no sentido de negar o reconhecimento do vínculo do profissional com o estabelecimento de saúde, reformando a decisão de primeiro grau.

No mesmo sentido a decisão a seguir, proveniente da 4ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho do Estado do Rio Grande do Sul, cuja a ementa contém o seguinte teor: EMENTA: RELAÇÃO DE EMPREGO. MÉDICO PLANTONISTA. HOSPITAL. Ausente a subordinação na relação havida entre as partes, restando descaracterizada relação de emprego. (BRASIL, 2011E)

Neste caso o médico teve a negativa de reconhecimento de vínculo em primeira instância, sendo a sentença fundamentada nas alegações feitas pela defesa, que afirmou apesar de ser verdadeiro o fato de que o médico laborou na empresa por 32 anos, sendo oito horas por dia e seis dias da semana, no setor de pronto atendimento, o profissional não tinha subordinação jurídica com o hospital.

Do relatório da decisão consta que em defesa, o reclamado pugnou pela improcedência da pretensão, esclarecendo que o reclamante lhe prestou serviços na condição de médico autônomo e eram prestados no setor de pronto atendimento sob regime de comodato, sendo que os médicos que faziam plantão juntamente com o reclamante, estipulavam seu próprio horário de trabalho, sem ciência da instituição. Os pagamentos eram feitos pelos convênios de cada paciente ou atendimentos particulares, afastando assim, além da subordinação, a pessoalidade e a onerosidade da relação.

A instituição, em defesa afirmou que o pronto atendimento é gerido e administrado pelos médicos plantonistas, com receita proveniente diretamente dos atendimentos pelos convênios, numa verdadeira sociedade de fato.

Inconformado, o trabalhador recorreu a instância superior, que manteve a decisão “a quo”. A decisão colegiada fundamentou sua decisão dizendo que o que deve ser levado em consideração é a vontade das partes na ocasião do início da prestação dos serviços, para isto o relator citou partes da decisão do mesmo Tribuna, qual seja o RO 00946.731/01-2, 7ª Turma, Rel. Carlos César Cairoli Papaléo, publicado em 04/11/02, que diz:

[...] Quando se discute a existência de relação de emprego de profissional detentor de formação superior, é relevante investigar os antecedentes dessa contratação, a qualificação e condições pessoais desse trabalhador e, o quanto possível, a intenção das partes ao ajustarem a prestação dos serviços.

[...] É autorizado concluir, portanto, que a intenção das partes, ao contratarem, longe estava do desejo de se vincularem empregaticamente. Aliás, a documentação trazida aos autos corrobora a tese patronal, no sentido de que celebrado, entre os litigantes, contrato de natureza civil, assim como comprovado resta que os pagamentos ocorreram através de RPAs.

[...] Considerada a qualificação, condições e antecedentes dos contratantes, não há como reconhecer a existência de contrato de emprego que os vincule, mesmo porque não provada, a contento, a presença dos elementos elencados nos artigos 2º e 3º da CLT. Note-se que, embora os serviços tenham sido prestados pelo reclamante, pessoalmente, de forma sucessiva e a título oneroso, não se evidencia a subordinação hierárquica, necessária à constituição da relação de emprego.

Assim, com base na tese de que o *animus* não era, a princípio, de constituir relação de emprego, sendo que o reclamante apenas se utilizava da estrutura hospitalar para fazer seus atendimentos. O acórdão foi no sentido de manter a decisão de primeira instância, já que durante todo o período em que o médico laborou no hospital não houve subordinação jurídica, configurando assim a relação autônoma dos serviços prestados.

Em sentido oposto, porém com relação à constituição de pessoa jurídica para a prestação de serviços, encontra-se do já citado Tribunal Regional do Trabalho do Estado do Rio Grande do Sul:

Vínculo empregatício. A controvérsia destes autos restringe-se a quem era o prestador dos serviços, se a empresa constituída pelo reclamante ou ele próprio, restando incontroverso o fato de que houve a prestação de serviços que pertencem à atividade-fim da reclamada. Este fato, por si só, torna presumível a existência do vínculo empregatício com o médico. Considerando que a reclamada é uma instituição que presta serviços médicos e hospitalares, é evidente que deve empregar médicos para viabilizar o atendimento de seus pacientes, sendo ilegal a contratação desses profissionais por meio de empresa interposta, conforme entendimento consolidado na Súmula n.º 331, I, do TST. Recurso do reclamante provido. (BRASIL, 2011D)

No caso em tela, a reclamação do profissional médico concerne à alegação de que foi obrigado pelo empregador a constituir pessoa jurídica para poder laborar no estabelecimento, sendo que inicial reclamou pelo reconhecimento do vínculo de emprego que manteve com a reclamada durante quatro anos, já que seu labor era relativo à atividade fim da empresa. Porém, o juiz de primeiro grau

decidiu pelo não reconhecimento do vínculo empregatício, fundamentando sua decisão na tese de que as provas presentes nos autos demonstravam que a empresa foi constituída pelo médico em momento anterior ao início da prestação de serviços ao hospital.

Na decisão colegiada a sentença foi reformada, por decisão unânime da 7ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho, tendo como fundamentação o fato da inobservância do princípio informador do direito do trabalho, qual seja: a primazia da realidade, que segundo o relator da decisão, o juízo “a quo” se ateve às provas documentais de constituição da pessoa jurídica e de notas fiscais emitidas em nome desta, deixando de observar as provas testemunhais, que nem se quer foram avaliadas.

Neste sentido a decisão fez a devida análise de existência de vínculo de emprego, avaliando a questão da ilegalidade da prática de obrigação de constituição de pessoa jurídica com finalidade de eximir-se das responsabilidades trabalhistas, prática esta já cometida pelo empregador recorrido, e de conhecimento do Tribunal julgador.

A decisão condenou o estabelecimento à assinatura da CTPS do profissional, bem como o pagamento das verbas trabalhistas decorrentes da relação.

Também no sentido de reconhecimento de existência de vínculo entre médico e entidade hospitalar, encontra-se o entendimento do Tribunal Regional do Trabalho de São Paulo:

VÍNCULO EMPREGATÍCIO – MÉDICO PLANTONISTA – PRESENTES OS REQUISITOS DO ARTIGO 3º DA CLT – O contrato de trabalho é denominado contrato-realidade porque existe, não no acordo abstrato de vontades, mas na realidade da prestação do serviço, independente do que foi pactuado entre empregado e empregador. A subordinação, com as características impressas pelo moderno mercado de trabalho, e a alteridade, requisito de construção doutrinária que significa a prestação de serviços por conta alheia, devem ser conjugados para aferir se existe efetiva autonomia ou se a relação é de emprego, apesar de formalmente constituída como contrato de índole civil. No caso dos autos, a frequência, a habitualidade e a pessoalidade dos plantões no período definido na inicial e incontroverso nos autos, é compatível com o reconhecimento do vínculo empregatício com a reclamada, porque presentes os requisitos do art. 3º da Consolidação das Leis do Trabalho, especialmente a subordinação, pessoalidade, remuneração e não eventualidade. Recurso conhecido e provido. (BRASIL, 2011-G)

A presente decisão reformou sentença de primeira instância baseando-se no princípio da primazia da realidade, pouco se importando com o que foi pactuado no momento da celebração do contrato de trabalho.

Levou-se em consideração a frequência, a habitualidade e a personalidade dos plantões no período definido como de efetivo serviço prestado, qual seja, seis anos.

Com relação à subordinação, a decisão concluiu que se a prestação dos serviços era por conta alheia, ou seja, em prol da unidade hospitalar, não havia que se falar em autonomia dos serviços prestados.

A defesa alegou que nunca houve relação de emprego entre as partes, sendo que na verdade a relação era de sociedade de fato entre os médicos prestadores de serviço. Esta tese foi admitida pela decisão de primeiro grau, que julgou improcedente o pedido de reconhecimento de vínculo.

A efetiva existência de sociedade de fato afasta o direito de reclamação de vínculo, porém a decisão colegiada entendeu como contradição o alegado no depoimento da reclamada, que constava: “[...] Os médicos componentes do Corpo Clínico (o reclamante conhece a organização e cita nominalmente os colegas), submetem a administração hospitalar à suas decisões, seja no que concerne às atividades próprias de sua profissão, seja no que diz respeito ao quadro de profissionais da medicina das diversas especialidades, seja no que diz respeito à ampliação do quadro de médicos e condições impostas de trabalho e de plantões nos finais de semana e datas festivas”.

Com isso, ficou configurada a existência de subordinação, já que as decisões do corpo clínico eram vinculadas a aprovações pela administração do hospital.

A decisão foi no sentido de reconhecer o vínculo de emprego no período, bem como condenar o hospital reclamado a anotar a CTPS do autor e pagar as seguintes verbas trabalhistas:

[...] nos termos do art. 515 do CPC, condenar a reclamada ao pagamento, com juros e correção monetária na forma da lei, das seguintes verbas:

- a) décimo terceiro proporcional do ano de 2003 (prescritas as verbas anteriores à 23/09/2003) e do ano de 2008 (demissão em 04/07/2008); décimo terceiro salário integral dos anos de 2004 à 2007;
- b) férias integrais dos períodos aquisitivos de 2003/2004, 2004/2005, 2005/2006, 2006/2007 e 2007/2008, todas acrescidas do terço constitucional, e, ainda, com pagamento em dobro dos períodos

concessivos de 2003/2004, 2004/2005, 2005/2006, 2006/2007, e o pagamento, de forma simples, do período aquisitivo de 2007/2008, visto que dentro do período concessivo; férias proporcionais (7/12 avos + 1/12 avos – integração do aviso prévio) do ano de 2008.

c) aviso prévio indenizado, declarando que a referida parcela, ainda que indenizado, possui natureza salarial, devendo sobre a mesma incidir as contribuições previdenciárias;

d) adicional da hora noturna reduzida, no importe de 20% (vinte por cento), nos termos do caput do artigo 73 da CLT, bem como a prorrogação além das 05h da manhã, observado o instituto da prescrição;

e) depósito de FGTS correspondentes a todo o pacto laboral (março de 2002 à 04/07/2008), na conta vinculada do reclamante, devidamente acrescidos da multa de 40% (quarenta por cento) sobre a totalidade dos depósitos, inclusive dos valores fundiários apurados na rescisão, devendo a recorrida comprová-los, nos autos, no prazo de 10 dias do trânsito em julgado, sob pena de execução direta;

f) pagamento da multa prevista no art. 477, §8º da CLT;

g) fornecer ao reclamante as guias necessárias, preenchido com o código 01, para o soerguimento do FGTS, no prazo de 10 dias do trânsito em julgado, sem o que será expedido alvará substitutivo, bem como a entrega dos formulários para requerimento do seguro-desemprego junto à Caixa Econômica Federal, sem o que será expedido alvará substitutivo. (BRASIL, 2011-G)

Ou seja, todas as verbas devidas na relação de emprego, foram, neste caso, devidas ao trabalhador, que ao fim foi reconhecido como empregado, devido à forma como foram prestados os serviços.

Pode-se concluir que os Tribunais brasileiros tem entendimentos diversos sobre o tema em estudo e seus fundamentos e interpretações não são singulares, pois como pode ser observado, os Tribunais utilizam-se do mesmo argumento para julgar de forma distinta. Assim, o profissional médico fica subordinado às interpretações diversas da justiça para regular sua relação de trabalho.

5. Conclusão

O trabalho prestado por médicos, em geral, é autônomo, porém, quando em favor de instituição hospitalar não tem regulamento específico na lei, podendo o empregador contratá-lo como empregado ou como profissional autônomo, neste último, desde que não tenha o médico, vínculo de emprego com aquele.

A medicina, por ser uma profissão bem remunerada, acaba causando certa aversão ao empregador em contratar o profissional que a exerce, pois o protecionismo ofertado ao empregado pela CLT tem por consequência o pagamento de verbas trabalhistas.

O cooperativismo de trabalho médico e a constituição de pessoa jurídica por eles, tornaram-se hábito nas relações de trabalho destes profissionais. Foi uma forma de beneficiar seus empregadores, pois através desse tipo e contratação não há o protecionismo da CLT, o que faz com que estas modalidades de contratação sejam a preferência dos estabelecimentos de saúde que empregam médicos.

Alguns estabelecimentos de saúde acabam por condicionar a contratação à obrigação de que médico constitua empresa para que só então seja contratado.

A contratação do profissional como autônomo para prestar serviços de forma vinculada também é uma prática atual. A contratação se dá com o profissional como se este fosse prestar serviços eventualmente a empresa, quando na realidade a intenção é que se prolongue no tempo.

A partir da Emenda Constitucional 45/2004, passou ter competência para analisar a existência de vínculo de emprego de todas as relações de trabalho, abrangendo assim o trabalho médico.

O artigo 3º da CLT traz o conceito de empregado, vinculando-o a existência dos elementos que o caracterizam e que são eles: continuidade, pessoalidade, subordinação e onerosidade. Assim, se o trabalho prestado por médicos a hospitais preencher os elementos citados pelo artigo, estará caracterizado o vínculo de emprego.

As decisões dos tribunais regionais do trabalho tem tido entendimentos sobre o tema de formas diversas, não existindo, até o presente momento um

entendimento pacífico sobre a questão, sendo que conforme a elucidação dos fatos é que se posiciona a decisão.

Devido à falta de normatização do trabalho médico, o princípio da primazia da realidade tem contribuído para fundamentar as decisões dos TRT's, imperando a realidade das relações. Se o contrato for de prestação de serviços autônomo e na realidade dos fatos existe a vinculação com o trabalhador, imperará a verdade; realidade. O mesmo ocorre nos casos de médicos pessoa jurídica e o cooperado, que se sujeitam a estas relações, mas na verdade são empregados.

Assim, diante da inconsistência das normas informadoras das relações de trabalho relacionadas ao labor desempenhado pelo profissional médico ao setor hospitalar, faz-se necessário que seja regulado esse exercício, a fim de abolir as formas ilegais de prestação de serviços, as quais tem por finalidade burlar a legislação trabalhista.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Ísis de. **Manual de Direito Processual do Trabalho**. Volume I. 9. ed. São Paulo: LTr, 1998.

BIASIOLI, Marcos. **Médico plantonista e hospitais beneficentes, 2010?** Disponível em <http://www.rhcentral.com.br> – Acesso em 12 - jun – 2011.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: < <http://www.planalto.gov.br/>>. Acessado em 08 abr. 2011.

_____. **Decreto Nº 5.452, de 01 de maio de 1943**. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: < <http://www.planalto.gov.br/>>. Acessado em 08 abr. 2011a.

_____. **LEI Nº 10406, de 10 de dezembro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: < <http://www.planalto.gov.br/>>. Acessado em 08 abr. 2011b.

_____. **LEI Nº 11.788, de 25 de setembro de 2008**. Dispõe sobre o estágio de estudantes; altera a redação do art. 428 da Consolidação das Leis do Trabalho – CLT, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, e a Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996; revoga as Leis nºs 6.494, de 7 de dezembro de 1977, e 8.859, de 23 de março de 1994, o parágrafo único do art. 82 da Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996, e o art. 6º da Medida Provisória nº 2.164-41, de 24 de agosto de 2001; e dá outras providências. Disponível em: < <http://www.planalto.gov.br/>>. Acesso em 05 abril 2011c.

_____. **LEI Nº 3.999, de 1961**. Altera o salário-mínimo dos médicos e cirurgiões dentistas. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/>>. Acessado em 12 mai 2011d.

_____. **LEI Nº 4886, de 09 de dezembro de 1965**. Regula as atividades dos representantes comerciais autônomos.. Disponível em: < <http://www.planalto.gov.br/>>. Acesso em 05 abril 2011e.

_____. **LEI Nº 5859, de 11 de dezembro de 1972**. Dispõe sobre a profissão de empregado doméstico e dá outras providências. < <http://www.planalto.gov.br/>>. Acessado em 12 mai 2011f.

_____. **LEI Nº 6932, de 07 de julho de 1981.** Dispõe sobre as atividades do médico residente e dá outras providências.: < <http://www.planalto.gov.br/>>. Acessado em 12 mai 2011g.

_____. **LEI Nº 8420, de 08 de maio de 1992.** Introduce alterações na Lei nº 4.886, de 9 de dezembro de 1965, que regula as atividades dos representantes comerciais autônomos. Disponível em: < <http://www.planalto.gov.br/>>. Acessado em 07 jun 2011h.

_____. **LEI Nº 9.436, de 05 de fevereiro de 1997.** Dispõe sobre a jornada de trabalho de Médico, Médico de Saúde Pública, Médico do Trabalho e Médico Veterinário, da Administração Pública Federal direta, das autarquias e das fundações públicas federais, e dá outras providências. Disponível em: < <http://www.planalto.gov.br/>>. Acessado em 12 mai 2011i.

_____. Tribunal Regional do Trabalho do Ceará. Recurso Ordinário nº 0056/2006-027-07-00-9 - 1ª TURMA Relator: Claudio Soares Pires. J. 19 - 01-2009. Disponível em: <http://www.trt7.jus.br>. Acesso em 05 mai 2011A.

_____. Tribunal Regional do Trabalho do Distrito Federal e Tocantins. Recurso Ordinário nº 3991/99. 1ª TURMA. Relator: Fernando Américo Veiga Damasceno. J. em 29.03.2000. Disponível em: <http://www.trt10.jus.br>. Acesso em 28 abril 2011B.

_____. Tribunal Regional do Trabalho do Paraná. Recurso Ordinário nº 00632-2006-303-09-00-1-ACO-08699-2007 - 4ª TURMA Relator: SUELI GIL EL-RAFIHI. Publicado no DJPR em 10-04-2007. Disponível em: <http://www.trt9.jus.br>. Acesso em 05 abril 2011C.

_____. Tribunal Regional do Trabalho do Rio Grande do Sul. Recurso Ordinário nº 0057100-90.2009.5.04.0023 - 7ª TURMA Relator: Marcelo Gonçalves de Oliveira. J. 24 - 11-2010. Disponível em: <http://www.trt4.jus.br>. Acesso em 10 maio 2011D.

_____. Tribunal Regional do Trabalho do Rio Grande do Sul. Recurso Ordinário nº 0000122-86.2010.5.04.0402 - 4ª TURMA Relator: João Pedro Silvestrin. J. 24 - 03-2011. Disponível em: <http://www.trt4.jus.br>. Acesso em 11 maio 2011E.

_____. Tribunal Regional do Trabalho de Mato Grosso. Recurso Ordinário nº 945/99 Relator: Antonio Carlos Melnec. J. 24 – 08 - 1999. Disponível em: <http://www.trt23.jus.br>. Acesso em 11 maio 2011F.

_____.Tribunal Regional do Trabalho de São Paulo. Recurso Ordinário nº 0092600-57.2008.5.15.0118 - 5ª TURMA Relatora: Andréia guelfi Cunha. J. 03 – 12 - 2010. Disponível em: <http://www.trt15.jus.br>. Acesso em 11 mai 2011G.

_____.Tribunal Regional do Trabalho de São Paulo. Recurso Ordinário nº 02163200502202006 - 12ª TURMA Relatora: Sonia Maria Prince Franzini. J. 12 - 08-2008. Disponível em: <http://www.trt15.jus.br>. Acesso em 05 abril 2011H.

_____.Tribunal Superior do Trabalho. Súmula nº 331. Disponível em <http://www.tst.gov.br>> Acesso em 10 de mai 2011I.

_____.Tribunal Superior do Trabalho. Súmula nº 159. Disponível em <http://www.tst.gov.br>> Acesso em 10 de mai 2011J.

CREMESP - **Como atua o sistema de cooperativas de trabalho médico no Estado “Cooperativas” de trabalho médico, uma fraude?** Edição 49 - Outubro/Novembro/Dezembro de 2009. DEBATE (SM pág. 22) Disponível em: <http://www.cremesp.org.br>. Acesso em 15 mai 2011a.

CREMESP – **Código de Ética Médica**. Disponível em: <http://www.cremesp.org.br>. Acesso em 10 mai 2011b.

CALURI, Lucas Naif. **A nova competência da Justiça do Trabalho**. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 828, 9 out. 2005. Disponível em: <http://jus.uol.com.br/revista/texto/7390>>. Acesso em: 18 mar 2011.

CAMINO, Carmen. **Direito Individual do Trabalho**. 4 ed. Porto Alegre: Editora Sintese, 2004.

COZZI, Fabiano Cordeiro. **A representação comercial**. Disponível em: <http://www.rkladvocacia.com/arquivos>. Acesso em 20 abr 2011.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 3. ed. São Paulo: Editora LTr, 2004.

_____. **Curso de Direito do Trabalho**. 4ª ed. São Paulo: LTR, 2005.

_____. **Curso de Direito do Trabalho**. 7ª ed. São Paulo: LTR, 2008.

Fax Sindical – **Trabalho Médico a Carteira assinada, direitos trabalhistas e a ilusão do ganho fácil.** Disponível em: <http://www.sindimed-ba.org.br> – acesso em

GIRARDI, Sábado Nicolau. CARVALHO, Cristiana Leite. **Modalidades de contratação e remuneração do trabalho médico: Os conceitos e evidências internacionais.** Disponível em:

http://www.observearh.org.br/Modalidades_contratacao_trabalho_medico.pdf. Acesso em 02 maio 2011.

GOLDEMBERG, Arnaldo. **Prestação de Serviços, Mandato e parceria. Rio de Janeiro, [2005?]. Disponível em:**

<http://www.goldemberg.com.br/legislacao.asp?id=57>. Acesso em 22 abril 2011.

GOMES, Orlando; GOTTSCHALK, Elson. **Curso de direito do trabalho.** 18. ed. atual. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

MARTINS, Sergio Pinto. **Direito do Trabalho.** 18ª ed. São Paulo: Atlas, 2003.

_____. **Direito do Trabalho.** 21ª ed. São Paulo: Atlas, 2005.

_____. **Comentários à CLT.** 12ª ed. São Paulo: Atlas, 2008.

MARANHÃO, Délio. **Direito do Trabalho,** 4ª ed., FGV, 1976.

MTE – Ministério do trabalho e emprego. Trabalho doméstico. Empregado (a) Doméstico (a). Brasília, 2008. Disponível em:

http://www.mte.gov.br/trab_domestico/default.asp. Acesso em 02 - abril – 2011.

NASCIMENTO. Amauri Mascaro, **Iniciação ao direito do trabalho.** 29ª ed. São Paulo: LTr, 2003.

_____, **Iniciação ao direito do trabalho.** 29ª ed. São Paulo: LTr, 2005.

DALLEGRAVE NETO, José Affonso. **Nova competência trabalhista para julgar ações oriundas da relação de trabalho.** Revista do TST, Brasília, vol. 71, nº 02, Mai./Ago. 2005.

RUSSOMANO, Mozart Victor. **Comentários à CLT**. 13ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1990.

SAAD, Eduardo Gabriel. **Consolidação das leis do trabalho comentada**. 41. ed. São Paulo, Editora LTR, 2008.

SILVA, Antônio Álvares da, A RELAÇÃO DE TRABALHO MÉDICO, Jornal Hoje em Dia, 11/05/2010, p. 1.

SÜSSEKIND, Arnaldo, MARANHÃO, Délio & VIANNA, Segadas, **Instituições de Direito do Trabalho**, 14 ed., São Paulo: LTr, 1993

ANEXO I
RECURSO ORDINÁRIO N° 00056/2006-027-07-00-9

PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA DO TRABALHO
TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 7ª REGIÃO
GABINETE DO DESEMBARGADOR CLAUDIO SOARES PIRES

PROCESSO Nº: 00056/2006-027-07-00-9

TIPO: RECURSO ORDINÁRIO

RECORRENTE: HOSPITAL E MATERNIDADE SÃO FRANCISCO DE ASSIS

RECORRIDO: JOSÉ GONÇALVES SOBRINHO

EMENTA: RECURSO ORDINÁRIO. MÉDICO PLANTONISTA. RELAÇÃO DE TRABALHO. Não é empregatício o vínculo mantido entre médico plantonista e unidade hospitalar quando constatados traços incompatíveis com a subordinação, onerosidade e pessoalidade, ordinariamente encontrados nos contratos de emprego.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de RECURSO ORDINÁRIO, em que são partes HOSPITAL E MATERNIDADE SÃO FRANCISCO DE ASSIS e JOSÉ GONÇALVES SOBRINHO.

A Vara do Trabalho do Crato, em decisão proferida pelo juiz ELIUDE DOS SANTOS OLIVEIRA, julgou procedente em parte a reclamação trabalhista e improcedente a reconvenção em que são partes JOSÉ GONÇALVES SOBRINHO, reclamante/reconvindo, e HOSPITAL E MATERNIDADE SÃO FRANCISCO DE ASSIS, reclamado/reconvinte, condenando este a pagar àquele as seguintes parcelas: aviso prévio; 13º salário de 2005 (11/12); férias vencidas em dobro de 2004/2005, acrescidas de um terço; FGTS a partir de 05.10.1988, acrescido da multa de 40%; adicional de insalubridade de 20%, com reflexos; adicional noturno, com reflexos; honorários advocatícios. Recorreu ordinariamente o reclamado, alegando a inexistência de vínculo empregatício, porquanto não comprovada a subordinação; aduziu que a prova dos autos apontava para a relação de trabalho autônomo mantida entre as partes; que, por outro lado, restou demonstrada a omissão praticada pelo reclamante, que teria se recusado injustificadamente a atender um paciente; que, ademais, o comportamento do reclamante no trato com os usuários do hospital era objeto de constantes protestos; que tais condutas do

recorrido teriam gerado máculas à imagem da recorrente, pelo que seria cabível a indenização por danos morais pleiteada na reconvenção; pugnou, ainda, pela exclusão dos honorários advocatícios. Requereu o conhecimento e provimento de seu recurso, a fim de que seja reformada a sentença. Contra-razões às fls. 350/362.

É O RELATÓRIO

ISTO POSTO:

ADMISSIBILIDADE

Recurso tempestivamente interposto, contra-arrazoado, sem irregularidades para serem apontadas.

PRELIMINAR

Nada há para ser examinado.

MÉRITO

1 - Médico Plantonista. Relação de Trabalho. Em discussão nos autos está o tipo da relação de trabalho havida entre o recorrente, unidade hospitalar, e o recorrido, médico plantonista, a quem o juízo de origem deferiu parcelas celetistas do estilo.

É do reclamado o ônus da prova, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do reclamante, conforme dicção do artigo 333, inciso II, CPC. Negada a relação de emprego, mas admitida a relação de trabalho autônomo, compete ao pretendido empregador provar a alegação modificativa, sob pena de se terem por reconhecidos os direitos pugnados pelo empregado.

O reclamado admitiu a relação de trabalho, mas alegou a inexistência de vínculo empregatício, sustentando que o labor era desenvolvido de forma autônoma pelo reclamante.

Razão lhe assiste.

Traço marcante da distinção entre a relação de emprego e o trabalho autônomo, a subordinação exibe-se de forma peculiar nos casos em que a atividade do empregado demanda alto grau de conhecimento científico. Em tais hipóteses, não há que se cogitar da estrita obediência às ordens emanadas de um superior hierárquico, eis que a especialidade da execução das tarefas inibe a ingerência patronal ordinariamente constatada nos contratos de emprego. Neste diapasão, há

que se perquirir dos demais elementos inerentes à relação contratual a compatibilidade com a subordinação jurídica.

A liberdade conferida ao reclamante ao longo dos anos em que atuou no reclamado desbordava dos limites traçados pela subordinação, ainda que considerada de forma mitigada.

Em verdade, convenço-me cuidarem os autos de relação permeada em parte pela subordinação tradicional e, de outra banda, pelos chamados contratos de atividade (trabalho autônomo e representação comercial, por exemplo).

Trata-se de conceito contemporâneo, elaborado inicialmente pela doutrina italiana e difundido pelo mundo diante da constatação de novas formas de relação de trabalho que, apesar da existência de características sugestivas de vínculo empregatício, não se albergam pela legislação trabalhista.

Conquanto esteja inserido na organização da empresa, o trabalho "parassubordinado" se volta para a consecução de resultados sucessivos, através da coordenação, e não subordinação, entre o profissional e o empresário. É neste ponto que se diferencia do trabalho autônomo, voltado este para objetivos pontuais e não necessariamente ligados à atividade-fim da empresa.

Por tais particularidades é que a parassubordinação é frequentemente encontrada em relações de trabalho mantidas por profissionais liberais, cujo grau de conhecimento exigido na execução dos encargos se amolda nessa nova forma de subordinação.

Não se está, frise-se, excluindo a possibilidade de que profissionais liberais sejam efetivamente empregados, nem tampouco vinculando-os necessariamente à idéia de parassubordinação, mas apenas ressaltando-se um outro olhar para as relações de trabalho tal a dos autos.

Neste azo, calha à parassubordinação o contexto da relação que exsurge da presente demanda.

O reclamante prestou serviços à reclamada de 1977 a 2005, através de plantões concedidos duas vezes por semana. Inarredável é a habitualidade desta relação. Contudo, a continuidade é realmente um traço característico do trabalho parassubordinado, pois a finalidade de obtenção de resultados sucessivos dentro da organização da empresa dela não pode prescindir.

Todavia, conforme declarado pelas duas testemunhas do recorrido, os médicos plantonistas atendiam tanto os pacientes através de convênios públicos (SUS) e

privados (planos de saúde), como através de consultas particulares. Nos dois primeiros casos, o hospital recebia dos convenientes o valor dos atendimentos e os repassava para os médicos, salvo determinados convênios, em que o próprio plano de saúde efetuava o pagamento diretamente para o profissional. Nos casos particulares, o pagamento era feito diretamente ao hospital, que semanalmente remunerava os profissionais, de acordo com a quantidade de atendimentos prestados.

Ocorre que tais valores em nenhum momento foram fixados ao talante exclusivo do empregador, sendo decorrentes, no caso dos convênios, de tabelas estabelecidas, ou, nos casos de consultas particulares, de prévio ajuste com os profissionais. A meu sentir, afasta-se do vínculo empregatício e aproxima-se do parassubordinado a prestação de serviços cujo preço é fixado não pelo pretense empregador, conforme sua conveniência, mas sim mediante negociação com o suposto empregado.

De outra banda, o fato de os plantonistas receberem os valores do recorrente não implica necessariamente que fossem remunerados pelo hospital, denotando-se que, em verdade, ocorria apenas o repasse das verbas.

Neste sentido, colhem-se os precedentes abaixo colacionados:

1. MÉDICO credenciado pelo SUS para atender pacientes beneficiários da Previdência Social, bem como por convênios vários, para atendimento aos seus filiados. Atividade desenvolvida no hospital recorrido, que também é credenciado pelo órgão previdenciário e por vários convênios de saúde existentes no Ceará. Remuneração do reclamante recebida diretamente do SUS e dos convênios referidos, o que, prima facie, exclui qualquer possibilidade de reconhecimento de relação de emprego, já que o hospital reclamado não remunerava o reclamante por seus serviços. 2. Recurso Ordinário conhecido e improvido. (TRT 7ª Região - Proc. RO nº 1145/98 - Ac. nº 625/2003 – Relator Juiz JUDICAEL SUDÁRIO DE PINHO - Decisão publicada em 10.04.03).

"Vínculo de emprego. Não é empregado médico credenciado pelo SUS, recebendo deste diretamente pelos serviços prestados, mesmo realizando plantões em hospital e dele recebendo o repasse dos honorários pagos pelos convênios e clientes particulares. Trabalha em proveito próprio, utilizando-se da

parceria com o nosocômio. Recurso a que se nega provimento." (TRT 17ª Região - Proc. RO nº 1090/97 - Ac. nº 5142/98 - Relatora Juíza MARIA FRANCISCA DOS SANTOS LACERDA - Decisão publicada em 22.04.98).

EMENTA: RELAÇÃO DE EMPREGO. NÃO CARACTERIZAÇÃO. O traço definidor da situação de empregado não está na subordinação simplesmente, mas no grau ou intensidade desta subordinação. Necessário, portanto, aferir-se a sua intensidade, para se concluir sobre a existência, ou não, da relação de emprego. O fato de que o reclamante, médico, comparecia em dias determinados da semana, bem como somente atendia aos clientes da reclamada, não faz presumir existência de subordinação jurídica, mas tão-somente, organização do serviço a ser executado. Em suas ausências, as reclamadas disponibilizavam outro médico para atendimento das clientes, sem qualquer penalidade para o reclamante, donde se infere não haver pessoalidade. Também havia obrigação de resultado para o reclamante, que somente recebia a paga pelas consultas efetivamente realizadas, não havendo a onerosidade típica da relação de emprego, que subsiste mesmo nas ausências perdoadas, ou pelo tempo à disposição do empregador. (Processo 1420-2001-021-03-00-7 RO, Data Publicação 08.06.2002, DJMG, p. 13, Quinta Turma, Relator Convocado Emerson José Alves Lage, Revisor Eduardo Augustot Lobato).

Igualmente, a possibilidade conferida aos plantonistas de se fazerem substituir verbera o vínculo empregatício, na medida em que não se harmoniza com a pessoalidade, requisito imprescindível para a relação celetista.

Em que pese não causar espécie a constatação da pessoalidade no trabalho parassubordinado, haja vista, ressalte-se, a finalidade a que se destina (resultados sucessivos dentro da estrutura empresarial), o que deflui dos autos é o abrandamento, ou mesmo exclusão, deste requisito.

É de se sobrelevar, novamente, a prova oral colhida durante a instrução, que asseverou a viabilidade das substituições ocorrerem sem maiores controles pela reclamada, trazendo como única consequência o não recebimento do valor que remuneraria aquele plantão.

Confira-se a declaração prestada pela segunda testemunha do reclamante à fl. 314, no sentido de que "em caso de substituição, é regra no hospital reclamado, que o

próprio profissional médico providencie a sua substituição por outro colega de trabalho em caso de ausência".

Na mesma direção se manifestou o reclamante quando do depoimento pessoal (fl. 233), afirmando que "caso não comparecesse a um dos plantões fixos [...], não recebia o pagamento dos referidos plantões".

Assim, entendo fragilizado o requisito da pessoalidade, calhando à espécie o julgado que se segue:

RELAÇÃO DE EMPREGO. MÉDICO PLANTONISTA. Embora evidenciado que a reclamada conta em seus quadros com médicos empregados, restou comprovado que o reclamante, diferentemente, era autônomo, pois dentre outros fatores que caracterizavam o relacionamento das partes ele próprio, como plantonista, indicava seu substituto quando não podia cumprir algum plantão. Os plantões, de resto, só eram remunerados quando efetivamente cumpridos. Ressalte-se que, tratando-se de profissional liberal, contratado em face de especial aptidão técnica, como no caso, dilui-se o conceito de subordinação, utilizado nos demais casos para a configuração do vínculo. Recurso do reclamante a que se nega provimento. (TRT 24ª Região - Proc. RO nº 0584/2004 - Relator Juiz MÁRCIO EURICO VITRAL AMARO - Decisão em 13.05.2005).

Dá-se, portanto, provimento ao apelo, a fim de que seja excluído o vínculo empregatício entre as partes.

2 - Honorários Advocatícios. Afastada a relação de emprego, restam improcedentes os pedidos do reclamante, perecendo, desse modo, os honorários advocatícios, verba acessória, cuja sorte é a mesma do principal.

3 - Danos Morais. Em sede de reconvenção, pleiteou a reclamada indenização por danos morais, sob o fundamento de que o comportamento do reclamante teria causado prejuízos à imagem do hospital. Não merece provimento o apelo, corroborando-se o acerto da sentença, que indeferiu o pleito reconvenicional à minguada prova que o justificasse. Com efeito, as imprecizações feitas pela reconvincente, no sentido de que o reclamante, além de se recusar injustificadamente a

atender determinado paciente, tratava os usuários sem a urbanidade devida, não encontram respaldo nas provas judicialmente produzidas.

Em abono de sua pretensão, a recorrente trouxe aos autos documentos noticiadores de fatos que, quando submetidos ao contraditório, não restaram evidenciados.

O ofício da Secretaria de Saúde do Município de Farias Brito, bem como as reclamações feitas por usuários do hospital, carecem da confirmação pelas demais provas coligidas, sobretudo os depoimentos pessoais e testemunhais. As duas testemunhas convidadas pela reclamada tomaram conhecimento dos fatos através de terceiros, e não por presenciá-los. Mesmo a secretária municipal, redatora do ofício mencionado, soube do incidente pelo motorista da ambulância que conduzia o paciente, a cujo atendimento teria se recusado o reclamante. Todavia, a versão apresentada pelo motorista é diametralmente oposta à do médico plantonista, que de forma justificada teria encaminhado o paciente para outro hospital, em face da ausência de vagas na UTI do reclamado.

Aliás, este foi a conclusão do relator da sindicância procedida pelo Conselho Regional de Medicina, opinando pelo arquivamento do processo, consoante se infere do parecer de fls. 157/160. Logo, nada há para ser reformado.

ANTE O EXPOSTO:

ACORDAM OS DESEMBARGADORES DA 2ª TURMA DO TRIBUNAL DO TRABALHO DA 7ª REGIÃO, por unanimidade, conhecer do recurso e dar-lhe parcial provimento, a fim de julgar improcedente a reclamação trabalhista. Mantida, contudo, a improcedência da reconvenção. Custas invertidas e dispensadas, na forma da lei.

Fortaleza, 19 de janeiro de 2009

CLAUDIO SOARES PIRES

Desembargador Relator

ANEXO II
RECURSO ORDINÁRIO N° 0057100-90.2009.5.04.0023



PODER JUDICIÁRIO FEDERAL

TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 4ª REGIÃO

ACÓRDÃO

0057100-90.2009.5.04.0023 RO

EMENTA: Vínculo empregatício. A controvérsia destes autos restringe-se a quem era o prestador dos serviços, se a empresa constituída pelo reclamante ou ele próprio, restando incontroverso o fato de que houve a prestação de serviços que pertencem à atividade-fim da reclamada. Este fato, por si só, torna presumível a existência do vínculo empregatício com o médico. Considerando que a reclamada é uma instituição que presta serviços médicos e hospitalares, é evidente que deve empregar médicos para viabilizar o atendimento de seus pacientes, sendo ilegal a contratação desses profissionais por meio de empresa interposta, conforme entendimento consolidado na Súmula n.º 331, I, do TST. Recurso do reclamante provido.

VISTOS e relatados estes autos de **RECURSO ORDINÁRIO** interposto de sentença proferida pelo MM. Juiz da 23ª Vara do Trabalho de Porto Alegre, sendo recorrente **RODRIGO ROSA RUSSOWSKI** e recorrido **COMUNIDADE EVANGÉLICA LUTERANA SÃO PAULO - CELSP**.

O reclamante recorre ordinariamente da sentença das fls. 297/302, proferida pelo Exmo. Juiz Volnei de Oliveira Mayer. Nas razões das fls. 307/309, manifesta inconformidade em relação a: vínculo empregatício. O recurso é tempestivo.

A reclamada apresenta contra-razões às fls. 314/324.

Os autos sobem a este Tribunal para julgamento e são distribuídos a este Relator.

É o relatório.

ISTO POSTO:

O reclamante insurge-se contra a decisão que não reconheceu o vínculo empregatício com a reclamada. Argumenta que, quando foi contratado, foi obrigado a constituir uma empresa a quem a reclamada pagaria pelos serviços, com o intuito de mascarar a relação de emprego. Diz que, de acordo com o documento da fl. 16, a empresa foi aberta em 30/07/2004, mas a nota fiscal da fl. 107 comprova que o reclamante prestou atendimentos em julho de 2004. Também sustenta que prestou serviços relativos à atividade-fim da reclamada, com todos os requisitos necessários à relação de emprego.

A sentença não reconheceu o vínculo de emprego sob os fundamentos de que a prova documental comprovou a tese da reclamada, pois o ajuste da prestação dos serviços foi realizado em 27/08/2004, enquanto que a empresa individual do reclamante foi constituída em momento anterior, nada impedindo que o autor tenha constituído a empresa com pretensão de prestar serviços à reclamada. Saliu que incumbia ao reclamante demonstrar nos autos a presença dos requisitos indispensáveis à relação de emprego para desconstituir a prova documental dos autos, ônus do qual não se desincumbiu a contento.

O reclamante juntou à fl. 107, nota fiscal emitida em 10/09/2004 pela empresa Rodrigo Rosa Russowski relativa à prestação de serviços durante os meses de julho e agosto.

Na defesa das fls. 149/167, em relação aos fatos, a reclamada assim se manifestou: “impugna a alegação de que o início da prestação de serviços se deu em julho de 2004. Em verdade, a primeira nota fiscal emitida pela empresa do Reclamante, ou seja, o início da prestação do serviço se deu no mês de setembro de 2004, conforme própria documentação juntada pelo autor”. No tocante ao vínculo de emprego, disse: “O reclamante jamais manteve relação empregatícia com a demandada. (...) Em verdade, o reclamante locava sala no prédio da ULBRA SAÚDE, local onde fazia o atendimento dos pacientes dos planos de saúde a qual estava credenciado, assim como particulares. Ainda, o reclamante prestou serviços à reclamada através da empresa Rodrigo Rosa Russowski, da qual, ao que tem conhecimento, figurava como sócio. Recebia através dessa empresa os atendimentos realizados mediante convênio com a Instituição e o plano de saúde”. Juntou os seguintes documentos: às fls. 169/172, contrato de prestação de serviços médicos firmado em 27/08/2004 com a pessoa jurídica constituída pelo reclamante, cujo objeto é o pronto atendimento

clínico na especialidade de psiquiatria, pelo preço de R\$ 27,50 por hora, independentemente do horário diurno ou noturno; à fl. 173, requerimento de empresário do reclamante, com data de início das atividades em 10/07/2004, assinatura em 01/07/2004 e registro na Junta Comercial em 30/07/2004; à fl. 175, comprovante de inscrição no CNPJ em 30/07/2004.

Não foi produzida prova testemunhal.

A despeito do entendimento do juízo de origem acerca do valor da prova documental, o direito do trabalho é norteado pelo princípio da primazia da realidade, motivo pelo qual os documentos juntados aos autos pela reclamada não consistem em prova inequívoca de que não houve relação de emprego, sendo necessária a análise circunstancial dos fatos alegados pelas partes.

A controvérsia destes autos restringe-se a quem era o prestador dos serviços, se a empresa constituída pelo reclamante ou ele próprio, restando incontroverso o fato de que houve a prestação de serviços que pertencem à atividade-fim da reclamada. Este fato, por si só, torna presumível a existência do vínculo empregatício com o médico. Considerando que a reclamada é uma instituição que presta serviços médicos e hospitalares, é evidente que deve empregar médicos para viabilizar o atendimento de seus pacientes, sendo ilegal a contratação desses profissionais por meio de empresa interposta, conforme entendimento consolidado na Súmula n.º 331, I, do TST:

SUM-331 CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEGALIDADE (mantida) - Res. 121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003

I - A contratação de trabalhadores por empresa interposta é ilegal, formando-se o vínculo diretamente com o tomador dos serviços, salvo no caso de trabalho temporário (Lei nº 6.019, de 03.01.1974).

Aliás, esta Turma Julgadora tem o conhecimento de que é prática corriqueira da reclamada contratar médicos por intermédio de pessoa jurídica, mas que laboram como se empregados fossem, conforme julgamento realizado no processo nº 0081700-06.2009.5.04.0241, cujo acórdão foi publicado em 15/09/2010 e relatado por este Juiz-Convocado, in verbis:

EMENTA: RELAÇÃO DE EMPREGO. Caso em que os próprios termos contratuais convergem à aplicação ao caso do entendimento consolidado

na Súmula n.º 331, I, do C. TST, corroborada pela prova oral colhida na origem.

Ainda, citam-se como exemplos as seguintes decisões deste Tribunal:

EMENTA: VÍNCULO EMPREGATÍCIO. Médico cirurgião pediátrico contratado como prestador de serviços por Hospitais da ULBRA. Nulidade do contrato em face da caracterização de relação empregatícia típica, pela inserção do trabalhador na atividade-fim da reclamada e presença dos demais elementos caracterizadores da relação de emprego. Recurso do reclamante provido. (Processo: 0038300-80.2009.5.04.0001. Relator: Juiz-Convocado Francisco Rossal de Araújo. Data da publicação: 15/04/2010)

VÍNCULO DE EMPREGO. A prova dos autos revela a presença dos requisitos necessários à configuração da relação de emprego, previstos no artigo 3º da CLT, sobretudo tendo em vista que o trabalho do reclamante atendia a necessidades permanentes da empresa, caracterizando-se, assim, a não-eventualidade e a inserção objetiva na finalidade do empreendimento econômico. (Processo: 00856-2007-332-04-00-7, Relatora: Desembargadora Ione Salin Gonçalves. Data da publicação: 07/04/2010)

Ante os citados precedentes jurisprudenciais, salienta-se que, nestes autos, não há provas suficientes para convencer este juízo de que a relação entre as partes não se trata de relação de emprego por haver fatores que excluam essa possibilidade, como a locação de sala pelo reclamante no prédio da ULBRA SAÚDE apenas para atendimento de seus pacientes, alegada na contestação, ou que a prestação de serviços se deu realmente por uma empresa, de forma impessoal e não subordinada. E o ônus dessa prova incumbia à reclamada, por serem suas alegações e fatos impeditivos do direito do autor, nos termos do art. 818 da CLT, combinado com o art. 333, II, do CPC. Não o fazendo, impõe-se o reconhecimento do vínculo empregatício com a reclamada, decorrente da nulidade do contrato de prestação de serviços das fls. 169/172.

Quanto ao período da relação, embora as notas fiscais das fls. 107 e seguintes tenham sido emitidas pelo reclamante de maneira unilateral, a reclamada afirmou que “o início da prestação do serviço se deu no mês de setembro de 2004, **conforme própria documentação juntada pelo autor**” (grifado). Dessa forma, verifica-se que a prestação dos serviços iniciou em julho de 2004, apenas tendo

havido a emissão da nota fiscal em 10/09/2004. Como as partes não especificaram a data em que o reclamante começou a laborar, mas as notas fiscais deixam claro não ser a constante do contrato de prestação dos serviços, 27/08/2004, arbitra-se que o empregado foi admitido em 15/07/2004 e acolhe-se como término da relação de emprego a data 16/04/2009, informada na inicial.

Sendo assim, dá-se provimento ao recurso do reclamante, para declarar a existência de seu vínculo empregatício com a reclamada no período de 15/07/2004 a 16/04/2009 e para condenar a reclamada à anotar sua CTPS, determinando-se a remessa dos autos à origem para a análise dos demais pedidos da inicial.

Ante o exposto,

ACORDAM os Magistrados integrantes da 7ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região: por unanimidade de votos, dar provimento ao recurso do reclamante, para declarar a existência de seu vínculo empregatício com a reclamada no período de 15/07/2004 a 16/04/2009 e para condenar a reclamada à anotar sua CTPS, determinando-se a remessa dos autos à origem para a análise dos demais pedidos da inicial.

Intimem-se.

Porto Alegre, 24 de novembro de 2010 (quarta-feira).

**JUIZ CONVOCADO MARCELO
GONÇALVES DE OLIVEIRA
Relator**

ANEXO III
RECURSO ORDINÁRIO N° 0000122-86.2010.5.04.0402



PODER JUDICIÁRIO FEDERAL

TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 4ª REGIÃO

ACÓRDÃO

0000122-86.2010.5.04.0402

EMENTA: RELAÇÃO DE EMPREGO. MÉDICO PLANTONISTA. HOSPITAL. Ausente a subordinação na relação havida entre as partes, restando descaracterizada relação de emprego.

VISTOS e relatados estes autos de **RECURSO ORDINÁRIO** interposto de sentença proferida pelo MM. Juiz da 2ª Vara do Trabalho de Caxias do Sul, sendo recorrente **MARIONEI SILVEIRA DOS SANTOS** e recorrido **HOSPITAL SAÚDE LTDA.**

Trata-se de recurso ordinário do reclamante, inconformado com a sentença proferida pela Juíza Ana Luiza Barros de Oliveira que, julgando improcedente a demanda, não reconheceu a existência de relação de emprego entre as partes. O reclamado apresenta contra-razões. Subindo os autos ao Regional, são distribuídos na forma regimental.

É o relatório.

ISTO POSTO:

CONHECIMENTO.

O recurso é tempestivo (fls. 251, 254) e a representação da recorrente é regular (fls. 14 e 219). Foram recolhidas as custas processuais (fl. 279). Estando preenchidos os pressupostos de admissibilidade, conhece-se do recurso.

RELAÇÃO DE EMPREGO. MÉDICO PLANTONISTA. HOSPITAL

Na inicial, o reclamante afirmou ter prestado serviços no reclamado, de maio de 1978 a fevereiro de 2010, desempenhando a função de médico plantonista em unidade de pronto atendimento adulto, realizando, em média, no período de 1978 a

1990, oito plantões de 8 horas diárias, sendo 5 diurnos (das 8h às 20h) e 3 noturnos (das 20 às 8h), sendo que, dos 8 plantões, em média 3 correspondiam a sábados e domingos; de 1990 até 2005, passou a fazer nove plantões mensais, em média, sendo 6 diurnos e 3 noturnos, dois desses em finais de semana; de 2005 até a presente data o reclamante mantém a média de nove plantões diurnos mensais, com apenas um em final de semana; de 1978 a 2002, disse também atuar como coordenador dos demais sete médicos que com ele dividiam os plantões no hospital demandado; de dezembro de 2003 a março de 2004 esteve afastado em face de realização de cirurgia de ponte de safena. Postulou o reconhecimento de que a relação havida foi de emprego.

Em defesa, o reclamado pugnou pela improcedência da pretensão, esclarecendo que o reclamante lhe prestou serviços na condição de médico autônomo, em sistema de comodato, atuando juntamente com oito outros médicos no pronto atendimento, sem subordinação, podendo estabelecer sua jornada sem qualquer interferência do hospital. Afirmou que o pronto atendimento é gerido e administrado pelos médicos plantonistas, com receita proveniente diretamente dos atendimentos pelos convênios, numa verdadeira sociedade de fato.

O Juízo de origem julgou improcedente a ação. Fundamentou a decisão na ausência do requisito subordinação na relação havida entre as partes.

Irresignado, recorre o reclamante.

O deslinde da questão em apreço passa pela verificação da presença ou não, na relação havida entre as partes, de subordinação jurídica, a qual, caso presente, não configuraria o caráter autônomo de que aparentemente revestida a relação no longo lapso temporal citado. Vejamos.

Na lição de Maurício Godinho Delgado (Curso de Direito do Trabalho; 3ª edição; São Paulo; LTr; 2004; pp. 302/303), a subordinação traduz-se na *situação em que se encontra o trabalhador, decorrente da limitação contratual da autonomia de sua vontade, para o fim de transferir ao empregador o poder de direção sobre a atividade que desempenha. Como se percebe, no Direito do Trabalho a subordinação é encarada sob um prisma objetivo: ela atua sobre o modo de realização da prestação e não sobre a pessoa do trabalhador.*

Ribeiro de Vilhena, por sua vez, (*in* Relação de Emprego. Estrutura Legal e Supostos) ensina que "*A relação de emprego dos profissionais liberais advém do conjunto de relações por eles mantidas com a empresa credora de seu trabalho. A subordinação que lhe é peculiar não guarda as mesmas características que se encontram, amiúde, no status dos trabalhadores em geral. (...) A permanência e a necessidade dosam-se pelo grau de expectativa, quando a empresa conta, a*

qualquer momento, com os serviços do profissional." (2 ed. rev., atual. e aum. São Paulo, LTr, 1999, p. 562).

No caso em tela, vê-se que o reclamante, no período declinado na peça inicial, desempenhou a função de médico plantonista na unidade de emergência do reclamado, percebendo, via recibo de pagamento de profissional autônomo, a contraprestação pelo trabalho desenvolvido, quando do atendimento ao plano ACIPLAN, ou seja, plano médico de propriedade do reclamado, destinado ao atendimento de acidentes do trabalho (fls. 35 e seguintes). Verifica-se, ainda, que a prestação de serviços se dava mediante o cumprimento de plantões de oito horas, os quais eram estabelecidos de acordo com a disponibilidade horária dos médicos participantes do pronto atendimento adulto, entre eles, o reclamante. As receitas provenientes dos atendimentos aos planos UNIMED, IPE, IPAM, FÁTIMA, CÍRCULO, etc, eram pagas diretamente aos médicos plantonistas, sem qualquer participação do reclamado. Nesse sentido, oportuna a transcrição de parte do depoimento do reclamante, à fl. 236, *in verbis*: “...*que é o coordenador que elabora a escala de plantão do pronto atendimento de adultos; que o depoente já foi coordenador, até 1999; que começou a ser coordenador em 1990; que todos os planos exceto unimed o hospital recebe e ‘nos repassa os valores’; como a Unimed é cooperativa ela não paga a terceiros, paga diretamente aos profissionais; que o depoente só atende no hospital há 34 anos, não tem consultório particular; perguntado se o reclamante está aposentado, disse que sim, pelo Estado; que é exigência da direção, quando escolhem alguém para o plantão, façam parte do corpo clínico do hospital;*” .

Os médicos dispunham de forma gratuita da área e dos equipamentos que guarnecem o Pronto Socorro do hospital demandado, restando caracterizado o empréstimo de uso, ou o comodato, tal como alegado na defesa. Além disso, o hospital repassava integralmente os valores referentes às consultas realizadas pelo reclamante, como o evidencia a prova oral. Por fim, o elemento subordinação não está presente na relação havida entre as partes, já que o próprio autor dirigia a forma de realização de suas tarefas.

Em analisando caso análogo, assim se posicionou este Tribunal (Processo RO 00946.731/01-2, 7ª Turma, Rel. Carlos César Cairolí Papaléo, publicado em 04/11/02):

“Não resta a menor dúvida que os profissionais liberais, como é o caso dos médicos, podem prestar serviços de forma subordinada, e são empregados, ou de forma autônoma, por meio de contratos civis.

A proletarização das profissões ditas liberais é uma realidade crescente. A proliferação de universidades, a recessão econômica, a concentração populacional nos grandes centros urbanos são, entre outros, os fatores que, gradativamente, reduziram espaços no mercado de trabalho, tornando-o altamente competitivo.

Médicos, dentistas, arquitetos, advogados, antes atividades tradicional e essencialmente liberais, passaram a ter, na vinculação empregatícia, a possibilidade do seu exercício.

O associamento em cooperativas, a contratação de convênios ou de credenciamentos, o agrupamento de profissionais por especialização para a prestação mais abrangente de serviços, se revelaram fórmulas criativas e eficazes para o enfrentamento das vicissitudes do mercado, sem que fosse perdida, integralmente, a liberalidade da profissão.

Essa realidade, todavia, não retira do profissional a sua condição de diferenciado no contexto da sociedade brasileira. É diferenciado pelo grau de instrução conquistado, pelo estágio cultural alcançado, pelas oportunidades que lhe são oferecidas, não importando a quantidade delas.

Realizada a digressão que se impunha, é nesse contexto que devemos examinar a lide proposta.

(...)

Quando se discute a existência de relação de emprego de profissional detentor de formação superior, é relevante investigar os antecedentes dessa contratação, a qualificação e condições pessoais desse trabalhador e, o quanto possível, a intenção das partes ao ajustarem a prestação dos serviços.

É autorizado concluir, portanto, que a intenção das partes, ao contratarem, longe estava do desejo de se vincularem empregaticamente. Aliás, a documentação trazida aos autos corrobora a tese patronal, no sentido de que celebrado, entre os litigantes, contrato de natureza civil, assim como comprovado resta que os pagamentos ocorreram através de RPAs.

Considerada a qualificação, condições e antecedentes dos contratantes, não há como reconhecer a existência de contrato de emprego que os vincule, mesmo porque não provada, a contento, a presença dos elementos elencados nos artigos 2º e

3º da CLT. Note-se que, embora os serviços tenham sido prestados pelo reclamante, pessoalmente, de forma sucessiva e a título oneroso, não se evidencia a subordinação hierárquica, necessária à constituição da relação de emprego.”

Ainda nessa linha, a seguinte ementa:

RELAÇÃO DE EMPREGO. MÉDICO PLANTONISTA. CONFISSÃO DA RECLAMANTE DE AUTONOMIA NA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. *Resta afastada a existência de vínculo de emprego ante a admissão pela parte reclamante da disponibilidade para escolha dos plantões e da possibilidade de afastamento da prestação de serviços sem autorização da reclamada. (Processo RO 01179-2003-005-04-00-3, da lavra do Exmo. Juiz Mário Chaves, publicado em 10/12/2004).*

Deve-se atentar para o fato de que o reclamante exerceu função de professor na Fundação Universidade de Caxias do Sul, nas disciplinas de Medicina Legal e Deontologia (de 1978 a 2006, fl. 91), exerce cargo de direção sindical há mais de 20 anos, em entidades sindicais e profissionais, atuando como Presidente do Sindicato dos Médicos de Caxias do Sul, foi nomeado para o cargo em comissão de Secretário Municipal da Saúde e Meio Ambiente, em 1989 (fl. 92), exerceu a função de vice-presidente no Conselho Regional de Medicinal do RS na gestão 1993/1998 (fl. 93), foi eleito para cargo de 2º vice-presidente da Federação Nacional dos Médicos em 2004 e, atua como médico no hospital demandado há mais de 30 anos. Não se duvida, portanto, que detenha discernimento suficiente a garantir-lhe a exata compreensão de sua condição profissional, devendo-se notar que permaneceu por mais de 30 anos vinculado ao plantão de pronto atendimento que funciona no hospital demandado, concordando com todas as diretivas da prestação das suas atividades, sem que nunca tenha se insurgido, salvo quando confrontado com a perda da colocação profissional.

Questão análoga a em exame já enfrentada por esta Turma Julgadora no RO 0038100-83.2008.5.04.0203, acórdão de lavra do Exmo. Des. Hugo Carlos Scheuermann, julgado em 16/04/2009 – julgado destacado na sentença, inclusive -, do qual destaca-se o que segue, que também se adota como razões de decidir:

EMENTA: MÉDICO PLANTONISTA. VÍNCULO DE EMPREGO NÃO RECONHECIDO. *Quando a prova dos autos evidencia*

que a prestação de trabalho por mais de quarenta anos ocorreu de forma autônoma e consoante os plantões obstétricos semanais organizados conforme as escalas do corpo clínico, sem a participação do hospital reclamado, que nenhuma ingerência tinha na forma da prestação dos serviços, sequer realizando pagamentos aos médicos, impõe-se manter a sentença que não reconheceu a relação de emprego, porque efetivamente ausentes os requisitos contidos nos artigos 2º e 3º da CLT. Negado provimento ao recurso ordinário do reclamante.

[...]

Na realidade, a conclusão é de que a relação havida entre as partes decorria de interesses recíprocos, por meio da qual o reclamante se utilizava da estrutura hospitalar do reclamado para prestar seus serviços tanto em razão do credenciamento junto ao SUS, como por meio de consultas particulares e por convênios e o hospital dele se valia para manter serviço de atendimento na área de saúde à população.

Em tais circunstâncias, ao contrário de se ter a prova da relação de emprego, o conteúdo dos autos evidencia a autonomia do trabalho prestado, impondo-se manter a sentença que não reconheceu o vínculo de emprego.

Pelas razões supra, nega-se provimento ao recurso.

Ante o exposto,

ACORDAM os Magistrados integrantes da 4ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região: por unanimidade, **NEGAR PROVIMENTO** ao recurso do reclamante.

Intimem-se.

Porto Alegre, 24 de março de 2011 (quinta-feira).

DESEMBARGADOR JOÃO PEDRO SILVESTRIN

Relator

ANEXO IV
RECURSO ORDINÁRIO N° 0092600-57.2008.5.15.0118

PROCESSO TRT 15ª REGIÃO Nº. 0092600-57.2008.5.15.0118

RECURSO ORDINÁRIO

VARA DO TRABALHO DE ITAPIRA

RECORRENTE: CLINTON FERNANDES

RECORRIDA: IRMANDADE DA SANTA CASA DE MISERICÓRDIA DE SOCORRO

JUÍZA SENTENCIANTE: ANDRÉIA GUELFY CUNHA

VÍNCULO EMPREGATÍCIO – MÉDICO PLANTONISTA – PRESENTES OS REQUISITOS DO ARTIGO 3º DA CLT – O contrato de trabalho é denominado contrato-realidade porque existe, não no acordo abstrato de vontades, mas na realidade da prestação do serviço, independente do que foi pactuado entre empregado e empregador. A subordinação, com as características impressas pelo moderno mercado de trabalho, e a alteridade, requisito de construção doutrinária que significa a prestação de serviços por conta alheia, devem ser conjugados para aferir se existe efetiva autonomia ou se a relação é de emprego, apesar de formalmente constituída como contrato de índole civil. No caso dos autos, a freqüência, a habitualidade e a pessoalidade dos plantões no período definido na inicial e incontroverso nos autos, é compatível com o reconhecimento do vínculo empregatício com a reclamada, porque presentes os requisitos do art. 3º da Consolidação das Leis do Trabalho, especialmente a subordinação, pessoalidade, remuneração e não eventualidade. Recurso conhecido e provido.

Do voto da MM. Desembargadora Relatora Dra. Elency Pereira Neves, divirjo quanto à decisão de mérito, adotando, no mais, o seu relatório, que passo a transcrever:

“Da r. sentença de fls. 548/552, proferida pela Exma. Juíza Andrea Guelfi Cunha, que improcedentes julgou os pedidos, recorre o reclamante. Pretende, com as razões de fls. 563/577, a reforma do julgado para que seja reconhecido o

vínculo empregatício, com o pagamento de todas as verbas postuladas na inicial. Requer, outrossim, o pagamento de indenização por danos morais, alegando que o ato abusivo foi praticado por funcionário da ré.

“Contrarrazões às fls. 592/610.

“É O R E L A T Ó R I O

V O T O

“Conheço do recurso, eis que regular.”

NESTE PONTO DIVIRJO DA DESEMBARGADORA RELATORA

Inconformado com a r. decisão “a quo”, que julgou a ação improcedente, recorre o reclamante, com as razões de fls. 563/577, sustentando, em síntese, que o vínculo empregatício restou comprovado nos autos, visto que presentes os requisitos do art. 3º da CLT. Alega, ainda, que a sentença teria reconhecido o dano moral praticado pelo diretor responsável pelo corpo clínico que atua na reclamada. Aduz, portanto, o reconhecimento do vínculo empregatício com a reclamada recorrida e, conseqüentemente, as demais repercussões trabalhistas e rescisórias do pacto existente.

RAZÃO ASSISTE AO RECORRENTE.

Na inicial, o reclamante sustenta que foi admitido pela reclamada em março de 2002, na função de médico plantonista, através de contrato verbal, sem anotação em CTPS. Afirma que laborava 03 vezes na semana com jornada de trabalho das 07h00 às 19h00 com dobra de 01 plantão durante a semana, ativando-se no hospital por até 48 horas ininterruptas. Percebia o salário mensal de R\$ 7.958,34, e sustenta que não recebeu, em todo período contratual, nenhum recibo de pagamento, exceto os informes de rendimento para ajuste na declaração de imposto de renda. Alega, ainda, que foi demitido em 04/07/2008 sem o recebimento das verbas rescisórias. Ademais, sustenta que houve dano a sua honra, por ter sido abruptamente, e de forma inescrupulosa, demitido sem justa causa pelo jovem médico e diretor técnico, Dr. Murilo, que o dispensou de todos os plantões sem levar

em consideração sua idade de 63 anos, requerendo a indenização de 24 meses de seu salário nominal, até que complete 65 anos, a título de danos morais. (vide fls. 03/23)

Em defesa (vide fls. 70/107), a reclamada sustenta que nunca houve vínculo trabalhista com o reclamante, visto que o médico obreiro fazia parte de um “corpo clínico”, formado por médicos em verdadeira sociedade de fato, e esta era absolutamente independente, sem qualquer subordinação à IRMANDADE DA SANTA CASA DE MISERICÓRDIA DE SOCORRO, e que não havia prestação de contas à administração do Hospital reclamado, sendo o próprio diretor clínico a autoridade máxima da referida sociedade de fato, aduzindo pela total improcedência da ação. Sustenta, ainda, que toda decisão era feita pelos próprios médicos em assembléia, com atas indicando a existência da sociedade de fato, distinta, portanto, da pessoa da reclamada. Argumenta, também, carência de ação do reclamante, tendo em vista a ausência de vínculo trabalhista entre o autor e a reclamada. Argüiu que, em tese, admitida a relação de emprego, deve ser considerado como último salário recebido pelo autor, pago pelo corpo clínico, o valor de R\$ 1.167,00. Defende que não são devidos o pagamento do aviso prévio por ter ocorrido demissão do reclamante por justa causa decorrente do abandono do emprego. Alega que não é devido o pagamento do 13º salário e 13º salário proporcional, pois aos autônomos não há amparo legal que lhe garantam esse direito. Afirma que as férias sempre foram gozadas pelo reclamante, sempre à sua conveniência e sem controle da reclamada. Argumenta que também não procede o pedido de horas extras, horas extras sobre o intervalo intrajornada, bem como seus reflexos, visto que o obreiro era médico plantonista, ou seja, um trabalhador sem jornada regular e sem controle de seu comparecimento e permanência, não existindo controle de nenhuma espécie. Sustenta, ainda, que não são devidos os depósitos fundiários porque ausente o vínculo empregatício e, caso fosse devido, em parte estaria alcançado pela prescrição. Quanto ao pagamento da multa de 40% do FGTS, mesmo que existisse o vínculo, não seria devido porque o reclamante teria sido demitido por justa causa em virtude do abandono de emprego. Por fim, quanto ao dano moral, mesmo que considerasse verdadeiras as alegações do reclamante na inicial, o simples fato de demissão de empregado não gera dano moral por ser ato diretivo da empresa, ou

seja, para configurar a hipótese de dano moral é necessário a existência de um prejuízo que o reclamante não logrou provar. (vide fls. 70/107)

Na instrução probatória (vide fls. 66/69), a prova oral produzida teve por objeto, exclusivamente, o vínculo empregatício e o dano moral, visto que restou incontroverso nos autos a jornada de trabalho e a remuneração, pois a jornada não foi impugnada pela reclamada e o reclamante, em réplica, não impugnou a documentação juntada pela reclamada quanto a remuneração.

A r. sentença, de fls. 548/552, complementada às fls. 560/561, julgou a pretensão do reclamante totalmente improcedente, admitindo a existência da sociedade de fato, diversa e independente da instituição da reclamada, não reconhecendo, portanto, vínculo trabalhista entre o autor e o Hospital recorrido.

Pois bem.

Para a configuração da relação empregatícia, mister se faz a presença dos quatro requisitos em conjunto, frise-se, sem um dos quais fica descaracterizada a relação. Assim, passemos a analisar cada um dos requisitos, em conjunto com as provas existentes nos autos:

A PESSOALIDADE (1) decorre da natureza do contrato de trabalho, pelo qual se contrata a prestação pessoal de serviços (pessoalidade), afastando-se a possibilidade da pessoa jurídica ser empregado.

A NÃO EVENTUALIDADE (2), que decorre da utilização da força de trabalho como fator de produção, deve corresponder às necessidades normais da atividade econômica em que é empregada. Não importa se o serviço é prestado em poucas horas, mas sim deve ser ressaltada a inserção do prestador nos fins sociais do tomador.

A SUBORDINAÇÃO JURÍDICA (3) consiste em que o trabalhador não desenvolva com autonomia a atividade econômica, ou seja, permita que sua força de trabalho seja utilizada por outrem, como meio de produção de atividade econômica, sujeitando-se à organização e direção do tomador.

A ONEROSIDADE (4) significa que toda pessoa que vende sua força de trabalho faz jus a contraprestação, no caso, o salário. A própria CLT dispõe que na falta de estipulação de salários, terá o empregado direito àquele correspondente ou habitualmente pago ao mesmo serviço no estabelecimento (artigo 460 da CLT).

No caso, conforme se verifica, a ação foi dirigida em face do “HOSPITAL DR. RENATO SILVA DE SOCORRO - IRMANDADE DA SANTA CASA DE MISERICÓRDIA DE SOCORRO”.

A contestação sequer alega ilegitimidade passiva, limitando-se ao argumento de que a Santa Casa e o seu “Corpo Clínico” são entidades distintas, sendo aquela uma pessoa jurídica formalizada e esta uma “sociedade de fato”.

Sustenta, ainda, em defesa, que o “Corpo Clínico” é uma sociedade de fato entre **um grupo fechado de médicos** que definem quem entra, quem permanece e quem deve sair da prestação de serviços no hospital, gozando de autonomia a ponto de sequer prestar contas à administração do Hospital.

Entretanto, a ré se contradiz, visto que em outra passagem da defesa (fls. 75/76), argumenta que **“Os médicos componentes do Corpo Clínico (o reclamante conhece a organização e cita nominalmente os colegas), submetem a administração hospitalar à suas decisões, seja no que concerne às atividades próprias de sua profissão, seja no que diz respeito ao quadro de profissionais da medicina das diversas especialidades, seja no que diz respeito à ampliação do quadro de médicos e condições impostas de trabalho e de plantões nos finais de semana e datas festivas”**.

A defesa, ainda, continua argumentando que o “Corpo Clínico” tem um regimento interno próprio que define seus objetivos, sua constituição, os requisitos de ingresso nos seus quadros, órgãos deliberativos (assembleias, comissões, diretoria etc), diretoria, comissão de ética, estabelece direitos e deveres dos seus membros, penalidades etc.

E, somente depois de aprovado pela diretoria do “Corpo Clínico” é que o hospital admite o médico. Ali ninguém tem registro em CTPS porque são todos considerados autônomos, já que não se relacionam institucionalmente com o hospital, mas com o corpo clínico.

Afirma, também, a reclamada, que a subordinação é integralmente ao Corpo Clínico, pelas disposições do seu regimento interno.

Aduz em seu regimento interno, de forma clara, que se define como constituição por um grupo de médicos que se utiliza das instalações do hospital reclamado para o exercício da profissão. O hospital seria um instrumento de captação de clientela.

E define os níveis de profissionais que o integram (vide fls. 130):

- “ I) Médico Efetivo;
 II) Médico Contratado;
 III) Médico Eventual;
 IV) Médico Honorário”

Da leitura do regimento interno do chamado “Corpo Clínico”, a partir de fls. 130 leva à conclusão de que houve na instituição um corpo dentro do hospital, mas que a rigor determina a política de contratação de médicos, aprova ou veta a entrada e saída de profissionais, sem nenhuma interferência do Hospital, a não ser quando da efetivação do contrato.

Portanto, é o “Corpo Clínico” quem estabelece o valor da remuneração dos médicos, conforme o § 5º do art. 16. Enfim, é o referido corpo clínico quem toma as deliberações, mas não assume encargo administrativo, financeiro, fiscal ou salarial.

Dessume-se, portanto, que o referido corpo clínico é, na verdade, um “braço” do próprio Hospital da Santa Casa de Misericórdia de Socorro, uma vez que toda política de atendimento e de contratação de médicos fica por conta do referido “Corpo Clínico”. A direção do Hospital delega ao referido “Corpo Clínico” a tarefa de gerir a contratação, pagamento, escala de plantões, demissão dos médicos, médicos plantonista e demais funcionários da saúde. O referido corpo age como verdadeiro “RH” do Hospital recorrido.

Aliás, a testemunha conduzida pelo reclamante, o médico Carlos Eduardo Rissato, afirmou que:

“o depoente ocupou os cargos de diretor técnico e clínico por dois anos, tendo sido desligado em 2004, salvo engano; que o autor foi contratado durante a gestão do depoente...; a contratação do autor foi decidida pelo depoente; ...durante a gestão do depoente, o autor não foi advertido nem punido; ... é conjunta, do corpo clínico e da administração do hospital, a decisão de contratar médicos.”(GRIFEI)

Já em seu depoimento, a testemunha da reclamada, a médica Elaine Conceição Bueno de Souza Granato, afirmou que (vide fls. 68/69):

“...a depoente faz parte do corpo clínico do hospital desde 1992; o réu não possui médicos registrados; ...a contratação de médicos é decidida exclusivamente pelo corpo clínico; todos os

médicos, inclusive os plantonistas, inclusive o autor, tinham liberdade para realizar atendimentos particulares e receber diretamente os respectivos honorários, mas não sabe se o autor realizava atendimento particulares; ... o autor estava subordinado ao corpo clínico, na pessoa do diretor clínico...”(GRIFEI)

Por outro lado, o reclamante afirma, conforme se verifica dos documentos juntados aos autos às fls. 25/40, que a sua fonte pagadora era a reclamada - HOSPITAL DR. RENATO SILVA DE SOCORRO - IRMANDADE DA SANTA CASA DE MISERICÓRDIA DE SOCORRO – inscrita no CNPJ sob nº. 71.048.546/0001-24, o que se confirma pela simples verificação dos recibos de fls. 403/535, colacionados aos autos pela reclamada recorrida, com valores creditados em favor do reclamante.

Para que não paire nenhuma dúvida, como se pode verificar do exame que se faz das provas produzidas nos autos, em especial a declaração do diretor clínico da reclamada, Dr. João Henrique Meira de Souza, expedida em 04/07/2008, às fls. 46, em papel timbrado da reclamada recorrida - Hospital Irmandade de Santa Casa de Misericórdia de Socorro, **declarando, expressamente, que o reclamante trabalhou desde 2002 na reclamada** não havendo nada que o desabonasse como profissional.

Assim, analisando-se todo o contexto fático/probatório, inclusive diante da defesa apresentada pelo Hospital reclamado, entendo que o autor, de fato, foi seu médico plantonista, sobressaindo-se que efetivamente houve entre as partes relação de emprego.

Esclarece Sérgio Pinto Martins que a palavra explicitada na regra legal é dependência, mas que se costuma usar o vocábulo subordinação, por ser mais exato no que diz respeito a esse estudo, e conceitua: "Subordinação é o aspecto da relação de emprego visto pelo lado do empregado, enquanto poder de direção é a mesma acepção vista pelo ângulo do empregador".

Esse autor lembra a existência de várias formas de subordinação (econômica, técnica, hierárquica), asseverando, no entanto, que a tese da subordinação jurídica é a mais aceita: "em função da situação do contrato de trabalho, em que está sujeito a receber ordens, em decorrência do poder de direção do empregado, do seu poder de comando".

Orlando Gomes em parceria com Elson Gottschalk, asseveraram que o critério da subordinação jurídica ou da dependência hierárquica tem logrado maior

aceitação na doutrina, na legislação e na jurisprudência, afirmando que "A atividade do empregado consistiria em se deixar guiar e dirigir, de modo que as suas energias convoladas no contrato, quase sempre indeterminadamente, sejam conduzidas, caso por caso, segundo os fins desejados pelo empregador. Tanto ao poder de comando como ao de direção do empregador corresponde o dever específico do empregado de obedecer. O poder de comando seria o aspecto ativo e o dever de obediência o passivo da subordinação jurídica".

Também se posiciona nesse sentido Roberto Norris dizendo: "a todo contrato de trabalho se aplica o poder diretivo do empregador, com os seus respectivos consectários. Desta forma, pode-se afirmar que o contrato laboral gera o estado de subordinação, vinculado à própria relação jurídica empregatícia, surgindo, desta forma, o *status subietionis* do empregado".

A Professora Aldacy Rachid Coutinho também lembra o fato de que, embora o empregado seja protegido pelo direito, que o defende das agruras econômicas, ele deve, juridicamente, obediência e fidelidade ao seu empregador, encontrando-se em latente estado de submissão da sua vontade às ordens do empregador que detém o poder de dirigi-lo, fiscalizar a sua conduta e vida, e, por conseqüência, puni-lo no próprio interesse.

Conclui a brilhante jurista: "*A subordinação ressalta esse estado pessoal de sujeição ao poder de direção, que é um estado jurídico, criado ou revelado pelo contrato de trabalho; um modo de ser do sujeito, do qual decorrem deveres e obrigações; dentre esses deveres, o de fidelidade, obediência e disciplina*".

Arion Sayão Romita afirma, com veemência: "A subordinação não significa sujeição ou submissão pessoal. Este conceito corresponde a etapa histórica já ultrapassada e faz lembrar lutas políticas que remontam à condição do trabalhador como objeto de *locatio*, portanto equiparado a coisa (res). O trabalhador, como pessoa, não pode ser confundido com a atividade, este sim, objeto de relação jurídica".

Para verificar-se a existência de subordinação não seria exigida "a efetiva e constante atuação da vontade do empregador. Basta a possibilidade jurídica dessa atuação. Por isso, a subordinação não deve ser confundida com submissão a horário, controle direto do cumprimento de ordens, etc. O que importa é a possibilidade, que assiste ao empregador, de intervir na atividade do empregado".

O contrato de trabalho é denominado contrato-realidade porque existe, não no acordo abstrato de vontades, mas na realidade da prestação do serviço, independente do que foi pactuado entre empregado e empregador. A subordinação, com as características impressas pelo moderno mercado de trabalho, e a alteridade, requisito de construção doutrinária que significa a prestação de serviços por conta alheia, devem ser conjugados para aferir se existe efetiva autonomia ou se a relação é de emprego, apesar de formalmente constituída como contrato de índole civil.

Transcrevemos, ainda, neste sentido, ementa do Acórdão nº 2.058/97:

"VÍNCULO DE EMPREGO. MÉDICO PLANTONISTA. É inconcebível a contratação de médicos autônomos em Setor de Pronto Socorro, onde a própria natureza da atividade determina a permanência desses profissionais em tempo integral, de tal forma que sofrem permanente vigilância da instituição onde trabalham. Destarte, a condição de profissional liberal não desnatura a relação empregatícia, desde que o obreiro preste serviços subordinados juridicamente, conforme leciona o mestre Délio Maranhão. No caso concreto, o vínculo de emprego se impõe ante a presença dos pressupostos do artigo 3º, 'caput', da CLT."

A freqüência, a habitualidade e a pessoalidade dos plantões no período definido na inicial é compatível com o reconhecimento do vínculo empregatício (vide prova oral e documental) com o Hospital reclamado, porque presentes os requisitos do art. 3º da Consolidação das Leis do Trabalho, especialmente a subordinação, pessoalidade, remuneração e não eventualidade.

Repita-se, portanto, que o reclamante recorrente trouxe aos autos elementos probatórios a contento capazes de comprovar o pretendido vínculo empregatício.

Destarte, dou provimento ao apelo do reclamante, para reconhecer o vínculo empregatício com a recorrida - Hospital Irmandade de Santa Casa de Misericórdia de Socorro, no período de março de 2002 à 04/07/2008, na função de médico plantonista.

Como é incontroverso nos autos a jornada de trabalho e a remuneração (vide fls. 66), fixo o salário do reclamante, pelo valor obtido pela média dos últimos doze meses, fornecido pela reclamada às fls. 95, no valor de R\$ 3.664,00 mensais, com jornada de trabalho afirmada pelo autor na inicial, ativando-se em 03 vezes por semana, das 07h00 às 19h00 com dobra de 01 plantão durante a semana.

Sou, ainda, pela EXPEDIÇÃO DE OFÍCIO ao Ministério Público do Trabalho e aos Ministério Público Federal e Estadual e aos Tribunais de Conta do Estado e da União a fim de, a juízo daqueles órgãos, seja verificada a conveniência de instauração de procedimento administrativo ou inquérito civil público, com vistas a apurar eventuais práticas ilegais, em face do Hospital Irmandade da Santa Casa de Misericórdia de Socorro e do Corpo Clínico. Enfim, trata-se de hospital que recebe verba pública dos órgãos federais (SUS), estaduais e municipais. Daí, a necessidade de rigorosa fiscalização.

EM FACE DO RECONHECIMENTO DO VÍNCULO EMPREGATÍCIO DO RECORRENTE COM A RECLAMADA RECORRIDA E A INCONTROVÉRSIA QUANTO A JORNADA DE TRABALHO FIRMADA NA INICIAL E O VALOR DA REMUNERAÇÃO DO AUTOR TRAZIDA PELA RECLAMADA EM DEFESA, FAZ-SE NECESSÁRIO ESCLARECER, QUE A AÇÃO ESTÁ EM CONDIÇÕES DE IMEDIATO JULGAMENTO DOS PEDIDOS FORMULADOS PELO RECLAMANTE, CONFORME O DISPOSTO NO PARÁGRAFO 3º DO ARTIGO 515 DO CPC. ESTANDO, PORTANTO, O PROCESSO INTEGRALMENTE INSTRUÍDO (VIDE FLS. 66/69), COM FUNDAMENTO NO MENCIONADO DISPOSITIVO LEGAL E, EM RESPEITO AOS PRINCÍPIOS DA CELERIDADE E ECONOMIA PROCESSUAL, PASSO A APRECIAR AS DEMAIS MATÉRIAS RECURSAIS.

II – PREJUDICIAL DE MÉRITO

II. 1 – PRESCRIÇÃO QUINQUENAL

O Hospital recorrido, em sua defesa, às fls. 97, argumentou que em caso de reconhecimento do vínculo empregatício, as verbas pleiteadas, em parte, estaria alcançadas pela prescrição.

Dispõe a norma constitucional, em seu artigo 7º e inciso XXIX, que é assegurado aos trabalhadores, urbanos e rurais, o direito de ação quanto aos créditos resultantes das relações de trabalho, com prazo prescricional de cinco anos (prescrição quinquenal), até o limite de dois anos após a extinção do contrato de trabalho (prescrição bienal).

É incontestado neste autos (vide fls. 66/69) que o reclamante foi contratado para ativar-se no Hospital recorrido em março/2002 até 04/07/2008.

Ingressando o reclamante com a ação no biênio legal, após o rompimento contratual, prescritos estão os créditos anteriores a cinco anos da data do seu ajuizamento.

A reclamação trabalhista foi proposta em 23/09/2008, e, portanto, com fundamento na norma constitucional disposta em artigo 7º, inciso XXIX, DECLARO que os direitos aduzidos na inicial anteriores à data de 23/09/2003 estão alcançados pela prescrição.

III – DO MÉRITO

III.1 – DO DANO MORAL

Ademais, sustenta o reclamante que houve dano a sua honra, por ter sido abruptamente, e de forma inescrupulosa, demitido sem justa causa, pelo jovem médico e diretor técnico, Dr. Murilo, que o dispensou de todos os plantões sem levar em consideração sua idade de 63 anos, aduzindo pela indenização de 24 meses de seu salário nominal, até que completasse 65 anos, a título de danos morais. (vide fls. 03/23).

SEM RAZÃO O RECORRENTE.

O contexto fático/probatório destes autos não autoriza a concluir que a reclamada, por ação ou omissão, tenha causado ofensa grave à honra, à vida privada, à intimidade ou à imagem do reclamante recorrente, nem mesmo que tenha conduta capaz de impingir-lhe dor, sofrimento ou tristeza ou abalo emocional, nem muito menos, tormento psicológico.

Não se desconhece que a extinção do contrato de trabalho de um experiente médico, às 07h da manhã, logo após finalizar seu plantão, seja de fato capaz de causar desgosto, apreensão e desconforto. Entretanto, são circunstâncias que não ensejam reparação, por ser fato previsível e esperado, em que não estão presente o dolo ou culpa patronal, que tenha respaldo no artigo 5º, inciso X, da CF/88, nem nos artigos 186 e 927 do Código Civil de 2002.

Desta forma, entendo, que a simples rescisão contratual, sem nenhuma prova nos autos de que tenha havido ofensa a honra do empregado, não é motivo que justifica a indenização por danos morais.

Destarte, nego provimento ao apelo.

III.2 – PERÍODO DE VÍNCULO RECONHECIDO – DO DÉCIMO TERCEIRO SALÁRIO – DAS FÉRIAS INTEGRAIS E PROPORCIONAIS – DO TERÇO CONSTITUCIONAL

O reclamante sustenta na exordial que durante todo o pacto laboral nunca recebeu décimo terceiro salário, muito menos as férias e o terço constitucional. Aduz décimo terceiro do período de 2003 à 2007, férias integrais, acrescido do terço constitucional e em dobro, do período de março de 2002 à março de 2008. (vide fls. 20/21)

PARCIAL RAZÃO LHE ASSISTE.

Em decorrência do vínculo reconhecido e da ausência, nos autos, de comprovação de pagamento dos décimos terceiros salários de 2003 à 2007, bem como da ausência de comprovação das férias integrais e proporcionais dos períodos aquisitivos 2002/2003 à 2007/2008, DOU PARCIAL PROVIMENTO a fim de condenar o Hospital recorrido ao pagamento dos seguintes títulos, ressalvado o período da prescrição quinquenal reconhecida:

- *décimo terceiro proporcional do ano de 2003 (prescritas as verbas anteriores à 23/09/2003) e do ano de 2008 (demissão em 04/07/2008);*
- *décimo terceiro salário integral dos anos de 2004 à 2007,*
- *férias integrais dos períodos aquisitivos de 2003/2004, 2004/2005, 2005/2006, 2006/2007 e 2007/2008, todas acrescidas do terço constitucional, e, ainda, com pagamento em dobro dos períodos concessivos de 2003/2004, 2004/2005, 2005/2006, 2006/2007, e o pagamento, de forma simples, do período aquisitivo de 2007/2008, visto que dentro do período concessivo;*
- *férias proporcionais (7/12 avos + 1/12 avos – integração do aviso prévio) do ano de 2008.*

III.3 – DO AVISO PRÉVIO INDENIZADO

Quanto à dispensa, alegou o reclamante ter sido dispensado imotivadamente em 04/07/2008, razão pela qual requer o pagamento do aviso prévio indenizado.

RAZÃO LHE ASSISTE.

A reclamada, em sua defesa (vide fls. 94/95), não apresentou impugnação específica ao pedido, a não ser aquela relativa à alegação de ausência de vínculo. Sustentou, ainda, que se o reclamante, em tese, fosse seu empregado, teria ocorrido a justa causa que autoriza a demissão sumária, caracterizada pelo abandono das atividades, uma vez que nenhum representante da entidade reclamada promoveu sua demissão. Sustenta que ficou sabendo do afastamento do reclamante por informações de terceiros.

A primeira testemunha conduzida pelo reclamante, o médico Paulo Henrique Brochini, disse que: (vide fls. 66)

*“... à época do desligamento do autor, o depoente era o coordenador dos plantões de terças-feiras; antes do desligamento do autor, houve uma reunião da qual participou a maioria do corpo clínico, em torno de oito pessoas, na qual **foi dito pelo Dr. Murilo, diretor técnico, que o autor não mais faria os plantões de terça-feira**, ao que argumentou o depoente, dizendo que não havia motivo para isso; diante disso, **o Dr. Murilo declarou que o autor seria despedido pelo menos dos plantões de terças-feiras, afirmando apenas que ele “tinha que ser demitido...”**” (GRIFEI)*

A testemunha conduzida pelo Hospital reclamado, a médica Elaine Conceição Bueno de Souza Granato, afirmou que:

*“**...o autor foi comunicado do desligamento pelo Dr. Murilo**, tendo ouvido dizer que o motivo era porque o autor não estaria atendendo devidamente os pacientes.”(GRIFEI)*

Ora, considerando o conjunto fático/probatório, restou evidente que o autor foi dispensado pelo Dr. Murilo, que é o verdadeiro representante da reclamada recorrida, inclusive com poder para demitir.

Restando comprovado nos autos, portanto, que o autor foi dispensado sem justa causa em 04/07/2008 e diante da ausência de comprovação de pagamento, é devido, portanto, as verbas à título de “aviso prévio indenizado”.

Quanto a natureza da verba “aviso prévio indenizado”, a “ratio legis” da parte final do § 1º do artigo 487 da CLT é de que o período do aviso prévio integra o tempo de serviço para todos os efeitos legais, ainda que indenizado.

Coerente com esta exegese do referido preceito legal, a jurisprudência do C. Tribunal Superior do Trabalho firmou entendimento pacífico no sentido de que “*A data de saída a ser anotada na CTPS deve corresponder à do término do prazo do aviso prévio, ainda que indenizado*” (O.J. 82 da SBDI-1 do TST).

Some-se que a jurisprudência do TST igualmente vem entendendo que incide FGTS sobre o aviso prévio indenizado (Súmula nº 305).

Ademais, não consta do rol taxativo do § 9º do art. 28 da Lei 8.212/91 que o aviso prévio indenizado não integra o salário de contribuição.

Destarte, é extreme de dúvida que a natureza do pagamento a título de aviso prévio tem caráter salarial e deve sofrer incidência de contribuições previdenciária, mormente considerando que o período anotado na CTPS será computado para benefício previdenciário.

Destarte, DOU PROVIMENTO ao recurso, a fim de condenar a reclamada recorrida a pagar as verbas à título de aviso prévio indenizado e declarar, que a referida parcela, ainda que indenizado, possui natureza salarial, devendo sobre a mesma incidir as contribuições previdenciárias.

III.4 – DAS HORAS EXTRAS

Aduz o recorrente, que a jornada legal de médico deve ser de no máximo 04 horas diárias, nos termos do Lai nº 3.999/61, pelo que aduz 08 horas extras por plantão.

RAZÃO NÃO LHE ASSISTE.

É inconteste nos autos que a jornada de trabalho do recorrente, conforme se verifica da instrução probatória de fls. 66/69, é aquela firmada na exordial, ou seja, o autor afirmou que ativava-se em plantões de 12 horas cada, três vezes na semana.

É importante ressaltar, até para que não seja objeto de eventual embargos de declaração, que a alegação do autor de que chegou a laborar na reclamada algumas vezes até 48 horas de trabalho efetivo, não pode ser delimitada, visto que sequer especificou qual o período ou a regularidade que ocorria a referida

jornada. Portanto, considera-se que o reclamante ativava-se em plantões de 12 horas cada, três vezes na semana.

Pois bem.

O reclamante, médico plantonista, pugna que lhe sejam deferidas como extras as horas excedentes da 4ª hora diária, com adicional de 50% e seus reflexos.

As horas diárias excedentes não são consideradas como horas extras pelo simples fato de terem sido laboradas além da quarta hora diária ou, ainda, além de vinte horas semanais.

No caso dos autos, conforme confessado pelo recorrente na exordial, as referidas horas não extrapolavam a carga semanal constitucional de 44 (quarenta e quatro) horas e a Lei nº. 3.999/61 não estabelece jornada reduzida, mas tão-somente estipula o salário mínimo da categoria dos médicos para uma jornada de quatro horas.

Assim, não há que se falar em horas extras, acrescidas de adicional de 50% e seus reflexos, salvo se o reclamante ativava-se além de quarenta e quatro horas semanais, o que não é o caso.

Aliás, neste sentido, a notória, iterativa e atual jurisprudência do C. TST já pacificou entendimento, disposto na Súmula nº 370, *in verbis*:

“SUM-370 – MÉDICO E ENGENHEIRO. JORNADA DE TRABALHO. LEIS NºS 3.999/1961 E 4.950-A/1966 (conversão das Orientações Jurisprudenciais nºs 39 e 53 da SBDI-1) - Res. 129/2005, DJ 20, 22 e 25.04.2005. Tendo em vista que as Leis nº 3.999/1961 e 4.950-A/1966 não estipulam a jornada reduzida, mas apenas estabelecem o salário mínimo da categoria para uma jornada de 4 horas para os médicos e de 6 horas para os engenheiros, não há que se falar em horas extras, salvo as excedentes à oitava, desde que seja respeitado o salário mínimo/horário das categorias. (ex-OJs nºs 39 e 53 da SBDI-1 – inseridas, respectivamente, em 07.11.1994 e 29.04.1994)”

Ademais, cumpre salientar, que não se discute se a contratação fora feita para a jornada de 04 horas diárias e 20 horas semanais, não havendo, nos autos, nenhum elemento probatório de que esta fosse a carga horária “máxima” atribuída aos médicos plantonistas.

Pelo acima exposto, não tendo o reclamante laborado em jornada além das 44 horas semanais, nego provimento ao apelo.

III.5 – DO ADICIONAL NOTURNO

O recorrente pugna, ainda, pelo valores do adicional noturno, sustentando, em resumo, que assumiu plantões fixos de médico anestesista todas as quartas-feiras, ativando-se das 19h às 07h do dia seguinte.

COM RAZÃO.

Face a incontroversa da jornada do recorrente (vide fls. 66/69), presume-se verdadeira a alegação de que o autor ativava-se em plantões fixos de médico anestesista todas as quartas-feiras, das 19h às 07h.

De acordo com disposto no o artigo 73, §2º da CLT é considerado como período noturno, o trabalho executado entre as 22 horas de um dia até as 05 horas do dia seguinte, e de acordo com a jornada incontroversa, o reclamante, nas quartas-feiras, ativava-se como médico anestesista das 19h às 07h.

Conforme verifica-se do conjunto probatório, com relação ao adicional noturno, não há nos autos comprovante de que a reclamada recorrida tenha observado a hora noturna reduzida e pago corretamente o adicional correspondente, bem como a prorrogação da hora noturna.

Neste sentido, a notória, iterativa e atual jurisprudência do C. TST, que já pacificou o tema, conforme esposado na Súmula 60, item II, que assim dispõe:

“SUM-60 – ADICIONAL NOTURNO. INTEGRAÇÃO NO SALÁRIO E PRORROGAÇÃO EM HORÁRIO DIURNO (incorporada a Orientação Jurisprudencial nº 6 da SBDI-1) - Res. 129/2005, DJ 20, 22 e 25.04.2005

I – [...]

II - Cumprida integralmente a jornada no período noturno e prorrogada esta, devido é também o adicional quanto às horas prorrogadas.
Exegese do art. 73, § 5º, da CLT. (ex-OJ nº 6 da SBDI-1 - inserida em 25.11.1996)”(GRIFEI)

Desta forma, portanto, DOU PROVIMENTO ao apelo, para condenar o Hospital recorrida a pagar ao obreiro o adicional da hora noturna reduzida, no importe de 20% (vinte por cento), nos termos do caput do artigo 73 da CLT, bem como a prorrogação além das 05h da manhã, observado o instituto da prescrição.

III.6 – DOS DEPÓSITOS DE FGTS DO PERÍODO DO VÍNCULO RECONHECIDO – MULTA DE 40% FGTS – SEGURO DESEMPREGO.

Primeiramente, cabe ressaltar, que a prescrição para reclamar o não recolhimento dos depósitos das parcelas de FGTS, é trintenária, observado o lapso temporal decorrido de dois anos da extinção do contrato de trabalho, o que é o caso dos autos.

Neste sentido a notória, iterativa e atual jurisprudência do C. Tribunal Superior do Trabalho, disposto na Súmula nº 362, abaixo transcrito:

“FGTS. PRESCRIÇÃO - Nova redação - Res. 121/2003, DJ 21.11.2003 - É trintenária a prescrição do direito de reclamar contra o não-recolhimento da contribuição para o FGTS, observado o prazo de 2 (dois) anos após o término do contrato de trabalho.” (sublinhados nossos)

Assim, com relação ao Fundo de Garantia do Tempo de Serviço do período do vínculo reconhecido, DOU PROVIMENTO, a fim de determinar que o Hospital reclamado, nos termos dos artigos 18, 22 e 26 da Lei 8.036/90, realize os depósitos correspondentes a todo o pacto laboral, qual seja, de março de 2002 à 04/07/2008, na conta vinculada do reclamante, devidamente acrescidos da multa de 40% (quarenta por cento) sobre a totalidade dos depósitos, inclusive dos valores de FGTS apurados na rescisão, e comprová-los nos autos no prazo de 10 dias do trânsito em julgado, sob pena de execução direta, acrescidas de correção monetária e juros de mora, nos termos da lei.

Deverá, outrossim, a reclamada recorrida, nos termos do artigo 20, §1º, da Lei 8.036/90, fornecer ao reclamante as guias necessárias, preenchido com o código 01, para o soerguimento do FGTS, no mesmo prazo, sem o que será expedido alvará substitutivo.

Ademais, em face do reconhecimento do vínculo e a evidente demissão sem justa causa, poderá o reclamante receber o SEGURO-DESEMPREGO se preencher as demais condições elencadas no artigo 3º, da Lei 7.998/90, especialmente porque a existência de litígio entre o reclamante e o reclamado autoriza o recebimento do seguro desemprego no prazo de 120 (cento e vinte dias) após o trânsito em julgado da ação.

Assim, determina-se ao reclamado que, juntamente com as providências para o soerguimento dos valores depositados à título de FGTS, forneça ao reclamante as guias CD/GD para o requerimento de seguro-desemprego junto à Caixa Econômica Federal, sem o que será expedido alvará substitutivo.

III.7 – DISCUSSÃO SOBRE A EXISTÊNCIA DE VÍNCULO DE EMPREGO - MULTA DO ART. 477, § 8º, DA CLT - VIABILIDADE.

Sustenta o reclamante fazer jus à multa do art. 477, §8º da CLT, argumentando que foi descumprido o prazo determinado na letra “b”, § 6º do art. 477 do mesmo diploma legal.

COM RAZÃO.

O entendimento predominante neste Egrégia Câmara é que deve a reclamada recorrida responder pelo pagamento da multa prevista no artigo 477, § 8º da CLT, mesmo quando a questão versar sobre a existência ou não do vínculo de emprego, visto que tal multa tem como causa de incidência o atraso no pagamento das verbas rescisórias, ou seja, não exclui a sanção quando controvertido o vínculo empregatício.

O reconhecimento judicial da relação de emprego não afasta a aplicação da penalidade, pois tem conteúdo meramente declaratório. Logo, não se trata de sentença constitutiva de direitos, mas de simples declaração de existência de uma relação jurídica, amparado no reconhecimento da fraude anteriormente praticada pela reclamada ao não reconhecer espontaneamente a relação de emprego.

Neste sentido há o seguinte posicionamento jurisprudencial:

“Multa do artigo 477 da CLT - relação de emprego reconhecida judicialmente - Comprovada a dispensa injusta e o atraso no pagamento das verbas rescisórias, defere-se a multa prevista no parágrafo 8º do artigo 477 consolidado. A circunstância de a relação de emprego ter sido reconhecida judicialmente não isenta o empregador da referida cláusula penal, pois o citado dispositivo não contém esta exceção, limitando-se a tornar a multa indevida apenas quando o trabalhador comprovadamente der causa à mora. Logo, não há como se admitir que a controvérsia em torno da existência do vínculo empregatício torne inaplicável o preceito em tela, pois o legislador assim não dispôs.” (Ac. da 4ª T. do TRT da 3ª R., RO 7.071/96, Rel. Juiz Antônio Augusto M. Marcellini.)

Com estes fundamentos, dou provimento ao apelo, a fim de condenar a reclamada ao pagamento da multa prevista no art. 477, §8º da CLT.

Entretanto, este não é o entendimento pessoal deste Relator, que convém ressaltar.

Destarte, dou provimento ao apelo, a fim de condenar a reclamada no pagamento da multa prevista no art. 477, §8º da CLT.

III.8 – DISCUSSÃO SOBRE A EXISTÊNCIA DE VÍNCULO DE EMPREGO - MULTA DO ART. 467 DA CLT - INVIABILIDADE.

Aduz o reclamante, ainda, ser-lhe devida a multa do art. 467 da CLT.

SEM RAZÃO.

A multa do art. 467 da CLT não obstante faça parte do rol de pedidos da reclamação trabalhista é pretensão que se viabiliza tão-somente em caso de não pagamento da parte incontroversa das verbas rescisórias na audiência inicial. Se a reclamada, na contestação, negou a existência do vínculo empregatício, à época da audiência não havia verbas incontroversas a serem quitadas, pois o principal, ou seja, o vínculo de emprego, era controvertido. Indevida, portanto, a multa do art. 467 da CLT.

Nego provimento, no particular.

III.9 – DOS DESCONTOS FISCAIS E PREVIDENCIÁRIOS

No que tange aos descontos fiscais e previdenciários, a matéria se encontra sedimentada na Súmula nº. 368 do TST:

Nº 368 - DESCONTOS PREVIDENCIÁRIOS E FISCAIS. COMPETÊNCIA. RESPONSABILIDADE PELO PAGAMENTO. FORMA DE CÁLCULO. (conversão das Orientações Jurisprudenciais nºs 32, 141 e 228 da SDI-1) - Res. 129/2005 - DJ 20.04.2005

I - A Justiça do Trabalho é competente para determinar o recolhimento das contribuições previdenciárias e fiscais provenientes das sentenças que proferir. A competência da Justiça do Trabalho para execução das contribuições previdenciárias alcança as parcelas integrantes do salário de contribuição, pagas em virtude de contrato, ou de emprego reconhecido em juízo, ou decorrentes de anotação da Carteira de Trabalho e Previdência Social - CTPS, objeto de acordo homologado em juízo. (ex-OJ nº 141 - Inserida em 27.11.1998)

II - É do empregador a responsabilidade pelo recolhimento das contribuições previdenciárias e fiscais, resultante de crédito do empregado oriundo de condenação judicial, devendo incidir, em relação aos descontos fiscais, sobre o valor total da condenação, referente às parcelas tributáveis, calculado ao final, nos termos da Lei nº 8.541/1992, art. 46 e Provimento da CGJT nº 01/1996. (ex-OJ nº 32 - Inserida em 14.03.1994 e OJ nº 228 - Inserida em 20.06.2001)

III - Em se tratando de descontos previdenciários, o critério de apuração encontra-se disciplinado no art. 276, § 4º, do Decreto nº 3.048/99 que regulamentou a Lei nº 8.212/91 e determina que a contribuição do empregado, no caso de ações trabalhistas, seja calculada mês a mês, aplicando-se as alíquotas previstas no art. 198, observado o limite máximo do salário de contribuição. (ex-OJ nº 32 - Inserida em 14.03.1994 e OJ 228 - Inserida em 20.06.2001)

Assim, os descontos previdenciários devem incidir sobre as parcelas de natureza salarial, na forma da lei (artigo 276, § 4º, do Decreto nº. 3.048/99 que regulamentou a Lei nº. 8.212/91), aplicando-se as alíquotas previstas no artigo 198, observado o limite máximo do salário de contribuição, devendo ser suportados pelo reclamante e pela reclamada, responsáveis cada qual por sua quota-parte, pelo custeio da Seguridade Social, na forma do artigo 195, I, alínea “a”, da CF/ 88.

Dos créditos do autor serão deduzidos os encargos previdenciários e fiscais, nos termos da legislação aplicável, sobre as parcelas e títulos que incidem, tendo por base os valores pagos, pelo regime de caixa, enquanto descontos de imposto de renda retido na fonte far-se-ão pelo regime de competência, ressaltando que não incidem sobre juros de mora, nos termos do art. 404 do CC/ 2002.

Esclareça-se que o fato gerador da contribuição previdenciária é a prestação de serviços, mas a base de cálculo são os valores pagos por ocasião da quitação das parcelas sobre as quais incidem. Destaco, por fim, que se dá aplicação parcial ao entendimento da Súmula 368 do TST.

Por fim, deve a reclamada, comprovar o recolhimento das contribuições previdenciárias em guias próprias (GFIP's) e com o número de identificação do trabalhador (NIT), sob pena de ineficácia do recolhimento, a fim de que os recolhimentos sejam comprovados no tempo de contribuição para benefício previdenciário do reclamante.

POR TAIS FUNDAMENTOS, decide-se conhecer do recurso ordinário do reclamante, declarar a prescrição quinquenal dos pedidos anteriores à 23/09/2003, e, no mérito, **DAR PARCIAL PROVIMENTO** ao apelo, a fim de:

- reconhecer o vínculo de emprego no período de março de 2002 à 04/07/2008, devendo o hospital reclamado anotar a CTPS do autor,
- nos termos do art. 515 do CPC, condenar a reclamada ao pagamento, com juros e correção monetária na forma da lei, das seguintes verbas:

a) décimo terceiro proporcional do ano de 2003 (prescritas as verbas anteriores à 23/09/2003) e do ano de 2008 (demissão em 04/07/2008); décimo terceiro salário integral dos anos de 2004 à 2007;

b) férias integrais dos períodos aquisitivos de 2003/2004, 2004/2005, 2005/2006, 2006/2007 e 2007/2008, todas acrescidas do terço constitucional, e, ainda, com pagamento em dobro dos períodos concessivos de 2003/2004, 2004/2005, 2005/2006, 2006/2007, e o pagamento, de forma simples, do período aquisitivo de 2007/2008, visto que dentro do período concessivo; férias proporcionais (7/12 avos + 1/12 avos – integração do aviso prévio) do ano de 2008.

c) aviso prévio indenizado, declarando que a referida parcela, ainda que indenizado, possui natureza salarial, devendo sobre a mesma incidir as contribuições previdenciárias;

d) adicional da hora noturna reduzida, no importe de 20% (vinte por cento), nos termos do caput do artigo 73 da CLT, bem como a prorrogação além das 05h da manhã, observado o instituto da prescrição;

e) depósito de FGTS correspondentes a todo o pacto laboral (março de 2002 à 04/07/2008), na conta vinculada do reclamante, devidamente acrescidos da multa de 40% (quarenta por cento) sobre a totalidade dos depósitos, inclusive dos valores fundiários apurados na rescisão, devendo a recorrida comprová-los, nos autos, no prazo de 10 dias do trânsito em julgado, sob pena de execução direta;

f) pagamento da multa prevista no art. 477, §8º da CLT;

g) fornecer ao reclamante as guias necessárias, preenchido com o código 01, para o soerguimento do FGTS, no prazo de 10 dias do trânsito em julgado, sem o que será expedido alvará substitutivo, bem como a entrega dos formulários para requerimento do seguro-desemprego junto à Caixa Econômica Federal, sem o que será expedido alvará substitutivo.

Os valores devidos serão apurados em regular execução, por simples cálculos, respeitados os termos da fundamentação, integrante do presente dispositivo.

Fica autorizado o desconto das verbas relativas à retenção do imposto de renda na fonte e dos recolhimentos previdenciários, mediante comprovação nos autos, já que o recolhimento da cota previdenciária, a exemplo da retenção de imposto de renda na fonte prevista pelo artigo 46 da Lei n.º 8.541/92, decorre

naturalmente por força de norma de ordem pública, inscrita nos artigos 43 e 44 da Lei n.º 8.212/91, com a redação que lhes foi dada pela Lei n.º 8.620/93, observadas as normas contidas no Provimento n.º 01/96 da Corregedoria Geral da Justiça do Trabalho.

Tendo em vista a imperatividade das normas legais em apreço, cada litigante deve responder pela sua cota parte na satisfação do débito fiscal e previdenciário, observadas as determinações legais, competindo ao reclamado, como responsável tributário, recolher e comprovar em juízo o depósito das quantias devidas, inclusive no que concerne à cota parte a ser deduzida do crédito bruto do reclamante, segurado obrigatório e contribuinte, definido como tal pela legislação previdenciária, observando-se para esta o regime de competência.

Quanto ao imposto de renda, vigorando por expressa disposição de lei o denominado regime de caixa, a incidência dos descontos e da retenção de imposto de renda deverá observar as alíquotas e percentuais definidos pela legislação em vigor no momento do efetivo pagamento ou depósito.

Por fim, deve a reclamada, comprovar o recolhimento das contribuições previdenciárias em guias próprias (GFIP's) e com o número de identificação do trabalhador (NIT), sob pena de ineficácia do recolhimento, a fim de que os recolhimentos sejam comprovados no tempo de contribuição para benefício previdenciário do reclamante.

Rearbitro o valor dado à causa em R\$ 90.000,00. Custas processuais pela reclamada no importe de R\$ 1.800,00.

DESEMBARGADOR JOSÉ ANTONIO PANCOTTI
RELATOR DESIGNADO