

Porto Alegre, 10 de novembro de 2014.

À Associação dos Médicos Residentes do Rio Grande do Sul - AMERERS

Objeto: Parecer sobre o desvirtuamento das atividades dos médicos residentes e a formação de vínculo empregatício fora do Programa de Residência Médica.

Trata-se de consulta formulada pela ASSOCIAÇÃO DOS MÉDICOS RESIDENTES DO RIO GRANDE DO SUL – AMERERS na qual se questiona a ocorrência do desvio de função ou formação de vínculo de emprego por parte dos médicos residentes, submetidos a condições especiais de trabalho, dentro da modalidade de ensino de pós-graduação de Residência Médica, segundo o que determina a legislação vigente.

Para contextualizar a presente consulta, é importante referir que a mesma foi motivada pela verificação de casos em que os médicos residentes eram remanejados para áreas diversas da sua especialidade de estudos, durante o programa de Residência Médica, ou para atendimento em locais diversos da instituição de ensino promotora da especialização, sendo o trabalho realizado, em alguns casos, em favor de clínicas particulares.

Passa-se à análise jurídica.

Partindo dos conceitos desenvolvidos pelo Decreto nº 80.281 de 05 de setembro de 1977, que regulamenta a Residência Médica, o artigo 1º a preceitua como “modalidade do ensino de pós-graduação destinada a médicos, sob a forma de curso de especialização, caracterizada por treinamento em serviço em regime de dedicação exclusiva”, tudo sob a supervisão e orientação de professores médicos, os preceptores.

Assim, a residência médica é forma de aprimoramento dos conhecimentos, estando seu conceito alocado exclusivamente na esfera educacional. Ou seja, para todos os efeitos, os médicos residentes são considerados estudantes, não trabalhadores. Os médicos residentes somente perdem a característica de estudantes quando o Programa de Residência Médica é desenvolvido fora dos parâmetros e das diretrizes de uma pós-graduação.

A consolidação das leis do trabalho elenca extensa gama de direitos, como exemplo, férias, décimo terceiro, equiparação salarial, rescisão do contrato de trabalho, entre outros. Por outro lado, a residência médica é regida por lei especial, que conceitua de modo específico a modalidade, como já referido. Nesse contexto, as leis trabalhistas não abarcam os direitos e deveres dos médicos residentes. Alguns direitos aplicados aos trabalhadores, regidos pela CLT, são também aplicados aos médicos residentes (como por exemplo férias), mas por força da inclusão desse rol de direitos na legislação especial e jamais pela aplicação da CLT a essa relação de ensino.

Desse modo, a lei especial informada normatiza os direitos dos residentes médicos: descanso semanal e anual, regime previdenciário, licenças maternidade e paternidade. Tais direitos podem ser acrescidos e conquistados ao longo dos tempos, seja pela via legislativa, seja pela via judiciária, mas o que se busca esclarecer é que os médicos residentes não são regidos pelas leis celetistas, mas por regramento especial, enquadrados como estudantes.

Como exemplo da incompatibilidade das normas dos residentes com a lei trabalhista, pode-se referir à jornada semanal de trabalho, uma vez que a lei especial determina 60 horas semanais de estudo, enquanto há norma constitucional limitando a jornada de trabalho em 44 horas semanais para os trabalhadores, em geral. Ou seja, os médicos residentes têm jornada superior ao limite constitucional de jornada, previsto no inciso XIII, do art. 7º, CF – demonstrando a completa incompatibilidade entre a modalidade de estudo dos residentes com a esfera trabalhista.

Essa análise já está consolidada na jurisprudência pátria, no sentido de que a atividade do residente médico não se constitui relação de trabalho, razão pela qual não é reconhecido o vínculo trabalhista entre o estudante e o hospital concedente. O Tribunal Superior do Trabalho fixou historicamente esse entendimento, tendo sido reproduzido pela maior parte das cortes brasileiras, através dos precedentes referidos abaixo:

BRASÍLIA. Tribunal Superior do Trabalho. Recurso de Revista nº 6380 (Acórdão nº 937), Relator: Min. Orlando Lobato. 10 abr. 1986. D.J. de 09.05.1986.

BRASÍLIA. Tribunal Superior do Trabalho, Recurso de Revista nº 238 (Acórdão nº 1052), Relator: Min. Guimarães Falcão. 16 abr. 1986. D.J. de 09.05.1986.

Nesse mesmo sentido, o Tribunal Regional da 4ª Região já se manifestou sobre a incompetência da Justiça do Trabalho para julgar casos que envolvem os médicos residentes:

INCOMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO. RESIDÊNCIA MÉDICA. A Justiça do Trabalho é incompetente para julgar ações decorrentes do contrato de residência médica, pois essa atividade se constitui modalidade de ensino de pós-graduação, não podendo ser considerada como relação de trabalho. Negado provimento. (PORTO ALEGRE. Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região. Recurso Ordinário 00311-2007-016-04-00-7, Juíza Relatora: Maria da Graça Ribeiro Centeno. 19 jun. 2008. Porto Alegre: Diário Oficial do Estado do RGS – Justiça, 24.06.2008).

INCOMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO. MÉDICO RESIDENTE. Residência médica que se constitui em atividade discente de pós-graduação regulamentada pelo Decreto nº 80.281/77 e que não enseja o reconhecimento de relação de trabalho e sequer de prestação de serviços entre o residente e a fundação reclamada. Recurso não provido. (PORTO ALEGRE. Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região. Recurso Ordinário 01112-2005-012-04-00-9, Juíza Relatora: Ione Salin Gonçalves. 10 maio 2007. Porto Alegre: Diário Oficial do Estado do RGS – Justiça, 15.05.2007).

Sobre a incompetência da Justiça do Trabalho para processar e julgar ações envolvendo médicos residentes temos também precedente do Tribunal Superior do Trabalho:

RECURSO DE REVISTA. RESIDÊNCIA MÉDICA. INCOMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO. 1. Ação em que se pleiteia o pagamento de bolsa-auxílio, sem descaracterização da residência médica. 2. Na lição de Alice Monteiro de Barros, a residência médica constitui modalidade de ensino de pós-graduação, sob a forma de curso de especialização. Caracteriza-se por treinamento em serviço e funciona sob a responsabilidade de instituição de saúde, universitária ou não, sujeita a orientação de médicos de elevada qualificação ética e profissional (art. 1º da Lei n. 6.932, de 1981). **3. A espécie, enquanto atividade vinculada ao ensino, não reúne trabalhador a pessoa física ou jurídica que o remunere, essencialmente, pelo serviço prestado, assim recusando a qualificação de relação de trabalho, segundo a vocação do art. 114 da Constituição Federal.** 4. Incompetência da Justiça do Trabalho reconhecida, com invalidação dos atos decisórios e remessa dos autos à Justiça Comum do Estado de origem. Recurso de revista conhecido e provido. (TST. Processo nº. TST-RR-29500-53.2008.5.15.0046. Relator: Ministro Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira. Julgado em 25.5.2011)

Superada a questão da incompetência da Justiça do Trabalho para processar e julgar casos oriundos da relação de Residência Médica, o Tribunal Regional Federal da 4ª Região se pronunciou sobre a incoerência de relação empregatícia entre o médico residente e a instituição:

TRABALHISTA. MEDICO RESIDENTE E BOLSISTA. VINCULO DE EMPREGO. 1. Incorre relação empregatícia quando a prestação dos serviços se dá a título de residência médica ou de bolsa de estudo, **salvo se ficar evidenciada a subordinação jurídica e, extravasando os termos do respectivo convenio, o exercício de atividades essenciais ao órgão.** 2. Recurso ordinário improvido. (TRF-4 - RO: 20077 RS 90.04.20077-0, Relator: RUBENS RAIMUNDO HADAD VIANNA, Data de Julgamento: 26/11/1991, PRIMEIRA TURMA, Data de Publicação: DJ 05/02/1992 PÁGINA: 1480)

A primeira conclusão que se extrai do raciocínio exposto é que, de modo geral, a residência médica não é reconhecida como relação de emprego pelos tribunais, não havendo como se reconhecer um vínculo de emprego e,

consequentemente, garantir direitos trabalhistas aos médicos residentes, a não ser aqueles direitos já consagrados na legislação especial aplicável aos Programas de Residência Médica. A relação empregatícia somente surge quando da ocorrência de desvirtuamento do Programa de Residência Médica.

A partir disso, passa-se a analisar o eventual desvio de função ou acúmulo de função, o qual passa a surgir somente com a desconfiguração do programa de ensino.

O desvio de função é um direito trabalhista e sua caracterização existe para garantir ao empregado o salário correspondente à função realizada/desenvolvida, em razão do cumprimento de tarefas distintas daquelas em que o empregado está formalmente enquadrado, devendo corresponder à função de melhor remuneração. Na esfera trabalhista há, também, os casos de acúmulo de função, quando o funcionário sofre um acréscimo de funções, que fogem do seu contrato original, quando se busca um *plus* salarial, para garantir a remuneração equivalente aos encargos extras.

A residência médica, do modo como se concretizou, representa uma força de trabalho essencial ao funcionamento do sistema de saúde no país, indispensável ao mínimo funcional dos hospitais. Ocorre que, tem se verificado desvios no desenvolvimento das atividades, que muitas vezes comprometem o fim precípua da modalidade educativa, não atendendo ao fim de promoção educacional.

No que concerne aos direitos trabalhistas elencados, desvio de função e/ou acúmulo de função, em regra os tribunais não reconhecerão a ocorrência. Primeiro, porque para haver o desvio de função/acúmulo de função, haveria que se reconhecer o vínculo empregatício entre o hospital e o médico residente, o que não é possível, como demonstrado. Segundo, nem sequer é competência da Justiça do Trabalho a relação entre as instituições e os médicos residentes, e não há previsão legal na relação entabulada entre as partes o desvio da função ou o acúmulo de função – sendo, exclusivamente, modalidade educativa de pós-graduação. Tudo, somado ao caráter de temporariedade, eventualidade e urgência da medida, que não impedem o

aprofundamento do ensino e dos estudos, a fim de garantir a qualificação adequada. Inclusive, a justiça refere em suas decisões que a formação médica permite o exercício da medicina em geral, havendo inclusive a possibilidade de cumular o Programa de Residência Médica com cargos médicos em geral.

A ocorrência esporádica e eventual do desvio da função precípua estabelecida no programa de ensino da especialização, ou a ocorrência de um acúmulo de função, para a qual o residente foi aprovado, não traz qualquer prejuízo ao médico estudante, no entendimento jurisprudencial, inclusive porque a medicina deve ser entendida dentro da sua finalidade *lato sensu* e, muitas vezes, considerando a essencialidade da profissão e as demandas variadas das especialidades, situações que obrigam a instituição a realocar os residentes nas áreas mais prementes naquele momento.

Por outro lado, em nenhum momento a eventualidade e urgência das circunstâncias que obrigam o deslocamento do médico residente para fora de sua área de especialidade podem prejudicar o ensino, ou, formar uma nova relação empregatícia, quando o médico residente é retirado do hospital em que há o vínculo de estudos, para atuar em clínica ou hospital privado.

Por essa razão, tendo em vista essas situações, analisa-se o surgimento de um novo vínculo.

Quando o médico residente for deslocado para atuar em outro hospital ou clínica, diferente daquele em que há o vínculo de ensino para a modalidade de residência médica, ocorrerá o surgimento de um novo vínculo, no caso, de emprego. Para tanto, importante entender como se forma o vínculo de emprego, sendo uma relação entre o empregador (àquele que assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviço) e o empregado (pessoa física que presta serviços de natureza não eventual, sob dependência e mediante salário).

Logo, para o surgimento do vínculo, vislumbra-se alguns elementos caracterizadores da relação, que deverão ser concomitantes: pessoalidade (a pessoa não pode ser substituída, deve pessoalmente e de forma direta prestar o serviço), habitualidade (é a continuidade na relação do serviço, não esporádico, não eventual), onerosidade (é o salário, a contraprestação pelo serviço prestado) e subordinação (não há autonomia, o médico tem um chefe encarregado, tendo suas atividades vinculadas às ordens e comandos do superior hierárquico).

Então, no caso sob consulta, verifica-se o surgimento de **nova relação jurídica**, completamente diferente da relação de estudos do médico residente com o órgão concedente. Surge uma relação de emprego entre o médico residente e a clínica que deslocou o estudante e o retirou do próprio programa de ensino. Há evidente utilização indevida desse médico, para fins privados e obtenção de lucro pela clínica que copta esse residente.

Dessa forma, quando o médico residente atua fora da instituição de ensino na qual está cursando o Programa de Residência Médica, atendendo pacientes em clínicas privadas, sob supervisão de médicos chefes dessas clínicas, forma-se uma nova relação jurídica, interdependente e estranha ao Programa de Residência Médica.

Leia-se decisões do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região que reconheceram o vínculo de emprego de médicos com clínicas privadas:

VÍNCULO DE EMPREGO. MÉDICO PLANTONISTA. No caso, o reclamante prestava serviços ligados à atividade-fim da reclamada, de forma pessoal, onerosa, não eventual e subordinada. Vínculo de emprego reconhecido. (TRT4 – RO: 00009381-19.2011.5.04.0601, Relatoria Desª Maria Helena Lisot, 6ª Turma, data 13/11/2013).

São trechos da decisão:

Nos termos do art. 3º da CLT, constituem elementos tipificadores da relação de emprego a subordinação, a pessoalidade, a onerosidade e a não eventualidade. O elemento subordinação consiste no traço distintivo entre a relação de trabalho e a relação de emprego,

porquanto os demais requisitos podem ser encontrados também no labor autônomo.

De acordo com Maurício Godinho Delgado (In: Curso de Direito do Trabalho, 7ª Edição, São Paulo: LTr, 2008, p. 301) a subordinação atua como "o elemento principal de diferenciação entre a relação de emprego e o segundo grupo mais relevante de fórmulas de contratação de prestação de trabalho no mundo contemporâneo (as diversas modalidades de trabalho autônomo)".

Admitida a prestação de serviços, cabia à empregadora demonstrar a existência de trabalho autônomo, como fato impeditivo do direito do autor, conforme dispõe o art. 333, II, do CPC. Presume-se que a apropriação da força de trabalho por empresa ocorra nos termos do diploma celetista, sendo que a exceção deve ser demonstrada.

TRABALHISTA. MEDICO RESIDENTE E BOLSISTA. VINCULO DE EMPREGO. 1. Incorre relação empregatícia quando a prestação dos serviços se dá a título de residência médica ou de bolsa de estudo, salvo se ficar evidenciada a subordinação jurídica e, extravasando os termos do respectivo convenio, o exercício de atividades essenciais ao órgão. 2. Recurso ordinário improvido. (TRF-4 - RO: 20077 RS 90.04.20077-0, Relator: RUBENS RAIMUNDO HADAD VIANNA, Data de Julgamento: 26/11/1991, PRIMEIRA TURMA, Data de Publicação: DJ 05/02/1992 PÁGINA: 1480)

Em sentido oposto, situação em que o mesmo Tribunal não reconheceu o vínculo empregatício, pois entendeu inexistentes os requisitos citados:

VÍNCULO DE EMPREGO. MÉDICO PLANTONISTA. INEXISTÊNCIA DOS REQUISITOS EXIGIDOS PELOS ARTS. 2º E 3º DA CLT. INEXISTENTE. Ausentes os requisitos exigidos pelos arts. 2º e 3º, da CLT - personalidade, onerosidade, subordinação e habitualidade -, não há como ser declarado o vínculo de emprego entre o médico plantonista e o hospital, ainda que a função constitua a atividade-fim do demandado. (TRT4 - RO: 0001639-86.2011.5.04.0404, Relatoria Des. João Paulo Lucena, 8ª Turma, data 10/07/2014).

Além dos precedentes referidos acima, temos relevante e adequada decisão proferida pelo Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região, ao tratar de Residência Médica Veterinária. Apesar de possuir legislação distinta da Residência Médica, a lógica aplicada pelo Tribunal vai ao encontro do que foi exposto acima. Vejamos:

RECURSO ORDINÁRIO DO RECLAMANTE. RESIDÊNCIA MÉDICA VETERINÁRIA. DESVIRTUAMENTO. VÍNCULO EMPREGATÍCIO RECONHECIDO. 01. Segundo o art. 13 da Lei nº 11.129/2005, a Residência em Área Profissional da Saúde, excetuada a médica, é modalidade de ensino de pós-graduação lato sensu, voltada para a educação em serviço e destinada às categorias profissionais que integram a área de saúde. 02. O escopo da residência é preparar o estudante para o mercado de trabalho, colocando em prática as teorias aprendidas na universidade, e permite o treinamento e aperfeiçoamento, em conformidade com o programa escolar. 03. A residência é uma modalidade de relação de trabalho qualificada pelo elemento essencial do aprendizado, o qual ocorre por meio da prestação do trabalho desses profissionais, como se o labor intensivo fosse o melhor meio para ensinar as vicissitudes da cada especialidade. Tal elemento mitiga o caráter oneroso da prestação laboral. **Porém, se for desvirtuado, assim como no caso análogo do estágio, pode restar caracterizada uma efetiva relação de emprego. Recurso obreiro conhecido e provido.** (TRF-1. RECURSO ORDINÁRIO – TRT/RO - 0000185-88.2010.5.01.0081 – RTOrd. Julgado em julho de 2013)

Considerando os precedentes transcritos acima, podemos verificar que a Justiça do Trabalho prioriza o “contrato realidade”, ou seja, a contratação realizada entre empregado e empregador na realidade, independente do aspecto formal da contratação e independentemente da existência de convenções ou acordos. É por essa razão que a Residência Médica não serve para o fim de acobertar eventual relação de trabalho, realizada fora do programa de ensino e em favor de instituições privadas.

Assim, há que se ter em mente que as relações de trabalho são analisadas individualmente pelos Tribunais e somente a partir dessa análise poderá se definir pela existência ou inexistência de relação empregatícia do médico residente com instituição privada diferente daquela para a qual está sendo cursado o Programa de Residência Médica.

Por tudo isso, tem-se a conclusão de que, em regra, não haverá relação empregatícia entre médico residente e instituição de ensino cadastrada no Programa de Residência Médica, salvo se, deslocado do local de trabalho do estudante da residência

médica, for verificada a ocorrência dos requisitos ensejadores do vínculo perante terceiro, *in casu*, o empregador, quais sejam: subordinação, habitualidade, onerosidade e personalidade.

Nos casos relatados por diversos associados da AMERERS, no qual são realizadas jornadas de trabalho fora da instituição de ensino, em clínicas privadas, sob supervisão de médicos donos ou coordenadores de clínicas particulares, com pacientes oriundos dessa terceira clínica e não dos hospitais cadastrados perante a Comissão Nacional de Residência Médica (CNRM), vislumbramos chances reais de reconhecimento de vínculo empregatício face o desvirtuamento das funções assumidas no Programa de Residência Médica, formando-se nova relação jurídica alheia ao programa de pós-graduação.

É o parecer.

FELIPE MENEGOTTO DONADEL
OAB/RS 88.710

RODRIGO TOLOSA CARLAN
OAB/RS 88.808

GERSON CAZOTTI BELINASSO
OAB/RS 88.707

BRUNO FARIA LOPES
OAB/RS 88.709