

Trabalho médico: personalidade jurídica, cooperativismo e fraude

Juliana Botelho Huff¹

Resumo: Artigo que versa sobre a utilização de pessoas jurídicas e cooperativas nas relações de trabalho dos médicos. As contratações cíveis para a utilização da mão de obra médica através desses expedientes têm sido comuns, o que levou ao questionamento a respeito da licitude dessas práticas. A construção de uma resposta perpassa pela investigação a respeito dos elementos caracterizadores do vínculo de emprego no mundo pós-fordista. Constatada a insuficiência da noção clássica de subordinação jurídica para garantir a proteção do hipossuficiente em um contexto de relações de trabalho cada vez mais marcadas pela liberdade executiva e pelo colaborativismo - em substituição à hierarquia rígida e ao uso ostensivo do poder punitivo - necessária a investigação em torno de teorias que propõe a renovação ou a substituição desse elemento. São explicadas seis teorias, quatro das quais propõe uma releitura da ideia de subordinação e duas que apostam no seu abandono. Após a explanação teórica, é realizada a análise do entendimento do TRT da 5ª Região sobre o tema. Por fim, os conceitos estudados são aplicados aos casos concretos dos médicos entrevistados. Aos dados fáticos do cotidiano da relação laboral se subsumem ou não os elementos próprios da relação de emprego, permitindo a separação dos casos de fraude ao sistema protetivo do Direito do Trabalho e dos casos de uso legítimo dos institutos cíveis apontados (personalidade jurídica e cooperativismo).

Palavras-Chave: Pejotização. Cooperativismo. Médico. Emprego. Subordinação.

214

1 Introdução

O sol ainda não havia se levantado quando o despertador do celular começou a tocar. Ele desligou o alarme. Olhou para a cama. Desejou voltar ao sono. “Não... Vou me atrasar...”, pensou. Conformou-se. Levantou, tomou um banho rápido, vestiu-se, comeu qualquer coisa. Saiu de casa. Andou duas quadras, chegou à praça principal da cidade. Lá já estavam os enfermeiros do posto de saúde. Cumprimentou a todos e começou a checar os recados que recebera pelo *whatsapp* durante a noite. O carro que os levaria ao posto chegou. Ele entrou, os demais também. Pegaram uma estrada de terra bastante acidentada por aproximadamente quarenta minutos. Chegaram ao local de trabalho. O posto já estava cheio. Cumprimentou os presentes ao passar pelo corredor e se instalou no consultório que lhe fora destinado. Ligou o computador, abriu o sistema da entidade. Chamou o primeiro paciente. Horas depois, após atender todos os pacientes agendados e alguns “extras” em razão da virose que assolava a região, pegou o carro de volta, com motorista do seu contratante e voltou à cidade.

Essa é a rotina de trabalho vivida de segunda a quinta por um dos nossos entrevistados. É similar à de muitos empregados brasileiros, mas ele não tem a CTPS assinada, o seu contratante não recolhe FGTS, não tem direito a férias (muito menos ao terço constitucional), não recebe horas extras, nem horas *in itinere*...

¹ Advogada. Pós-Graduada em Direito Processual Civil (Faculdade Baiana de Direito). Bacharela em Direito (UFBA).

Por quê?

Bom, dizem que ele é autônomo. Foi contratado por meio de uma cooperativa, da qual nem mesmo lembra o nome. Sabe que ela serve para que ele receba sua remuneração mensal, só.

Situação similar vive uma médica recém-formada. Trabalha uma vez por semana como plantonista em um hospital da capital. Também dizem que é autônoma. Foi contratada através da pessoa jurídica que criou com outras amigas, pois “ter PJ” foi condição imposta pela entidade para efetuar os pagamentos dos plantões.

Essas contratações são lícitas ou há fraude à legislação trabalhista?

A construção de uma resposta adequada ao questionamento levantado perpassa, primeiramente, pela revista ao conceito de empregado no mundo pós-fordista e, em seguida, pela verificação dos detalhes das relações de trabalho entre os médicos e as instituições de saúde.

Esclarecemos que os dados referentes à análise jurisprudencial e às entrevistas foram coletados durante o desenvolvimento da pesquisa “O problema do conceito de empregado na contemporaneidade: analisando o enquadramento judicial do vínculo empregatício dos ‘profissionais liberais (advogados e médicos)’”, do Programa Institucional de Bolsas de Iniciação Científica (PIBIC) da Universidade Federal da Bahia (UFBA), financiada pelo Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPq).

215

2 Quem é empregado hoje

A partir de 1973 o mundo assistiu ao declínio do modelo fordista e ao surgimento da acumulação flexível (HARVEY, 2013, p. 141). Esse novo modelo tem como repercussão no mundo do trabalho a difusão de novos métodos de controle do trabalhador, mais sutis, permitindo maior liberdade na execução do serviço e, por isso mesmo, confundindo os teóricos do Direito do Trabalho que se acostumaram com o trabalhador fisicamente subordinado da fábrica fordista².

2.1 Fim do emprego?

Há quem afirme, como Catharino (1982, p. 214), que, com o avanço das formas cooperativas de inserção do trabalhador ao setor produtivo, este trabalhará de forma livre. Por isso, o trabalhador prescindiria da proteção do Direito do Trabalho, que surgiu num momento histórico e pode não existir no futuro, com o fim da relação de emprego, que, para ele, está perdendo hegemonia.

A posição do autor se deve à ideia de que o vínculo de emprego só existe quando presente uma heterodireção forte que cerceia a liberdade do trabalhador durante a execução dos

² Para uma análise detalhada do tema, cf. nosso trabalho: HUFF, Juliana Botelho. **Trabalho médico: relação de emprego e fraudes**. 2015. 117 fls. Monografia (Graduação, Direito) – Salvador: Universidade Federal da Bahia, 2015

seus serviços. Com a reestruturação produtiva supramencionada essa interferência excessiva dá lugar a uma maior liberdade no labor para determinados setores – inclusive porque a subjetividade do trabalhador vem se estabelecendo como diferencial competitivo para muitas empresas –, criando uma gestão do trabalho mais cooperativa e colaborativa que subordinante.

As referidas alterações no modo de execução do trabalho são apenas superficiais, não descaracterizando a essência do trabalho assalariado e a necessidade de proteção que o trabalhador demanda.

A proteção social é devida em razão da hipossuficiência do trabalhador que aliena sua força de trabalho por não ser proprietário dos meios de produção e não pela forma como este exerce o seu labor, que é mera adaptação ao que melhor atende aos interesses do patrão. Assim, não concordamos que a relação de emprego está em vias de extinção, mas percebemos que o Direito do Trabalho precisa revisitar seus conceitos elementares com o intuito de permitir que o aplicador enxergue o empregado nesse trabalhador dos novos tempos.

Analisaremos as propostas para que isso ocorra no item que segue.

2.2 Elementos do vínculo empregatício

216

A doutrina majoritária extrai dos art. 2º e 3º³ do texto consolidado os quatro elementos considerados essenciais para a verificação da relação empregatícia, a saber: pessoalidade, onerosidade, não eventualidade e subordinação⁴.

Esclareceremos com brevidade os três primeiros e nos deteremos no último, justamente por ser a subordinação o elemento principal do vínculo de emprego, como veremos em breve.

2.2.1 Pessoalidade, onerosidade e não eventualidade

O primeiro dos requisitos, a pessoalidade, demonstra a necessidade de o contrato de trabalho ser intrasferível e indissociável da personalidade do prestador (NASCIMENTO, 2011, p. 649).

Assim, por esse elemento se depreende que há a contratação *intuitu personae*, existindo uma relação fiduciária, bem como a inevitabilidade de se atrelar o trabalho ao trabalhador que o

³ Art. 2º, *caput*, da CLT: “Considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviço”; Art. 3º, *caput*: “Considera-se empregado toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário”.

⁴ Alguns autores, como Amauri Mascaro Nascimento (2011) e Maurício Godinho Delgado (2012) acrescentam o elemento pessoa física, de forma dissociada do elemento pessoalidade. Outros, como Luciano Martinez (2014), inserem o critério da não assunção dos riscos, que não incluímos, apesar da previsão expressa do art. 2º da CLT, em face de considerarmos que falta, a tal elemento, essencialidade, já que, muitas vezes, o empregador transfere ao empregado partes dos riscos do empreendimento, sendo esta uma estratégia cada dia mais utilizada, como se pôde constatar no capítulo II do presente trabalho.

presta. Então, conclui-se que o trabalhador apenas poderá prestar o seu trabalho por si mesmo, não por intermédio de outrem (BARRETO, 1964, p. 15).

Delgado (2012, p. 285) acrescenta que, quando a substituição do trabalhador se der de forma meramente eventual, ela não é suficiente para afastar a pessoalidade, pois esta situação excepcional não pode ser considerada relevante na dinâmica do contrato. Também se manifestam nesse sentido Amaro Barreto (1964, p. 15), Evaristo de Moraes Filho (1971, p. 207), Messias Donato (1977, p. 66) e José Catharino (1982, p. 163).

Da pessoalidade também se extrai que apenas pode se considerar empregado a pessoa física, vez que às pessoas jurídicas não são garantidas as proteções sociais do Direito do Trabalho (CUEVA, 1943, p. 349).

Delgado (2012, p. 285) concorda com a necessária prestação por pessoa física, mas, lembra-se de afirmar que a existência de uma pessoa jurídica criada apenas para escamotear o vínculo de emprego existente, de fato, entre uma pessoa física e o tomador de serviços, não afasta reconhecimento do vínculo, em razão da aplicação do princípio da primazia da realidade.

A onerosidade, enquanto segundo elemento da relação de emprego, demonstra a necessária natureza sinalagmática do contrato de trabalho. Se no estado natural o fruto do trabalho seria atribuído ao trabalhador para que este subsistisse e, em razão de circunstâncias sociais, há alienação do bem da vida produzido, é de se concluir ser necessário que o tomador forneça meios para a subsistência do prestador (OLEA, 1984, p. 27).

A não eventualidade, por seu turno, consiste, segundo Amauri Nascimento (2011, p. 652), na constância do desenvolvimento da atividade dentro do contexto da empresa.

Apesar da importância e essencialidade dos critérios citados e sucintamente explicados até aqui, o critério qualificador da relação de emprego, que a diferencia do trabalho autônomo, é a polêmica subordinação. Face à sua importância, será tratada em tópico próprio, que segue:

2.2.2 Subordinação

A subordinação não tem previsão expressa nos artigos 2º e 3º do texto consolidado, havendo, diversamente, a utilização do termo “dependência”. Entretanto, no lugar deste vocábulo, a doutrina e jurisprudência dominantes ordenam a leitura da expressão subordinação, por considerarem que a dependência é critério extrajurídico, ou, muito amplo⁵⁶.

⁵ Sussekind, Maranhão e Vianna (1966, p. 282) afirmam que a dependência é expressão vaga, podendo significar muitas coisas, de modo que recomenda a leitura de “subordinação jurídica” em substituição à expressão “sob dependência” presente na CLT.

⁶ Tal descompasso entre a literalidade da norma e a sua interpretação se deu, conforme Oliveira (2014, p. 92-97), em decorrência do avanço do positivismo no Direito do Trabalho. O esforço para a construção desse critério, considerado por muitos a “pedra de toque” do Direito do Trabalho, é um esforço de adequação do Direito do trabalho à dogmática jurídica, para evitar uma confusão (à época considerada prejudicial, em razão do ideal de pureza metodológica) com a sociologia (MACHADO, 2009, p. 40).

Por ser o critério mais importante e controverso, muitas teorias surgiram ao redor desse conceito. Passemos, portanto, às interpretações que a ela foram e vêm sendo dadas:

2.2.2.1 Subordinação subjetiva ou clássica

Nesta leitura, a subordinação traz forte a noção de heterodireção, de sorte que se considera empregado o sujeito que se submete a ordens expressas, diretas, específicas e detalhadas, deixando ao empregado pouco espaço para decidir a respeito do modo de prestação dos seus serviços (PORTO, 2009, p. 43).

Adotando esta concepção, se concluiria ser empregado o médico que recebe ordens (atendendo, por exemplo, o paciente que a ele é designado por outrem) e cumpre horários. Não poderia ser considerado empregado, por outro lado, o profissional que demonstrasse qualquer elemento de autonomia, como condicionar sua permanência no serviço à alteração dos dias de plantão para outro escolhido por ele, ou situação similar. Para essa linha, só seria empregado o profissional que sempre se submetesse às ordens e não conseguisse nunca negociar sozinho a maneira como se daria a prestação do seu trabalho.

Este modo de organização da força produtiva é próprio do modelo fordista, no qual a disciplina sobre o corpo e tempo do trabalhador se fazia essencial para garantir a produtividade. Mas esta técnica disciplinar vem ruindo com o advento da reestruturação produtiva, de sorte que novas formas de utilização da mão de obra surgem. Estas não se preocupam mais em dominar o corpo do trabalhador, mas cooptar a mente, através de métodos de controle mais sutis.

Ademais, assistimos a uma inversão no domínio da técnica nas relações de emprego. Com a demanda por trabalhos mais especializados, passa-se a contratar pessoas com maior *know how* que o dono do negócio ou seus prepostos. Estes profissionais, portanto, não necessitam de vigilância ou orientações de procedimento, exercendo seu serviço com maior liberdade (BARROS, 2004, p. 149).

Dispensada a necessidade de ordens e vigilância ostensiva na relação de trabalho, muitos trabalhadores começaram a ter negada a proteção aos Direitos Sociais, embora fossem igualmente hipossuficientes em relação ao empregador. Diante desse problema, em que o Direito do Trabalho passa a negar proteção ao hipossuficiente por se apegar à noção de subordinação enquanto heterodireção, é que surge a discussão sobre a subordinação, com propostas que objetivam mantê-la, através de uma adaptação a este novo mundo do trabalho, e propostas que pretendem abandoná-la, substituindo-a por elementos considerados, pelos seus idealizadores, como realmente essenciais à relação de emprego.

2.2.2.2 Subordinação objetiva

Antes de tratarmos das teorias de releitura e de abandono da subordinação, precisamos tratar de outro recorte dado a este elemento, que é o recorte objetivo. Arion Romita (1983, p. 237), com fundamento doutrinário na ideia da alteridade como elemento essencial ao acesso ao Direito do Trabalho, critica a subordinação subjetiva, afirmando ser ela contrária à liberdade e

à igualdade, pressupostos essenciais a um contrato, propondo um entendimento diverso para a subordinação, ainda na década de 1980.

A natureza da relação entre o tomador e um prestador de serviços há de ser de emprego, segundo o autor, se houver a integração da atividade do obreiro na organização empresarial. É, então, proposta de análise objetiva, que não se volta ao modo como a prestação se dá, mas apenas se ela se adequa ou não à organização da empresa.

Assim sendo, um médico, ainda que não recebesse ordens expressas e não cumprisse horário, seria considerado empregado sempre que o serviço por ele prestado se ajustasse aos fins da empresa.

2.2.2.3 Propostas de releitura da subordinação

A subordinação é critério clássico e consagrado pela doutrina trabalhista. Muitos doutrinadores, então, buscam atualizá-la aos novos tempos, ou recuperar aquele que seria o seu sentido original.

Maurício Delgado (2007), Marcus Mendes e José Chaves Júnior (2007) e Lorena Porto (2009) entendendo que a subordinação subjetiva é restritiva e que a subordinação objetiva é demasiado ampla, elaboram teorias próprias. No geral, aproveitam a versão objetiva e trazem elementos para restringi-la, de forma a não abarcar os autônomos que eventualmente estivessem integrados aos fins da empresa.

Delgado defende a chamada subordinação estrutural. Em suas palavras esta seria: “a subordinação que se manifesta pela inserção do trabalhador na *dinâmica* do tomador de seus serviços, independentemente de receber (ou não) suas ordens diretas, *mas acolhendo, estruturalmente, sua dinâmica de organização e funcionamento*” (DELGADO, 2007, p. 37, grifo do autor).

Apesar de autor afirmar que a sua construção da subordinação estrutural seria um desenvolvimento da subordinação objetiva e poderia sanar o problema de inclusão dos autônomos no conceito, não logramos perceber a diferença entre as teorias, tendo em vista que a ideia de inserção do trabalhador na dinâmica da empresa nos parece bem similar nesse ponto. O que se pode dizer, todavia, é que a subordinação estrutural parece abranger mais facilmente a situação do trabalhador cujo labor não está diretamente relacionado ao fim da empresa, já que a ideia de inserção na dinâmica empresarial pode contemplar, também, as atividades-meio.

Assim, pelo que entendemos da subordinação estrutural, o médico seria empregado não apenas quando laborasse numa instituição de saúde, mas também quando atuasse em qualquer outra empresa que não tivesse esse fim, desde que seu serviço, de alguma forma, se encaixasse na dinâmica do tomador.

Marcus Mendes e José Chaves Júnior (2007, p. 198), percebendo as dificuldades na determinação de empregado e empregador no contexto das novas formas de organização produtiva, buscam as conexões da subordinação jurídica com o conceito de alienação para, revitalizan-

do-a, responder à desestruturação, garantindo a proteção dos trabalhadores, sem desestabilizar o sistema jurídico com a adoção de outro critério, não consagrado pelos juristas.

Propõem, assim, a subordinação estrutural-reticular, desenvolvida a partir da proposta de Delgado aplicada à estruturação empresarial em redes no contexto de reengenharia produtiva. Para esses autores, seria empregado quem se vincula à empresa de forma direta e habitual e não tem controle da atividade econômica exercida pela empresa e, também, aquele que está envolvido na rede econômica. Neste último caso, seriam empregadores todos aqueles que participassem da rede, não apenas a empresa que contratou o trabalhador, normalmente com porte econômico menor.

Porto (2009, p. 253), busca reafirmar a subordinação jurídica como elemento qualificador da relação de emprego através da construção da noção de subordinação integrativa, mais ampla que a versão clássica e aplicável de imediato, sem necessidade de alterações legislativas.

A autora argumenta que a subordinação é a contraface do poder empregatício. Ele pode se manifestar de formas diversas, ou, se for do interesse do empregador, não se manifestar, o que não afastaria a relação de emprego, já que o exercício de tal poder só precisaria existir em potência, como uma faculdade.

No mundo do trabalho após a década de 1960 o poder diretivo passa a ser exercido de maneiras diferentes, mais sutis e menos visíveis, mas não menos intensas. Deste modo, a subordinação não desapareceu, ela apenas foi reconfigurada, acompanhando o poder diretivo.

Por isso, Porto não concorda que se deva nem forçar a utilização de critérios antigos aos casos novos que vêm surgindo, nem abandonar completamente os critérios da relação de emprego até então construídos, especialmente a subordinação, propondo, portanto, uma postura intermediária, de alterações, sem destruição: propõe a adoção da subordinação integrativa.

A proposta consiste na subordinação objetiva filtrada pelos critérios de autonomia propostos pelo expoente alemão Rolf Wank. Assim, após constatar que há subordinação objetiva seria necessário verificar a existência de indícios⁷ de autonomia, calcados na ideia de liberdade empresarial, para se concluir haver trabalho subordinado e relação de emprego.

Deste modo, com base em Porto (2009), um médico seria empregado se: a) recebesse ordens (subordinação subjetiva); b) não recebendo ordens, sua atividade estivesse vinculada aos fins da empresa (subordinação objetiva) e ele não fosse autônomo, ou seja, não gozasse de liberdade empresarial.

⁷ Porto traz como indícios de autonomia os seguintes: “[...] o obreiro deve prestar sua atividade para uma organização produtiva alheia; os frutos do seu trabalho não lhe pertencem, originalmente, mas, sim, a essa última; não possui uma organização empresarial própria; ele não assume riscos de ganhos ou perdas, os quais são assumidos por seu empregador.” (PORTO, 2009, p. 253)

2.2.2.4 Propostas de abandono da subordinação

Rodrigo Goulart (2012) e Murilo Oliveira (2014) defendem o abandono da subordinação enquanto elemento qualificador da relação de emprego. O principal problema apontado por ambos quanto ao critério é o fato de ela ser uma consequência do vínculo empregatício e não sua causa.

Por se tratarem de propostas diferentes e construídas com argumentos diversos, serão expostas em tópicos apartados.

2.2.2.4.1 Expropriação do Trabalho

Goulart (2012) propõe como centro de análise para a proteção trabalhista a existência ou não do trabalho expropriado. É critério que, de acordo com o próprio elaborador, é de análise subjetiva, e, segundo ele, deve ser mesmo, pois o direito não pode se fechar às condições circunstanciais das relações, precisando analisá-las e julgá-las, caso a caso, com o intuito de valorizar o trabalho humano.

É expropriado o trabalho quando os seus resultados não são diretamente aproveitados pelo trabalhador, mas por um terceiro. Há, assim, a diferença de três relações em que se faz presente o trabalho humano: a consumerista, a autônoma e o vínculo de emprego. Nas relações de consumo e de autonomia é o próprio prestador que se apropria do resultado, enquanto que na relação de emprego essa apropriação é feita pelo tomador.

221

Concordamos com a ideia do autor, no sentido de que é a condição de trabalho expropriado que deve dar acesso à proteção social. Contudo, não pudemos perceber, no desenvolvimento teórico da obra, meios de aplicação e diferenciação da situação de autonomia e de emprego.

2.2.2.4.2 Dependência Econômica

Oliveira (2014, p. 33) propõe o rompimento com a subordinação como elemento chave para a caracterização do vínculo empregatício, afirmando que ela deve passar a ser mero indício de assalariamento.

O autor justifica o rompimento na recorrente situação de trabalho dependente e não subordinado, no fato de ser a subordinação um dogma que nunca justificou sua “jurisdicionalidade” e por dar maior ênfase ao modo de realização do trabalho que ao destino do seu resultado (se é apropriado por terceiro ou não).

Para Oliveira (2014, p. 172), o critério da dependência econômica é uma opção de recomposição do âmbito de aplicação do Direito do Trabalho.

Segundo o autor, é próprio do sistema capitalista a expansão dos dependentes, em razão da acumulação de riquezas e dos meios de produção. Se a cada dia há maior concentração de propriedade, a cada momento temos mais despossuídos que só têm sua força de trabalho como

instrumento para garantir meios de sobrevivências E esses sujeitos necessitam da proteção independentemente do modo como seus serviços são prestados: com ou sem ordens.

Mas o que é a dependência econômica para Oliveira?

Primeiro, é dependente o sujeito que não tem propriedade suficiente para empreender, precisando vender sua força de trabalho no mercado para garantir a satisfação de suas necessidades.

Assim, Oliveira afirma que há dependência quando há trabalho assalariado. Em outras palavras: quando o objeto da relação não é mercadoria, mas força de trabalho. A distinção pode ser feita quando se percebe que o objeto do contrato só tem funcionalidade na empresa quando associado à propriedade, aos meios de produção, ou seja, quando inserido no negócio. Nessa hipótese, a prestação serve como fator produtivo utilizado pelo empreendedor para atingir a finalidade da sua produção: o lucro. E este fator produtivo será utilizado como for do interesse do proprietário dos meios produtivos, que tem o direito de organizar seu empreendimento.

Nos casos, todavia, em que apesar de o trabalhador não deter a propriedade há entre as partes (a que oferece o trabalho e a que fornece o capital) uma verdadeira comunhão, também não há dependência. Assim é porque não há transferência de riqueza de uma parte para a outra, a relação não se baseia na mais-valia. Isso ocorre nos casos em que o trabalhador percebe parte significativa do resultado do seu trabalho, de modo que o ganho das partes é obtido por meio de uma divisão justa, que revela uma verdadeira sociedade, e não uma exploração.

222

Considerando que a dependência está inserta no art. 3º da CLT, afirma que esta teoria pode ser aplicada imediatamente, de modo que não depende de alterações legislativas, mas de mudanças de mentalidade.

Destarte, pela dependência econômica, consideraremos empregado o médico que, atendendo aos requisitos da pessoalidade, onerosidade e não eventualidade também não portar propriedade suficiente para empreender livremente e se apropriar dos lucros do seu labor, necessitando alienar sua força de trabalho, inserindo-se no contexto de quem detém os meios de produção (hospitais, clínicas e outras instituições de saúde, geralmente).

Outros elementos?

Os elementos da relação de emprego são apenas os expressos e explicados neste item 3. Portanto, não podem ser estabelecidos novos requisitos por meio de interpretação. Contudo, diversas são as oportunidades em que os julgadores criam elementos ao vínculo de emprego, tamanha é a importância que dão à existência de alguns indícios.

Não abordamos em momento nenhum a exclusividade, o grau de instrução e a boa remuneração como elementos do vínculo de emprego. De fato, não o são.

3. Analisando as relações de trabalho médicas

Esclarecidos no plano teórico os elementos da relação de emprego, passaremos a colocá-los em prática com o intuito de descobrirmos se as contratações de médicos por pessoas jurídicas ou cooperativas é lícita. Além disso, da análise das relações concretas, conseguiremos melhor pensar a teoria e também concluir qual ou quais teorias para a subordinação são aptas a refletir a existência de relações que merecem a proteção social.

Ao longo da pesquisa PIBIC, financiada pelo CNPq, realizamos pesquisa jurisprudencial no âmbito do Tribunal Regional do Trabalho da 5ª Região e entrevistas com médicos contratados por pessoa jurídica ou cooperativa. O resultado desse trabalho está esmiuçado ao longo desse tópico.

3.1 Análise jurisprudencial dos elementos da relação de emprego no trabalho médico

A existência de fraudes nas contratações de médico por meio de sociedades ou cooperativas depende da existência de vínculo empregatício. Como sabemos, a relação de emprego existe quando se fazem presentes os seus elementos essenciais: pessoalidade, não eventualidade, onerosidade e subordinação/dependência/expropriação.

Mas muitas vezes identificar a presença desses elementos não é simples. Faz-se necessário analisar a relação, extrair dela um conjunto de fatos que apontam para a concretização ou não dos elementos e interpretar. A jurisprudência então, quando julga pleitos de reconhecimento de vínculos acaba evidenciando o que considera como indícios dos elementos.

223

No caso dos médicos não é diferente. Com o intuito de entender quais os fatos são relevantes para que o Tribunal Regional do Trabalho da 5ª Região reconheça a relação empregatícia, fizemos a análise de cinquenta e quatro acórdãos, com datas de publicação entre 12/5/2012 e 12/5/2015.

A pesquisa foi viabilizada pelo sítio eletrônico do Tribunal citado. Na aba de jurisprudência, filtramos os acórdãos buscando em seus inteiros teores as palavras-chave “médico” e “subordinação”⁸. Obtivemos setenta e duas páginas de resultado com inúmeros acórdãos no total. Em razão disso, decidimos limitar a pesquisa temporalmente para o período já indicado.

Visitamos todos os arquivos dos acórdãos que constavam nas trinta páginas contempladas pelo período pesquisado. Muitos fugiam completamente da proposta, vez que o termo “médico” é bastante comum em decisões em que se pleiteiam indenizações materiais ou morais, se discutem questões relativas a acidentes de trabalho ou pedidos de reintegração por doença. Cinquenta

⁸ Esclarecemos que o termo subordinação foi escolhido por facilitar a filtragem de processos em que se discutia a (in) existência do vínculo de emprego. A facilitação decorre do fato de a subordinação ainda ser considerado o elemento mais importante dessa relação, por diferenciá-la das prestações autônomas, e, por isso, comumente ser apreciado mais detidamente quando se pleiteia a declaração desta espécie de trabalho.

e quatro correspondiam ao que almejávamos analisar (decisões sobre vínculo empregatício médico) e compuseram nossa amostra.

A amostra conta com decisões proferidas por todas as cinco turmas. Doze acórdãos da 1ª turma; doze da 2ª; cinco da 3ª; treze da 4ª; e doze da 5ª. Este dado é importante por evitar que o posicionamento isolado de um órgão fracionado seja tomado como o pensamento esposado por todo o Tribunal.

Vinte e oito destas ações selecionadas foram julgadas procedentes. Destas, duas eram ações civis públicas nas quais se determinou que as entidades hospitalares reclamadas se abstivessem de contratar médicos por meio de cooperativas ou pessoas jurídicas, contratando nos moldes celetistas, regularizar o vínculo dos médicos que já lhes prestavam serviços e pagar indenização por lesões à coletividade no importe de R\$5.0000,00⁹ (cinco mil reais) e R\$ 20.000,00 reais¹⁰ (vinte mil reais). As demais foram demandas individuais.

Vinte e cinco foram julgadas improcedentes e em uma se reconheceu a incompetência absoluta da Justiça do Trabalho para processar e julgar a lide¹¹. Em uma das decisões improcedentes, o Tribunal fundamentou pela existência de vínculo de emprego, mas com entidade diversa da que se pleiteou¹².

Os elementos discutidos de forma mais detida no acórdão no caso dos médicos foram a subordinação e a pessoalidade. No geral, os contratantes reconheceram as prestações de serviços dos médicos, de modo que não questionavam a existência de onerosidade e não eventualidade na relação, mas afirmavam que a relação não seria de emprego, por supostamente faltar pessoalidade ou subordinação.

Em razão do reconhecimento da prestação, o Tribunal costuma inverter o ônus da prova, com base no art. 818 consolidado¹³ e no art. 333, II¹⁴, do CPC. Considerando que no capitalismo a tendência é o assalariamento, a relação de emprego se presume quando há a prestação de serviços. Assim, se a relação se deu sob outros moldes, o reclamado deverá provar. Esse entendimen-

⁹ Processo 0000489-31.2011.5.05.0311 RecOrd, Origem SAMP, ac. nº 204533/2014, Relator Desembargador PAULO SÉRGIO SÁ, 4ª. TURMA, DJ 22/7/2014.

¹⁰ Processo 0000679-76.2011.5.05.0025 RecOrd, Origem SAMP, ac. nº 133023/2013, Relatora Desembargadora MARIZETE MENEZES, 3ª. TURMA, DJ 23/4/2013.

¹¹ Processo 0000015-83.2013.5.05.0022 RecOrd, Origem SAMP, ac. nº 189892/2014, Relatora Desembargadora LOURDES LINHARES, 4ª. TURMA, DJ 8/4/2014.

¹² No caso, a médica pediu reconhecimento do vínculo com a OSCIP e responsabilidade solidária do Município, mas a turma entendeu que seria caso de vínculo de emprego com o Município e responsabilização solidária do Município, motivo pelo qual não foi a reclamatória foi improcedente, e o RO não teve provimento. Processo 0000478-12.2011.5.05.0631 RecOrd, Origem SAMP, ac. nº 105823/2012, Relator Desembargador EDILTON MEIRELES, 1ª. TURMA, DJ 26/7/2012.

¹³ Art. 818, CLT: “A prova das alegações incumbe à parte que as fizer.”

¹⁴ Art. 333, II, do CPC: “O ônus da prova incumbe: [...] II – ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor”.

to apenas não foi aplicado aos médicos em um acórdão, no qual se entendeu que a autonomia do profissional liberal é presumida¹⁵.

Apesar de não ser de grande relevo, por normalmente não haver controvérsia nesse ponto, relataremos o que o Tribunal valorou como indícios de onerosidade e não eventualidade. Aquela é considerada presente com a simples apresentação de comprovação do pagamento pela prestação de serviços. Esta foi tida como existente pela apresentação da escala em que o nome do médico se encontra, por depoimento testemunhal ou mesmo pela confissão dos demandados.

A pessoalidade diversas vezes é um empecilho para que o médico obtenha o reconhecimento do vínculo. Sobre o tema, o Tribunal Regional do Trabalho da 5ª Região tem decisões que interpretam de formas diversas os mesmos indícios.

A possibilidade de fazer-se substituído é a questão central das discussões a respeito deste elemento nas ações de reconhecimento de vínculo envolvendo médicos. O debate em torno desse ponto é recorrente, pois os médicos plantonistas, quando não podem se fazer presentes nos plantões para os quais foram designados, comumente enviam outro profissional.

Essa prática foi interpretada como falta de pessoalidade em alguns dos acórdãos pesquisados¹⁶. Mas, também já se entendeu por não afastar a pessoalidade no caso em que há obrigação de o profissional informar previamente a substituição¹⁷, depender de autorização para tanto¹⁸, só poder ser substituído por médico que labore na mesma empresa¹⁹ ou que necessariamente esteja vinculado à mesma pessoa jurídica²⁰.

Entendemos que afastar a pessoalidade porque o médico pode se fazer substituir é interpretação que deve ser precedida de cuidadosa análise e cautela. O Capítulo III do Código de Ética Médica (Res. CFM nº 1931/2009) prevê que: “É vedado ao médico: [...] Art. 9º Deixar de

15 Ementa: RELAÇÃO DE EMPREGO. MÉDICO – O profissional liberal traz implícita a autonomia na prestação de seus serviços, competindo a ele mesmo trazer prova convincente da subordinação jurídica essencial à configuração do vínculo empregatício alegado. Dessa forma, a simples prestação de serviço pelo Médico não importa em reconhecimento de vínculo de emprego (Processo 0000394-09.2012.5.05.0006 RecOrd, Origem SAMP, ac. nº 147794/2013, Relator Desembargador MARCOS GURGEL, 1ª. TURMA, DJ 13/6/2013).

16 Processo 0000380-82.2013.5.05.0008 RecOrd, Origem SAMP, ac. nº 211794/2014, Relator Desembargador NORBERTO FRERICHES, 5ª. TURMA, DJ 09/09/2014; Processo 0000397-45.2013.5.05.0291 RecOrd, Origem SAMP, ac. nº 198888/2014, Relatora Desembargadora ANA LÚCIA BEZERRA SILVA, 4ª. TURMA, DJ 03/06/2014; Processo 0001166-15.2011.5.05.0003 RecOrd, Origem SAMP, ac. nº 137518/2013, Relatora Desembargadora LUÍZA LOMBA, 2ª. TURMA, DJ 16/04/2013; Processo 0000003-95.2010.5.05.0015 RecOrd, Origem SAMP, ac. nº 125306/2012, Relatora Desembargadora LÉA NUNES, 3ª. TURMA, DJ 30/11/2012.

17 Processo 0000238-42.2013.5.05.0020 RecOrd, Origem SAMP, ac. nº 217970/2014, Relator Desembargador LUIZ ROBERTO MATTOS, 1ª. TURMA, DJ 30/1/2015.

18 Processo 0000649-07.2012.5.05.0122 RecOrd, Origem SAMP, ac. nº 219971/2014, Relatora Desembargadora DÉBORA MACHADO, 2ª. TURMA, DJ 29/10/2014.

19 Processo 0001122-32.2012.5.05.0012 RecOrd, Origem SAMP, ac. nº 209870/2014, Relator Desembargador EDILTON MEIRELES, 1ª. TURMA, DJ 16/09/2014.

20 Processo 0000491-64.2012.5.05.0020 RecOrd, Origem SAMP, ac. nº 189560/2014, Relator Desembargador ESEQUIAS DE OLIVEIRA, 5ª. TURMA, DJ 04/04/2014

comparecer a plantão em horário preestabelecido ou abandoná-lo sem a presença de substituto, salvo por motivo de força maior [...]”.

Assim, o plantonista, quando impossibilitado de comparecer ao plantão já agendado, envia outro médico visando não incorrer em desvio ético. Ou seja, em muitos casos não é a liberdade que motiva o profissional a atuar desta maneira, mas a ética da sua profissão. Não se pode penalizar o médico, deixando de reconhecer sua condição de empregado, porque atuou no intuito de obedecer regulamentação atinente à sua categoria.

Além da questão das substituições, outros indícios foram relevantes para que o Tribunal julgasse a questão. A inserção do nome do médico na escala de plantão²¹, comunicações remetidas à pessoa física, não à jurídica²² (em caso de pejetização) e pagamentos efetuados diretamente ao médico ou à cooperativa com mas vinculados ao nome do profissional²³ foram indícios que apontaram para o reconhecimento da existência de pessoalidade.

Tratemos da subordinação. Como vimos no capítulo 3 do presente trabalho a subordinação é elemento que tem recebido diversas interpretações e sentidos. Naquela oportunidade analisamos essas novas interpretações, bem como as teorias que rompiam com o conceito (da dependência econômica e da expropriação). Agora, vamos mostrar o que o Tribunal tem aplicado.

A subordinação subjetiva ainda é a mais utilizada para negar o vínculo. Nas decisões em que houve reconhecimento de relação de emprego preponderou a utilização da subordinação objetiva e suas releituras como fundamento principal, com inclusão de indícios próprios da subordinação subjetiva, em alguns casos, para reforçar o convencimento.

Em números, a vinculação à atividade-fim foi questão debatida em treze ações. Destas, onze foram deferidas²⁴, reconhecendo-se o vínculo ou julgando procedente a ação civil pública. Em duas as ações foram julgadas improcedentes, dentre outros motivos, por o médico laborar em instituição cuja atividade-fim não era na área de saúde²⁵.

Dentre as teorias de releitura da subordinação objetiva, a que alcança maior repercussão no TRT5 é a da subordinação estrutural, seguida da integrativa. A doutrina de Maurício Delgado é citada literalmente em alguns acórdãos²⁶ e a de Lorena Porto aparece como fundamentação,

²¹ Processo 0000813-10.2013.5.05.0195 RecOrd, Origem SAMP, ac. nº 218098/2014, Relatora Desembargadora MARGARETH RODRIGUES COSTA, 1ª. TURMA, DJ 21/10/2014.

²² Processo 0000813-10.2013.5.05.0195 RecOrd, Origem SAMP, ac. nº 218098/2014, Relatora Desembargadora MARGARETH RODRIGUES COSTA, 1ª. TURMA, DJ 21/10/2014.

²³ Processo 0001122-32.2012.5.05.0012 RecOrd, Origem SAMP, ac. nº 209870/2014, Relator Desembargador EDILTON MEIRELES, 1ª. TURMA, DJ 16/09/2014.

²⁴ Processo 0000813-10.2013.5.05.0195 RecOrd, Origem SAMP, ac. nº 218098/2014, Relatora Desembargadora MARGARETH RODRIGUES COSTA, 1ª. TURMA, DJ 21/10/2014;

²⁵ Processo 0000074-32.2013.5.05.0132 RecOrd, Origem SAMP, ac. nº 185746/2014, Relator Desembargador RENATO MÁRIO BORGES SIMÕES, 2ª. TURMA, DJ 27/02/2014 e Processo 0000561-94.2010.5.05.0491 RecOrd, Origem SAMP, ac. nº 175299/2013, Relatora Desembargadora DALILA ANDRADE, 2ª. TURMA, DJ 22/1/2014.

²⁶ Exemplo: Processo 0000076-71.2014.5.05.0421 RecOrd, Origem SAMP, ac. nº 232127/2015, Relator Desembar-

geralmente como sinônimo da subordinação estrutural, a exemplo do que ocorre na seguinte passagem:

Independentemente de receber a autora ordens diretas de superiores hierárquicos, as funções por ela exercidas acolhem estruturalmente o fim para o qual o hospital foi criado, integrando, portanto, seus próprios objetivos institucionais.

Isso vem apenas confirmar a subordinação jurídica da reclamante, também chamada pelos doutrinadores de “*subordinação estrutural ou integrativa*”, ainda que mitigada em um contexto que envolvia profissional liberal, naturalmente com alguma liberdade de atuação dentro das funções que exercia no hospital, do que tinha ciência prévia e sabia por, como, onde e de que maneira desempenhar (Processo 0000813-10.2013.5.05.0195 RecOrd, Origem SAMP, ac. nº 218098/2014, Relatora Desembargadora MARGARETH RODRIGUES COSTA, 1ª. TURMA, DJ 21/10/2014)

Da fundamentação acima percebemos que é questão clara de subordinação estrutural, vez que se entendeu que a médica mesmo sem receber ordens acolhia estruturalmente a dinâmica da empresa, um hospital.

Na pesquisa jurisprudencial encontramos os seguintes indícios de subordinação estrutural: inserção na dinâmica da empresa (4), exercício de função diretiva (3), atuação como preceptor de médicos residentes (1) e treinamento do corpo médico da empresa (1).

227

Inserção na dinâmica da empresa é termo amplo utilizado pelos julgadores que muito se aproxima da vinculação à atividade-fim. O exercício de função diretiva reflete esta inserção claramente, vez que a pessoa que coordena os trabalhos e não detém o capital da empresa é fundamental para a organização do empreendimento, de modo que não se entende que essa atividade seria delegada a um profissional autônomo que não fosse um dos sócios da empresa. A atuação como preceptor e o treinamento do corpo de médicos também revelam a inserção do trabalhador na dinâmica empresarial, mostrando a essencialidade do labor para que o tomador de serviços alcance seus fins.

Entretanto, como já foi dito, a subordinação subjetiva ainda é recorrente nas fundamentações. A sua ausência, ainda hoje e para o caso de profissionais intelectuais, continua a ser interpretada como autonomia, mesmo que claramente presentes a subordinação objetiva (original ou adaptada) ou a dependência econômica.

No seu voto em Recurso Ordinário, uma desembargadora-relatora trouxe o seguinte conceito para o elemento subordinação: “[...] consiste na atuação do empregador em dar a ordem (comando), acompanhar o cumprimento da ordem (controle) e punir o empregado pelo descumprimento da ordem (fiscalização)”²⁷. Esse é, exatamente o conceito de subordinação sub-

gador MARCOS GURGEL, 1ª. TURMA, DJ 12/5/2015.

²⁷ Processo 0000495-53.2011.5.05.0015 RecOrd, Origem SAMP, ac. nº 130480/2013, Relatora Desembargadora ANA LÚCIA BEZERRA SILVA, 4ª. TURMA, DJ 29/1/2013

jetiva, evidenciando que ainda há no Tribunal alguns desembargadores que se mantêm fieis a essa noção.

Os indícios de subordinação subjetiva apontados foram: controle da jornada (7), responder a superior hierárquico (4), trabalho diário (1), exercício de poder punitivo (1) e atendimento a pacientes agendados pelo hospital (1).

Os indícios de autonomia apontados nos acórdão pesquisados foram: liberdade na jornada (13), não exclusividade (9), não receber ordens (6), não sofrer punição (4), ausência de coação para firmar contrato civil (4), remuneração variável (3), alto grau de instrução (3), participação nos resultados (3), ser sócio de pessoa jurídica (3), aportar capital (2), pagar a terceiros para auxiliar na atividade (2), organizar o negócio (2), atender pacientes próprios no hospital (1), atender por cortesia sem necessidade de autorização (1), ser profissional liberal (1), recusar-se a prestar o serviço (1) e participar de assembleias da cooperativa (1).

Os indícios liberdade de jornada, não receber ordens e não sofrer punição são próprios da subordinação subjetiva e estão entre os mais utilizados para negar o reconhecimento dos vínculos.

A não exclusividade foi o segundo indício mais recorrente. Como sabemos, a exclusividade não é elemento da relação de emprego, mas a valoração que lhe é dada é tamanha que muitas vezes diferencia o autônomo do empregado, no entendimento jurisprudencial. Nos casos de vínculo médico a aplicação desse indício é problemática, já que poucos são os profissionais que mantêm um único vínculo, conforme pudemos perceber nas nossas entrevistas e Maria de Carvalho (2010, p. 100) relatou na sua dissertação de mestrado. Isso ocorre, pois o regime de plantões permite a compatibilidade de horários de vários vínculos.

A ausência de coação para firmar contrato civil não poderia ser considerada pra qualquer efeito. Não indica ausência de subordinação e fere uma das principais características do Direito do Trabalho: seu caráter cogente. Não é relevante se o profissional foi ou não coagido, o que importa é se estão ou não presentes os elementos do vínculo de emprego.

No caso dos médicos nem sempre a empresa precisa coagir o médico para que crie uma pessoa jurídica ou se associe a uma cooperativa fraudulenta. Como essa prática é recorrente nesse mercado de trabalho, com pouco tempo de exercício profissional o médico já tem um CNPJ com o qual poderá ser contratado pelos hospitais facilmente.

Perceber remuneração variável é indício que toca na questão da onerosidade. Como vimos no capítulo 3, não é relevante que a remuneração seja fixa ou variável, por unidade de tempo ou de produção, basta que a finalidade da relação seja econômica. Ademais, a remuneração por produtividade não deveria ser tomada como indício de autonomia, mas de subordinação. Essa forma de contraprestação dos serviços vem sendo utilizada a cada dia com mais frequência, vez que com ela o empregado se torna fiscal de si mesmo e, quando não produz o suficiente recebe a pior das sanções: comprometimento da sua renda. Destarte, esse tipo de remuneração é um tipo sutil de controle, mas bastante eficiente.

Também já afirmamos nessa monografia que o alto grau de instrução não é indício de autonomia. O profissional intelectual quando carece de propriedade para empreender precisa vender sua força de trabalho como qualquer outro trabalhador. Interpretação diversa, repetimos, é inconstitucional.

Ser sócio de pessoa jurídica, na realidade dos médicos, não deveria ser considerado indício de autonomia. Nesse mesmo capítulo mostramos que o fenômeno da pejetização ataca sobremaneira a área de saúde, de modo que o profissional liberal que encontra-se nessa situação busca o Judiciário para ver reconhecido o vínculo de emprego pela primazia da realidade. Se o julgador se apega à constituição de uma PJ e à existência de contrato entre pessoas jurídicas para negar o vínculo, ele está violando o princípio da primazia da realidade.

Ante à proletarização do profissional liberais descabido incluir essa condição como indício de autonomia. Já afirmamos que o capitalismo tende à generalização do assalariamento, o que atinge a todas as profissões, inclusive àquelas que outrora denominadas liberais.

Quanto aos demais indícios, concordamos que apontam para a autonomia, sobretudo “aportar capital” e “organizar o negócio”. Evidentemente que, ponderados com outros elementos, será possível concluir pela existência de vínculo de emprego.

Desse tópico concluímos que:

- A jurisprudência do Tribunal ainda não é firme no que toca à definição de quando o médico é ou não empregado;
- Em muitos casos se aceitou a vinculação à atividade-fim como suficiente para fins de preenchimento do elemento subordinação;
- Ainda é bastante exigida a comprovação da subordinação subjetiva que tem por principais indícios: cumprimento de horário, recebimento de ordens e submissão a sanção.

229

3.2 Entrevistas

Ao longo da pesquisa PIBIC, financiada pelo CNPq, realizamos seis entrevistas. Dos nossos entrevistados, quatro são sócios de uma ou duas sociedades e um é cooperativado. Investigamos o dia a dia dessas relações e, neste tópico, exporemos nossas conclusões se, no caso, há ou não fraude há legislação trabalhista, com base na doutrina estudada e jurisprudência analisada.

3.2.1 Primeira entrevista

Nosso primeiro entrevistado foi um médico de vinte e quatro anos com dois meses de exercício profissional. Ele possuía três vínculos: um com a aeronáutica e dois de plantonista. Nos dois últimos ele atuava através de uma pessoa jurídica que ainda estava constituindo. Assim, realizou vínculo informal, com o compromisso de informar a PJ quando ela estivesse regulari-

zada. Ambos os vínculos eram bastante recentes, de modo que ele sequer tinha recebido pelos plantões àquela altura.

Resumidos os vínculos, analisaremos se se faziam presentes os elementos da relação de emprego e se havia ou não fraude.

Em primeiro lugar pontuamos que a onerosidade era clara. Apesar de o profissional ainda não haver recebido qualquer parcela, o intuito econômico da pactuação era indubitável. Segundo relato do profissional, o valor que receberia pelos plantões equivaleria a aproximadamente sessenta por cento da renda total.

A não eventualidade também era evidente. Nos dois hospitais ele tinha um dia de plantão preestabelecido durante a semana, sem previsão para encerramento da pactuação.

No que toca à pessoalidade, também a consideramos presente. Um dos vínculos exigia um treinamento específico, de modo que o profissional não podia se fazer substituir livremente, mas apenas trocar plantão com colegas que laborassem na instituição; no outro hospital, também havia certa dificuldade em se fazer substituir, pois havia registro.

A presença do elemento qualificador também era hialina. Presentes se fizeram tanto a subordinação subjetiva quanto a objetiva, a expropriação do trabalho e a dependência econômica.

230

A subordinação subjetiva encontrava-se presente pois em ambos os vínculos percebemos a necessidade de cumprimento de horário. Em um dos casos havia marcação de ponto biométrico, enquanto noutro era necessário que o profissional informasse a chegada através de ligação para um setor interno.

Outro ponto é que a escala não era livremente escolhida por ele, embora houvesse certa negociação. Para estabelecimento dos plantões fixos, a funcionária da empresa responsável pela organização da escala informou os dias e horários disponíveis e, dentre as possibilidades oferecidas ele optou por aquela que lhe era mais conveniente.

Ademais, relatou a existência de prestação de contas da atividade, o que demonstra o controle da empresa sobre a atividade do profissional. Havia um sistema informatizado que controlava a quantidade de pacientes atendidos e o tempo de espera de cada um deles naquele plantão.

A subordinação objetiva estava presente nos dois casos. Em ambos havia vinculação intrínseca entre o labor profissional e a atividade-fim da empresa. Ademais, o médico acolhia estruturalmente a organização da entidade, já que lançava dados no sistema da empresa, que não são obrigações próprias do exercício profissional, mas assumidas em razão do contrato com a entidade.

Havia expropriação, pois a atribuição do resultado do trabalho era diferenciada. O hospital vendia o serviço do médico, recebia por ele e pagava ao profissional apenas o valor pré-estabelecido pelo plantão.

Também percebemos a existência da dependência econômica no relato. A propriedade do estabelecimento não era do médico, que possuía apenas poucos instrumentos de trabalho de pequena monta, como um estetoscópio. Por não ter como empreender livremente, precisou se vincular aos hospitais, para que estes utilizassem seu labor na consecução de seus fins, em troca de uma contraprestação.

Presentes, pois, todos os elementos da relação de emprego e configurada a fraude à legislação trabalhista.

Contudo, quando questionado se se considerava autônomo ou empregado o médico afirmou que se entendia como autônomo porque “Se hoje eu quiser sair, eu saio”. Ou seja, a possibilidade de rescindir o contrato imediatamente é vista pelo profissional como autonomia. Não concordamos, pois qualquer empregado pode demitir-se e cessar a prestação de serviços de forma imediata. A diferença é que, sendo empregado, se assim o quiser, deverá indenizar o empregador pelo aviso prévio não trabalhado.

3.2.2 Segunda entrevista

A segunda entrevistada foi uma médica de vinte e três anos e quatro meses de exercício profissional. Ela possuía dois vínculos: residência médica e prestação de serviços em favor de um grande hospital de Salvador. O primeiro vínculo era híbrido entre relação de emprego e educacional, fugindo dos limites desse artigo, de modo que não nos aprofundamos na sua análise. O segundo vínculo foi bastante debatido.

A relação em questão se estabelecia entre a pessoa jurídica por ela constituída e o hospital para a realização de plantões semanais. Também consideramos haver fraude, em razão da presença de todos os elementos essenciais da relação de emprego.

A onerosidade se fazia presente. A médica fornecia sua mão de obra com intuito econômico, de modo que aquilo que recebia por ele equivalia a aproximadamente sessenta e cinco por cento de sua renda total.

A não eventualidade também era perceptível. A profissional tinha horário de trabalho definido na semana, já estava inserida de forma fixa na escala para atender a necessidades permanentes do hospital.

Ela não podia se fazer substituir livremente, de sorte que acreditamos preenchido o elemento da pessoalidade. No hospital encontrava-se cadastrado o seu CRM e a sua digital, de modo que não podia enviar qualquer pessoa em seu lugar para “cobrir” o plantão. A troca de plantão existia e ela entendia como uma obrigação no caso de precisar faltar.

Havia, também nesse caso, subordinação subjetiva, objetiva, expropriação do trabalho e dependência econômica.

A subordinação subjetiva foi evidenciada de diversas formas. Primeiro, havia necessidade de cumprimento de horário, que era monitorado por marcação biométrica. Caso o profissional se atrasasse ou saísse mais cedo, o valor por aquele tempo era descontado. Ademais, se o profissional faltasse o plantão sem avisar ele sofria a ameaça de ser denunciado ao Conselho Regional de Medicina (CREMEB) e também não conseguia mais “pegar plantão” no local, ou seja, era desligado. A médica relatou que um colega seu “parou de pegar plantão” nesse hospital após um atraso de uma hora e meia sem justificativa. Assim, ficou claro o exercício do poder punitivo.

Havia hierarquia no estabelecimento. Nos plantões diurnos, a profissional respondia perante o chefe de plantão ou chefe do dia. Eram eles quem advertiam os profissionais em caso de atrasos, ausências ou quaisquer outras faltas. Durante a noite havia a diarista. A diarista poderia, inclusive, divergir da profissional no que toca à realização de exames que a ela competia autorizar, de modo que se evidenciava a ingerência no exercício laboral.

Antes de tratarmos da subordinação objetiva, achamos relevante abordar as novas formas de disciplina que se faziam presentes na organização dessa atividade:

Havia bonificação para a equipe do turno caso ela conseguisse atingir a meta. Essa meta consistia em não permitir que os pacientes esperassem mais de quinze minutos pelo atendimento. Caso esse tempo fosse ultrapassado, o paciente era “perdido”. Se no período de um mês a equipe conseguisse “perder” apenas 25% dos pacientes, receberia a bonificação.

Em alguns casos, quando o atendimento estava lento, os chefes lançavam no grupo público do *telegram* a produtividade de cada profissional. Desse modo, como a bonificação era em equipe, um colega passava a pressionar o outro para que atendesse mais pacientes, visando a garantir a bonificação da equipe: “eles fazem isso pra estimular as pessoas pra se esforçarem mais pra não ficarem sendo expostas no grupo”.

Ou seja, a intensidade de controle por parte da empresa era diluída e dividida com a equipe. Havia, também, uma desarticulação entre os profissionais, que passavam a cobrar uns dos outros a produtividade, em vez de cobrar do Hospital uma remuneração mais adequada, por exemplo.

A subordinação objetiva também era verificada. A atuação da médica se inseria na atividade-fim do hospital. Ademais, ela acolhia estruturalmente os direcionamentos da empresa no que toca a preenchimento de formulários e a realização de procedimentos próprios da entidade e não inerentes ao exercício da Medicina.

Havia expropriação e dependência econômica pelos mesmos motivos elencados na análise da primeira entrevista.

Durante a entrevista a médica deixou claro seu desejo de que o vínculo se desse nos moldes celetistas e que a constituição de pessoa jurídica não era uma opção da profissional, mas uma imposição para a inserção no mercado de trabalho médico em Salvador.

3.2.3 Terceira entrevista

A terceira entrevistada era médica, de vinte e quatro anos, com três meses de exercício profissional. Ela não tinha pessoa jurídica nem cooperativa, mas se valia da pessoa jurídica de terceiros para realizar eventuais plantões em hospitais que apenas aceitavam trabalho prestado por meio de PJ.

Não haveria fraude trabalhista, no caso, ainda que ela houvesse constituído uma sociedade. Os plantões que prestava eram marcados pela eventualidade, pois ela não possuía qualquer acerto estável com as entidades, apenas comparecendo para “cobrir” o plantão de alguém que não pôde ir ou por urgência da entidade.

3.2.4 Quarta entrevista

A entrevista que analisaremos nesse subitem nos foi concedida por um médico de trinta e um anos de idade, com seis anos de exercício profissional.

Seu único vínculo, à época, era como associado de uma cooperativa que prestava serviços para um Município do interior do Estado.

233

A fraude também era evidente pois encontravam-se presentes todos os elementos do vínculo de emprego e havia terceirização ilícita da atividade-fim pelo ente público.

A onerosidade era inquestionável. Todos os meses o profissional recebia um valor fixo que era pago pelo Município por intermédio da cooperativa. A não eventualidade também era clara, pois o profissional atendia de segunda a quinta-feira em uma Unidade de Saúde da Família, na zona rural.

Ele também não podia se fazer substituir. Não laborava em regime de plantão, mas por consulta. Assim, se algum imprevisto ocorresse, ele remarcaria os pacientes para outra data, repondo posteriormente o dia de trabalho. A remarcação era descomplicada, pois os casos não eram de urgência/emergência, mas de acompanhamento. Havia pessoalidade.

A subordinação subjetiva também podia ser constatada da análise do caso concreto. Ele precisava cumprir horário, assinando folha de ponto, inclusive; a hierarquia se fazia presente, pois qualquer acerto quanto ao seu vínculo – tirar férias informalmente, por exemplo – era acertado com o Secretário de Saúde do Município; poderia ser dispensado por ordem desse mesmo Secretário.

Também notamos a subordinação estrutural. O médico se vinculava a uma das atividades-fim da Administração Pública, que é a prestação de serviços de saúde, e tinha por obrigação, inclusive, preencher a ficha do Sistema Único de Saúde (SUS) por um sistema informatizado.

O cooperativismo era fraudulento. O profissional sequer sabia o nome da cooperativa, apenas achava que era de Feira de Santana. O único vínculo que tinha com ela era para receber sua remuneração, jamais fora a qualquer assembleia, não recebia qualquer prestação da cooperativa como seu cliente e não percebia qualquer vantagem nesta condição.

A associação à cooperativa ocorreu por sugestão do próprio Secretário de Saúde. O entrevistado já fazia parte do quadro de médicos que trabalhavam pelo regime celetista para o ente público, através de contratação de urgência. Após, advieram eleições municipais e alteração da gestão, que resolveu alterar as remunerações e os turnos de trabalho. Acontece que essa mudança não poderia ser realizada através de nova seleção para temporário e a prefeitura optou por contratar a cooperativa, orientando os médicos que já trabalhavam no Município a associarem-se a ela.

Desse modo, nosso entrevistado laborava antes como empregado do Município, através de contratos precários e de urgência. Com a mudança de gestão viu-se compelido a migrar para uma contratação fraudulenta via cooperativa, continuando a laborar da mesma forma, na prática.

Quando questionado se se considerava autônomo ou empregado não titubeou, respondendo: “Empregado, com certeza”.

3.2.5 Quinta entrevista

234

A quinta entrevista foi realizada junto a uma médica com doze anos de exercício profissional. Ela possuía quatro vínculos. Dois como empregada pública, tendo sido regularmente contratada através de aprovação em concurso público, um como empregada privada, numa faculdade de medicina da capital e, por fim, um vínculo como autônoma, sócia de uma pessoa jurídica.

Analisaremos apenas o último vínculo, por ser o único em que não havia vínculo de emprego reconhecido.

A médica compunha uma sociedade com outros colegas mastologistas. Uma clínica de oncologia cedeu o espaço para que eles montassem a clínica. O interesse da clínica nessa operação residia, principalmente, em receber pacientes com câncer encaminhados pela clínica de mastologia da entrevistada para tratamento quimioterápico. Ademais, a instituição cedente recebia 5% do valor das consultas realizadas por esses médicos. Ou seja, a médica entrevistada e seus sócios não investiram com recursos financeiros para formação da sociedade, mas apenas com trabalho.

Na hipótese, entendemos não haver onerosidade. A médica recebia a sua remuneração a partir das consultas que realizava e a clínica retinha uma parcela irrisória (5%) enquanto oferecia toda a estrutura necessária da operação da atividade. Ou seja, a atribuição pelo resultado do trabalho se dava em favor da trabalhadora, não de terceiro. A instituição não pagava a ela ou aos seus sócios para que prestassem algum serviço.

Não havia subordinação subjetiva. A médica não tinha obrigação para com a clínica de cumprir horário (apenas com seus pacientes), também não possuía superior hierárquico e não cumpria ordens.

Havia subordinação objetiva. A atividade da médica encontrava-se vinculada ao fim da empresa. A sociedade que por ela era constituída não participou com capital, apenas com trabalho, de modo que se inseria na dinâmica da clínica. Eis o problema da subordinação objetiva e da subordinação estrutural. Elas permitem que verdadeiros autônomos sejam interpretados como empregados. Daí a existência de tantas outras teorias para evitar o hiperdimensionamento do vínculo de emprego.

Já afirmamos que não havia expropriação. Também há de se entender não haver dependência econômica, pois apesar de a médica não possuir toda a propriedade necessária, não era assalariada, conseguindo empreender autonomamente através de um contrato em que remunerava a outra clínica com uma porcentagem do seu resultado para gozar da estrutura necessária à sua atividade.

Assim, a pessoa jurídica era hígida, fundada na afeição dos sócios que desejavam alcançar fim econômico comum. Não havia qualquer fraude.

3.2.6 Sexta entrevista

235

O sexto entrevistado era médico oncologista de trinta e seis anos com dez anos de exercício profissional. Seu único vínculo era com uma clínica de oncologia, que o contratou através de uma pessoa jurídica constituída por ele e outros colegas por ser essa a condição imposta para a contratação de qualquer médico.

Nesse vínculo, constatamos haver os elementos da não eventualidade, pois a prestação dos serviços ocorria com habitualidade, da onerosidade, já que o hospital pagava ao médico uma parte das consultas por ele realizadas e da pessoalidade, vez que ele não podia se fazer substituir.

No que toca ao elemento qualificador, a depender da teoria adotada conclusões diferentes serão alcançadas.

O profissional tinha liberdade no que toca aos horários, podendo fechar e abrir o consultório quando desejasse, bem como desmarcar pacientes e reagendá-los. Mas havia um superior hierárquico a quem ele se submetia e que pode lhe aplicar sanções, como advertências. Assim, poderíamos afirmar que se encontrava presente a subordinação subjetiva, no que tange à existência do poder punitivo e hierarquia.

Havia também subordinação objetiva. Ora, o médico relacionava-se diretamente com a atividade-fim da empresa: era médico oncologista que atendia em uma clínica de oncologia. Percebemos a subordinação estrutural, pois o médico acolhia estruturalmente a dinâmica da empresa, o que era desvelado quando afirmava a necessidade de seguir a “creditação” que nas suas palavras eram: “como se fosse um controle de qualidade, como se fosse um ISO 9000 das

indústrias [...] é visando a segurança do paciente, evitando erros médicos etc. [...] São instruções da entidade favorecendo a boa prática clínica”. Ou seja, era um procedimento adotado pela entidade médica com o intuito de garantir a qualidade do atendimento, evitando erros, e que era seguido pelo entrevistado.

Entretanto, não havia dependência econômica ou expropriação. Apesar de o médico em questão não deter a propriedade ou investir financeiramente no negócio, percebe-se que havia entre as partes uma comunhão de interesses. Isso se dá pois o médico percebia oitenta por cento do valor das consultas por ele realizadas. Ou seja, não seria possível afirmar que existia exploração nessa relação, visto que o profissional retinha boa parte do que produzia e a clínica era remunerada com vinte por cento em razão do investimento no negócio para manutenção da estrutura física do estabelecimento.

Acreditamos, portanto, que não se pode falar em fraude nesse caso. A essência do vínculo empregatício reside exatamente na existência ou não da exploração e se ela não existe nada justifica a proteção social conferida ao emprego: nem mesmo a existência de subordinação subjetiva ou objetiva. Não podemos, sem dúvida, afirmar que uma relação em que o profissional recebe oitenta por cento do resultado do seu esforço é exploratória.

Considerações finais

236

No presente trabalho a existência de diversas contratações de serviços médicos fora dos moldes celetistas, com a utilização de pessoas jurídicas e cooperativas, nos despertou a curiosidade. A pergunta principal que nos orientou foi: essas contratações são lícitas ou há fraude à legislação trabalhista?

A busca de respostas nos remeteu ao estudo dos elementos do vínculo empregatício no mundo pós-fordista, em que as relações de emprego deixam de ser marcadas por uma heterodireção e passam a contar com certo dinamismo e flexibilização procedimental.

Mas que elementos são esses? Descobrimos que os elementos essenciais da relação de emprego são, a princípio, a onerosidade, a não eventualidade, a pessoalidade e a subordinação. Percebemos, ainda, que esse último elemento tem sido rediscutido, tanto para que se adapte aos novos tempos, quanto para que fique no passado, sendo abandonado.

A subordinação clássica foi ultrapassada com o pós-fordismo que mudou as relações e permitiu novas formas de controle do profissional. Ela não consegue perceber nos novos empregados o assalariamento. Por isso, foi necessário ajustar as lentes. A subordinação objetiva viu empregados demais, até onde não deveria. E diversas outras lentes vieram.

Na contramão, apresentamos as propostas da dependência econômica e da expropriação do trabalho. Ambas dizem que a subordinação, em quaisquer de suas modalidades, só enxerga as aparências. Buscam, então, perceber a alma do assalariamento: para a primeira, é a carência da propriedade, para a segunda, a heteroatribuição do trabalho.

E o Tribunal Regional da 5ª Região, como interpreta esses elementos? Qual teoria tem sido aplicada para definir a autonomia ou o emprego? Foram as perguntas que nos moveram em seguida. Constatamos, da análise dos acórdãos publicados nos últimos três anos, que o Tribunal ainda se utiliza da subordinação clássica ou subjetiva, já aceita a teoria da subordinação objetiva e não se manifesta explicitamente sobre as teses da dependência e da expropriação.

Com esses conhecimentos, passamos a avaliar os casos concretos dos médicos entrevistados ao longo da pesquisa PIBIC. Em três casos concluímos que haveria fraude e em dois haveria autonomia real, sem qualquer escamoteamento do vínculo empregatício.

A última entrevista foi essencial. Nela pudemos constatar que, de fato, a subordinação é critério que não alcança a essência do vínculo de emprego, o que consideramos que se pode obter através das teorias da dependência e da expropriação.

Assim, concluímos que as contratações por pessoas jurídicas serão fraudulentas sempre que presentes os elementos essenciais da relação de emprego, que após a pesquisa concluímos que são, verdadeiramente: não eventualidade, onerosidade, pessoalidade e dependência (ou expropriação). Assim será ainda que o médico deseje a pactuação civil, que labore com maior liberdade ou que receba uma remuneração melhor quando contratado nesses termos.

Referências

- BARRETO, Amaro. **Tutela Geral do Trabalho**. v.1. 1. ed. Guanabara: Edições Trabalhistas S/A, 1964.
- BARROS, Alice Monteiro de. **Trabalhadores intelectuais**. Disponível em: http://www.trt3.jus.br/escola/download/revista/rev_69/Alice_Barros.pdf. Acesso em 25 de julho de 2014.
- CATHARINO, José Martins. **Compêndio de Direito do Trabalho**. v. 1. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1982.
- CHAVES JÚNIOR, José Eduardo de Resende; MENDES, Marcus Menezes Berberino. Subordinação estrutural-reticular: uma perspectiva sobre a segurança jurídica. In: **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3a. Região**, v. 46, p. 197-218, 2007.
- CUEVA, Mario de la. **Derecho Mexicano del trabajo**. 2. ed. México, D.F.: Librería de Porrúa Hnos. y Cia., 1943.
- DELGADO, Maurício Godinho. Direitos Fundamentais na Relação de Trabalho. In: **Revista de Direitos e Garantias Fundamentais**, nº 2, p. 12-39, 2007.
- DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 11. ed. São Paulo: LTr, 2012. p. 279-
- DONATO, Messias Pereira. **Curso de Direito do Trabalho: Direito Individual**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1977.
- GOULART, Rodrigo Fortunato. **Trabalhador autônomo e contrato de emprego**. Curitiba: Juruá, 2012.
- HARVEY, David. **Condição pós-moderna: uma pesquisa sobre as origens da mudança cultural**. São Paulo: Loyola, 2013. p. 15-184.
- MACHADO, Sidnei. **A noção de subordinação jurídica: uma perspectiva reconstrutiva**. São Paulo: LTr, 2009.
- MARANHÃO, Délio; SUSSEKIND, Arnaldo; VIANNA, José de Segadas. **Instituições de Direito do Trabalho**. v. 1. 4. ed. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1966.
- MARTINEZ, Luciano. **Curso de Direito do Trabalho: relações individuais, sindicais e coletivas do trabalho**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
- MORAES FILHO, Evaristo de. **Introdução ao Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 1971.
- NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de Direito do Trabalho**. 26.ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p.

211- 218/643-660.

OLEA, Manuel Alonso. **Introdução ao Direito do Trabalho**. 4. ed. Tradução de C. A. Barata Silva. São Paulo: LTr, 1984.

OLIVEIRA, Murilo Carvalho Sampaio. **Relação de emprego, dependência econômica e subordinação jurídica**: revisitando os conceitos. Curitiba: Juruá, 2014.

PORTO, Lorena Vasconcelos. **A subordinação no contrato de trabalho**: uma releitura necessária. São Paulo: LTr, 2009.

ROMITA, Arion Sayão. Contrato de Trabalho: formação e nota característica. In: GONÇALVES, Nair Lemos; ROMITA, Arion Sayão. **Curso de Direito do Trabalho**: homenagem a Evaristo de Moraes Filho. São Paulo: LTr, 1983. p. 231-240,