



FACULDADE BAIANA DE DIREITO
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

JAQUELINE ROCHA MUNIZ FERREIRA

**A (IM) POSSIBILIDADE DE CARACTERIZAÇÃO DE
VÍNCULO DE EMPREGO DE ODONTÓLOGO NA REDE
CREDENCIADA DE OPERADORA DE PLANO DE SAÚDE**

Salvador
2018

JAQUELINE ROCHA MUNIZ FERREIRA

**A (IM) POSSIBILIDADE DE CARACTERIZAÇÃO DE
VÍNCULO DE EMPREGO DE ODONTÓLOGO NA REDE
CREDENCIADA DE OPERADORA DE PLANO DE SAÚDE**

Monografia apresentada ao Curso de graduação em Direito, faculdade Baiana de Direito, como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Me. André Luís T. Pessoa

Salvador
2018

TERMO DE APROVAÇÃO

JAQUELINE ROCHA MUNIZ FERREIRA

A (IM) POSSIBILIDADE DE CARACTERIZAÇÃO DE VÍNCULO DE EMPREGO DE ODONTÓLOGO NA REDE CREDENCIADA DE OPERADORA DE PLANO DE SAÚDE

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em
Direito, Faculdade Baiana de Direito, pela seguinte banca examinadora:

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Salvador, ____/____/ 2018

Ao
Deus Criador de tudo, por dar-me forças
e serenidade para percorrer a árdua
estrada da vida.

AGRADECIMENTOS

Agradeço, imensamente, aos meus amadíssimos pais, pela vida ofertada e pela formação interior consolidada em meu ser. Ao meu pai com sua presença singular em meus momentos do dia-a-dia, compartilhando lembranças e ensinamentos de vida. Pelo seu exemplo de resistência, na luta pela vida em momentos de enfermidade. Jason, és meu herói, te amo! À minha amada mamãe Helena, por me ensinar a grandeza da conduta guerreira, humilde e solidária junto ao próximo. Essas características possibilitaram que a professorinha, filha de analfabetos da caatinga mairiense, formasse três filhos “doutores” na Universidade Federal da Bahia e agora mais que foi peça fundamental na conclusão desta graduação, me apoiando e resolvendo como seus, os meus compromissos pessoais. Aos meus amados irmãos André Luiz e Davi, por ser exatamente o que são meus tesouros queridos, vocês me deram a dádiva de quatro tenros sobrinhos-afilhados: Amós Henrique, Ananda Victória, Sophia e Cecília, a Dinda ama-os com gratidão!

Agradeço a João Augusto, meu companheiro na jornada da vida há 16 anos, por renovar após cada “rusga” o compromisso em envelhecermos juntos. Obrigada Meu Amor, por termos constituído, com a chegada de Miguel em 2013 e de Lavínia em 2016, esse quarteto feliz. Filhotes tenham certeza de que foi o amor incondicional a vocês que me sustentou e guiou para o êxito desta formatura, a mamãe ama-os de forma infinita!

Agradeço a todos os funcionários e colegas da Baiana de Direito e foram inúmeros, que de modo muito generoso, de alguma forma me auxiliou compartilhando uma informação, uma dica, um material de estudo, uma palavra de conforto/incentivo, um ombro-amigo para chorar ou simplesmente um riso para partilhar... Obrigada a Victor Anunciação, Victor Guimarães, Viviane Queiroz, Letícia Carvalho, Renata Araújo, Ana Carolina Matos, Morana Oliveira, Lucas Nascimento, Isabela Santiago, Leandro Santos, Gabriela Urpia, Iohanny Maia e João Damasceno. Obrigada galera linda!

Um agradecimento afetuoso a todos os meus mestres, em especial ao professor André Pessoa, meu querido orientador.

Obrigada às amigas Sandra Boa Ventura, Priscila Brito e Ravânia Porciúncula pela amizade sincera. Obrigada a Nair Evangelista e Luzinete Castro, por todas as orações e manifestações de cuidado e afeto.

.

“Você não sabe o quanto
eu caminhei
Para chegar até aqui
Percorri milhas e milhas
antes de dormir
Eu não cochilei
Os mais belos montes
escalei
Nas noites escuras de
frio chorei”

RESUMO

O objeto desta pesquisa consiste em analisar se a forma peculiar como se processa a relação trabalhista de prestação de serviços odontológicos para as empresas operadoras de planos de saúde, possibilitaria caracterizar a existência de vínculo empregatício. A investigação motivou-se pela percepção de incongruência na relação de labor entre os sujeitos envolvidos. Foi elaborado estudo qualitativo buscando reunir conhecimentos e formular ideias que viessem a coadunar o paradigma em questão. O referencial de práxis odontológico teve origem em informações advindas da experiência pessoal da pesquisadora, bacharel em odontologia e com intensa atuação clínica na prestação de serviços para diversas operadoras de planos odontológicos. Tendo por base a revisão bibliográfica usada na fundamentação teórica, realizou-se a conexão dos elementos-fáticos que configuram a relação empregatícia com a efetiva prestação laboral odontológica para empresas de Odontologia de grupo. A constatação desta pesquisa científica é que, na forma como atualmente se processa a relação trabalhista entre dentista credenciado e operadora de plano de saúde, é possível, a configuração do vínculo empregatício entre os sujeitos envolvidos.

Palavras-chave: Vínculo de emprego entre cirurgiões-dentistas da rede credenciada e operadoras de planos de saúde. Relação empregatícia entre odontólogo e seus tomadores de serviço. Caracterização da relação de emprego entre prestador de serviços odontológicos e empresas de Odontologia de grupo. Relação trabalhista na prestação de serviços odontológicos para operadoras de planos de saúde.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

CF	Constituição Federal
CLT	Consolidação das Leis do Trabalho
CRO	Conselho Regional de Odontologia
CFO	Conselho Federal de Odontologia
CEO	Código de Ética Odontológica
GTO	Guia de Tratamento odontológico
USO	Unidade de Serviço Odontológico
SUS	Sistema único de Saúde
ANS	Agência Nacional de Saúde Suplementar
ANVISA	Agência Nacional de Vigilância Sanitária
RPPS	Regime Próprio de Previdência social
CF	Constituição Federal
CC	Código Civil

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	12
2 EVOLUÇÃO DAS RELAÇÕES DE TRABALHO	15
2.1 PERSPECTIVA MUNDIAL	15
2.2 PERSPECTIVA BRASILEIRA	21
2.3 PERSPECTIVA SOCIAL	26
2.4 DIREITO DO TRABALHO	27
3 RELAÇÃO DE TRABALHO	29
3.1 PRINCÍPIOS DO DIREITO DO TRABALHO	30
3.1.1 Princípio da Primazia da Realidade	31
3.1.2 Princípio da Irrenunciabilidade	31
3.1.3 Princípio da Proteção	33
3.1.4 Princípio da Imperatividade da Norma Trabalhista	34
3.1.5 Princípio da Inalterabilidade contratual lesiva	35
3.1.6 Princípio da Continuidade da Relação de Emprego	35
4 RELAÇÃO DE EMPREGO	37
4.1 NATUREZA JURÍDICA DA RELAÇÃO DE EMPREGO	37
4.1.1 Teoria Contratualistas Tradicionais	38
4.1.2 Teoria Acontratualista	38
4.1.3 Teoria Contratualista Moderna	40
4.2 SUJEITOS DA RELAÇÃO DE EMPREGO	41
4.2.1 Empregador	42

4.2.2 Empregado	43
4.3 CARACTERIZADORES DA RELAÇÃO DE EMPREGO	44
4.3.1 Onerosidade	44
4.3.2 Pessoalidade	45
4.3.3 Não eventualidade	46
4.3.4 Trabalho Prestado por Pessoa Física	47
4.3.5 Subordinação	47
4.4 DIMENSÕES DA SUBORDINAÇÃO	50
4.4.1 Clássica	50
4.4.2 Objetiva	51
4.4.3 Estrutural	51
4.4.4 Parassubordinação	52
5 RELAÇÃO DE TRABALHO NA ODONTOLOGIA	55
5.1 MODALIDADES DE TRABALHO DO ODONTÓLOGO	58
5.1.1 Profissional Liberal	58
5.1.2 Profissional Autônomo	59
5.1.3 Empregado Privado	61
5.1.4 Servidor Público Estatutário	62
5.1.5 Servidor Público Temporário	63
5.1.6 Cooperado	63
5.1.7 Estagiário	64
5.2 CONTRATO DE CREDENCIAMENTO	64
5.2.1 Cláusulas Contratuais	66
5.2.2 Retenção de Remuneração pelo Tomador de serviços	68
5.2.3 Normatização de Atendimento	73
5.2.4 Responsabilidade Civil	76

5.2.5 Terceirização	77
6 A (IM) POSSIBILIDADE CARACTERIZAÇÃO DE VÍNCULO DE EMPREGO DE ODONTÓLOGOS NA REDE CREDENCIADA DE OPERADORA DE SAÚDE	78
6.1 (IN) EXISTÊNCIA DE REQUISITOS DE EMPREGO	79
6.1.1 Da Existência da Onerosidade	79
6.1.2 Da Existência da Pessoalidade	81
6.1.3 Da Existência da Não Eventualidade	83
6.1.4 Trabalho Prestado por Pessoa Física	85
6.1.5 Da Existência da Subordinação	86
6.2 REPERCUSSÕES DA CARACTERIZAÇÃO DA RELAÇÃO EMPREGATÍCIA ENTRE DENTISTA E A OPERADORA DE SAÚDE	94
6.2.1 Na Justiça do Trabalho	94
6.2.2 Mercado de Trabalho Odontológico	95
6.2.3 Impactos para as empresas de Odontologia de grupo	97
7 CONSIDERAÇÕES FINAIS	99
REFERÊNCIAS	

1 INTRODUÇÃO

O cenário de crise do Sistema único de Saúde (SUS) reflete-se no serviço de saúde suplementar, apontando para uma crescente expansão do setor de odontologia de grupo. A relação peculiar, oriunda do enlace capital/ trabalho entre as empresas operadoras de planos de saúde versus profissionais prestadores, instiga a presente pesquisa numa perspectiva normativa de Direito do Trabalho.

Têm-se também, como motivação para a presente monografia, o fato de ser a discente, profissional odontóloga com 16 anos de intensa atuação clínica na prestação de serviços às operadoras planos de saúde, percebendo desde cedo, relativa incongruência na relação laboral com as últimas. Na situação de leiga em conhecimentos jurídicos, não foi possível estabelecer contextualmente, o que estava irregular.

O objeto de estudo desta pesquisa consiste em analisar se a atual forma como se processa a relação trabalhista de prestação de serviços odontológicos para as operadoras de planos de saúde, tendo como base informações advindas da experiência laboral pessoal da aluna/dentista, poderia evidenciar a presença permanente de uma falsa relação de trabalho autônomo e conseguinte, revelar a existência de uma relação empregatícia *in factu* entre os sujeitos envolvidos.

Iniciando o trabalho, foi feito no capítulo 2 o embasamento teórico da evolução das relações trabalhistas. A conjuntura histórica e memoriais foram desenvolvidos em subtópicos sob o prisma mundial, nacional e social. O Direito do Trabalho é abordado no subtópico 2.4. Entendendo-se como relevante o pré-conhecimento destes conteúdos como instrumento perspicaz para o enfrentamento desta casuística.

No terceiro capítulo foi abordada a relação de trabalho em sentido amplo, relação jurídica obrigacional de dar esforço humano. Este capítulo foi desenvolvido sob o enfoque de princípios peculiares do Direito do Trabalho (3.1), normas-vetores com aplicabilidade imediata pelo ordenamento jurídico e que possibilitam o reconhecimento de direitos para o trabalhador. Os princípios da legislação trabalhista detalhados foram: Os princípios da primazia da realidade; da irrenunciabilidade; da proteção; da imperatividade da norma trabalhista; da inalterabilidade contratual lesiva

e o princípio da continuidade da relação de emprego. Todos esses vetores nucleares estão em consonância com os princípios constitucionais.

A seguir em capítulo 4 foi detalhado a relação de emprego. Esse tema foi abordado sob algumas perspectivas justificando algumas subdivisões. Em 4.1 foi realizada uma análise da natureza jurídica da relação empregatícia externando correntes de pensamento que buscam conceituar e dimensionar o liame laboral. O subtópico 4.2, foi reservado a um reconhecimento dos sujeitos envolvidos nesta relação, empregado e empregador, atores sociais do ligame trabalho. Os caracterizadores do vínculo de emprego foram pormenorizados e foi enfatizada a exigibilidade da existência cumulativa dos elementos-fáticos identificadores: Onerosidade; pessoalidade; não eventualidade; trabalho por pessoa física e subordinação.

A subordinação, entre os elementos essenciais da relação empregatícia, é enaltecida vista a peculiaridade e importância singular que ela apresenta junto à relação laboral de prestação de serviços, justificando o subtópico “dimensões da subordinação” (4.4), possibilitando tecer maiores comentários em apartado a essa matéria.

A relação de trabalho na Odontologia abre o capítulo 5 com explanação de miudezas da rotina trabalhista do dentista, sem que isso configure fuga ao tema jurídico em questão. Julgando ser o leitor estranho à labuta do bacharel em Odontologia junto às operadoras de saúde, faz-se imprescindível a sua imersão nesta realidade, visto ser esse trabalhador, o cerne desta provocação, dado que, será da observação referencial deste cotidiano de trabalho que se inquirirá a existência ou não de vínculo de emprego. Por esse motivo, o mercado de trabalho de Odontologia é analisado em sua conjuntura dinâmica, em paralelo com elementos causais inter-relacionados, e a repercussão de todas essas nuances na autonomia socioeconômica do dentista em relação às possíveis oportunidades de labor. Assim, no subtópico 5.1 se explora as modalidades de trabalho do odontólogo. Adiante, em 5.2, é feito um exame das características da relação de credenciamento. Sucede um esmiuçamento do contrato de credenciamento; suas cláusulas contratuais; a ocorrência de retenção da remuneração, normatização de atendimento, responsabilidade civil e terceirização. Continuando a investigação, interiormente a esses subtemas é pontuado com minudência o *animus* do dentista credenciado, a existência da igualdade material, a presença de consensualidade e de cláusulas abusivas, a ocorrência de inobservância

às normas resolutivas do órgão regulador profissional e da comparência de uma rígida orientação pelo tomador da prestação de serviços.

No capítulo sexto é feito o enfrentamento crítico-reflexivo da existência ou não do vínculo empregatício entre odontólogos e operadoras de planos de saúde. É realizada em 6.1, a averiguação e discussão da ocorrência de cada um dos elementos-fáticos caracterizadores da relação de emprego, tendo como ponto de maior clímax, a verificação da presença da subordinação jurídica. É neste capítulo que se realiza a conexão dos cinco elementos-fáticos que configuram a relação empregatícia com a efetiva prestação laboral odontológica para empresas de Odontologia de grupo. A constatação desta pesquisa científica é que pode ser possível, a caracterização de relação empregatícia entre dentista da rede credenciada e a operadora de plano de saúde.

Por fim, no subtema 6.2, se busca prospectar quais seriam as repercussões da constatação desta casuística para a Justiça do Trabalho, sobre o mercado de trabalho odontológico e os impactos para as empresas de Odontologia de grupo.

2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DAS RELAÇÕES DE TRABALHO

Discorre-se inicialmente, sobre evolução histórica das relações laborais com o intuito de que esse pré-conhecimento possa servir de base para o desenvolvimento de uma pesquisa mais fundamentada e esclarecedora do tema proposto.

2.1 PERSPECTIVA MUNDIAL

O trabalho e o homem remontam a antiguidade. No período antigo da história, o homem primitivo é levado a satisfazer a fome e sua defesa pessoal. Ele caça, pesca e luta contra o meio físico, contra os animais e contra seus semelhantes. A mão é o instrumento do seu trabalho. O trabalho antigo é caracterizado pela constante luta pela sobrevivência (REIS, 2015, p.12).

“O trabalho do homem sempre existiu, desde os primórdios das civilizações, e certamente, continuará existindo enquanto houver vida humana neste mundo” (LEITE, 2017, p.33).

O ser humano por instinto de sobrevivência sempre optou pela agregação social, inicialmente isso aconteceu com a constituição de grupos familiares. A força da representação e a ideia de intermediação do trabalho foram entendidas pelo indivíduo caracterizando o momento do *pater famílias* (MARTINEZ, 2015, p. 59-60).

Cinco regimes de trabalho podem ser identificados na evolução dos modos de produção de bens e serviços: o primitivo, o escravo, o feudal, o capitalista e o comunista (LEITE, 2017, p.33).

“Aristóteles e Platão não apresentavam o trabalho como um valor voltado a dar dignidade ao homem” (NASCIMENTO, 2005, p. 182).

Na estrutura da organização do grupo da família havia duas concepções de valorização do trabalho: o valor autotutelar, aquele trabalho por conta própria e o valor

econômico, que seria o trabalho por conta alheia. A ideia de penalidade estava associada ao trabalho por conta própria com fins de sobrevivência. No trabalho por conta alheia, a ideia de penalidade era ainda mais intensificada. As ideias mais antigas do tempo remoto sobre o trabalho o associava à dor e ao sofrimento (MARTINEZ, 2015, p. 60).

O escravo era visto como objeto de propriedade na antiguidade. Não era um sujeito de razão. O Direito do Trabalho não existia neste cenário. Não existia empregado e empregador, sujeitos tutelados por esse ramo do Direito (BARROS, 2012, p. 45).

“A sociedade pré-industrial tinha como relação laboral a escravidão, onde o trabalhador era considerado coisa, e não sujeito de direito” (NASCIMENTO, 2005, p.47).

O cristianismo vê o trabalho como algo positivo. O trabalho tinha associação com valor (NASCIMENTO, 2005, p.183).

O feudalismo traz o modo laboral de servidão. Esses trabalhadores não tinham liberdade, mas podiam contar com a proteção militar e política do senhor feudal. Os servos estavam obrigados a dar uma parte da produção rural ao seu senhor como retribuição à proteção militar e política ofertada (GARCIA, 2015, p. 30).

Na idade média, as seitas heréticas acreditavam que a independência era possibilitada pela promoção da subsistência com o fruto do seu próprio trabalho. Entretanto, fazia recomendação a se evitar o esforço demasiado, devia se trabalhar o suficiente para subsistir. O trabalho, desde a sua origem etimológica, e por longos anos, se associa a valores penosos e desprezíveis. Advindo o cristianismo, o trabalho passa a gozar de um sentido mais digno (BARROS, 2012, p. 44).

As corporações de ofício, constituídas por mestres que obtinham o cargo pelas suas aptidões profissionais ou por terem executado uma obra prima, surgem após a queda do império romano. As corporações monopolizavam a profissão na indústria e no comércio, àqueles que não pertencessem às corporações, não poderiam exercer as atividades em zona urbana. O contrato de aprendizagem entre mestres e aprendizes durava de dois a 12 anos, dependendo da complexidade do ofício. Na vigência contratual, existia o direito da custódia devendo o mestre alojar e alimentar os aprendizes, concedendo-lhes tratamento adequado e também lhes ensinando o ofício (BARROS, 2012, p. 48).

Os mestres eram os proprietários das oficinas. Os companheiros eram trabalhadores livres, detinham grau intermediário de conhecimentos do ofício e recebiam salários dos mestres. Os aprendizes eram menores de idade que recebiam dos mestres ensinamentos metódicos da profissão, e de acordo com sua evolução de aprendizagem poderiam passar ao grau de companheiros (MARTINS, 2006, p. 4-5).

O trabalho de locação de serviços e de locação de obra ou empreitada já era utilizado na sociedade pré-industrial (GARCIA, 2015, p. 30).

O homem tem sua atuação livre e racional importanciada durante o período renascentista. A verdadeira essência humana seria o trabalho (BARROS, 2012, p. 44). Imbuído por valores renascentistas, uma nova concepção de valorização de trabalho foi incentivada. O trabalho passa a ser visto como um valor, como uma fonte de riquezas (NASCIMENTO, 2005, p. 30).

Advindo a Revolução Francesa, as corporações de ofício foram eliminadas. O ideal de liberdade individual da pessoa era incompatível com as corporações de ofício. O entendimento de que o estado não deveria intervir na área econômica caracteriza o liberalismo (GARCIA, 2015, p. 30).

A liberdade individual foi exaltada com o triunfo da Revolução Francesa. A constituição francesa consagrou a liberdade individual em seu preâmbulo (BARROS, 2012, p. 49).

A chegada da máquina a vapor como fonte de energia foi substituindo a força humana. A necessidade de pessoas para operar as máquinas a vapor e têxteis obrigou a substituição do trabalho escravo, servil e corporativo pelo trabalho assalariado. A Revolução industrial foi a maior causa econômica do surgimento do Direito do trabalho (NASCIMENTO, 2005, p. 48-49 *apud* GARCIA, 2015, p. 31).

Os progressos naturais obrigaram a sociedade a transformar-se abdicando de suas instituições ultrapassadas. Os abusos praticados pelos mestres nas corporações de ofício desencadearam greves e revolta de companheiros. A tendência oligárquica de transformar o ofício em um bem de família, associado à incapacidade de adaptação do trabalho ali desenvolvido às novas exigências socioeconômicas também fomentaram as transformações. A tendência monopolizadora e à manutenção às formas superadas de produção motivou o incremento da transição da sociedade artesanal para o capitalismo mercantil. A associação de diversos fatores justificou o

predomínio da autonomia sobre a heteronomia, no regime liberal (PÉREZ PATON, 1945, p. 61 *apud* BARROS, 2012, p. 49).

As corporações de ofício foram extintas parcialmente com a promulgação do Edito de Turgot, em 1776, e extintas em definitivo com a criação da Lei de Chapelier. Instituiu-se que o homem tinha liberdade laboral, sendo permitido dedicar-se ao trabalho, ofício, arte ou profissão de sua preferência, cabendo adequar-se aos termos de ter licença, pagar impostos e respeitar os regulamentos de polícia caso existam ou viessem a existir em futuro. O aspecto positivo destas normas foi a obtenção da liberdade de trabalho e o aspecto negativo é que as associações foram vedadas. Não poderia existir nenhum órgão entre o indivíduo e o Estado (BARROS, 2012, p. 49).

A doutrina de Rousseau, as doutrinas econômicas dos fisiocratas e dos clássicos ingleses, A Escola do Direito Natural e das Gentes sustentaram a postura de consagrar a liberdade para o exercício das profissões e para a livre contratação durante o regime liberal. O individualismo era o lastro deste entendimento, refletindo nos aspectos econômicos, políticos e jurídicos. O contrato de Napoleão, de 1804, dispunha de diretrizes para a organização do trabalho sob a ótica civilista importanciando a vontade contratual como norma suprema das relações jurídicas. Também foi instituído o contrato de trabalho a prazo, proibindo o trabalho por toda a vida. O código Napoleônico influenciou o código brasileiro de 1916 que seguiu a diretriz clássica inserindo a força de trabalho humano ao lado do contrato de locação de coisas e de animais. As relações de trabalho eram reguladas por meio de normas de locação. (BARROS, 2012, p. 50-51).

A máquina a vapor propiciou a grande indústria e o desenvolvimento das ciências que repercutiram nas condições trabalhistas. Ocorreu a divisão do trabalho e a especialização. As novas formas de produção desencadearam outros métodos de racionalização de trabalho, com o Taylorismo. O progresso do maquinismo gerou desenvolvimento da concentração. Os ofícios mecânicos se aperfeiçoaram. Surge a eletricidade como fonte de energia ao lado do vapor. O proletariado é um trabalhador que presta serviços em jornadas que variavam entre 14 a 16 horas, sem oportunidades de desenvolvimento da pessoa humana em nenhuma dimensão. Havia a imposição de condições de trabalho indignas, pelo empregador como a exigência de excessivas escalas trabalhistas, a exploração da mão de obra das mulheres e

crianças, ocorria acidentes no decorrer do trabalho, baixos salários e insegurança sobre o futuro laboral (NASCIMENTO, 2009, p.10-14).

O patrão estabelecia as condições de trabalho a serem cumpridas pelos empregados, não existia um Direito do Trabalho regulamentando o problema. Os menores eram oferecidos aos distritos industrializados em troca de alimentação, na Inglaterra. A discricionariedade dos patrões, a cargo de seus próprios interesses, é que ditavam a duração da diária de trabalho, não havia restrições. Não se fazia distinção entre trabalho adulto e infantil, inexistia diferenciação quanto ao sexo e nem de atividades, penosas (NASCIMENTO, 2009, p.15-19).

No liberalismo econômico do século XVIII, o Estado era alheio à área econômica. Os trabalhadores passaram a trabalhar por salários. Diversos postos de trabalho foram extintos. A força humana foi substituída por máquinas. A agricultura foi bem atingida pelas perdas de postos de trabalho. O maquinário começa a substituir o trabalho humano. Os trabalhadores operadores destas máquinas não tinham bons salários e nem boas condições. A jornada de trabalho era excessiva. A intervenção do estado se fazia urgente, era preciso oferecer uma proteção jurídica e econômica a fim de realizar melhorias nas condições de trabalho e promover o bem-estar social. Foi neste cenário que foi iniciada a legislação estatal de normas trabalhistas que precisaram ser respeitadas pelo empregador. O Direito do Trabalho passou a se desenvolver com o surgimento da Revolução Industrial (MARTINS, 2015, p. 6-7).

Os sindicatos surgem com objetivo de reivindicar melhorias em um contexto de péssimas condições de trabalho, com jornadas excessivas e exploração do trabalho feminino e infantil (GARCIA, 2015, p. 31).

O Estado passa a intervir nas relações trabalhistas, limitando o poder patronal, tentando proteger o trabalhador de abusos do empregador como meio de preservar a dignidade da classe operária. Isso aconteceu lastreado na ideia de justiça social. A *Encíclica Rerum Novarum* fortaleceu tal posicionamento (GARCIA, 2015. P. 31).

Uma preocupação da igreja cristã passa a ser trabalho subordinado. A doutrina social D. Rendu, de cunho humanista, explana que a legislação moderna nada havia feito pelo proletariado. A Encíclica *Rerum Novarum* (coisas novas) de 1891, do Papa Leão XIII, marca a fase de transição para a justiça social, com regras novas para a intervenção estatal na relação entre trabalhador e patrão. A igreja elaborou novas

encíclicas, demonstrando contínua preocupação com a temática. As encíclicas não tinham coercitividade, mas tinham cunho filosófico e sociológico que serviram de base para a reforma na legislação de diversos países (MARTINS, 2015, p. 8-9).

Em 01 de maio de 1886, em Chicago, nos Estados Unidos, não existiam garantias trabalhistas. Greves e manifestações foram deflagradas, visando melhores condições de trabalho, especialmente a redução da jornada de trabalho de 13 horas para 8 horas. Houve confronto de manifestantes e equipe policial culminando com a morte de quatro manifestantes e três policiais. Oito líderes trabalhistas foram responsabilizados e penalizados. Essa circunstância histórica justificou a escolha do dia 01 de maio, como Dia do Trabalho (MARTINS, 2015, p. 8).

O constitucionalismo social surge após o fim da Primeira Guerra Mundial, instituindo preceitos relativos à defesa social da pessoa, de normas de interesse social e de garantias de certos direitos fundamentais nas constituições e incluindo normas de cunho justrabalhista. A constituição mexicana, de 1917, foi a primeira a tratar do tema, pontuando jornada de trabalho de 8 horas, proibindo o trabalho de menores de 12 anos, limitando a jornada dos menores de 16 anos a seis horas, jornada máxima noturna de sete horas, descanso semanal, proteção à maternidade, salário mínimo, direito de sindicalização e de greve, indenização de dispensa, seguro social e proteção contra acidentes do trabalho. A seguir adveio a constitucionalização dos direitos trabalhistas. O direito do Trabalho surge para limitar os abusos do empregador na exploração do trabalho e modificar condições de trabalhistas (MARTINS, 2015, p.9).

O Tratado de Versalles, em 1919, previu a criação da Organização Internacional do trabalho (GARCIA, 2015, p.32), com objetivo de proteger as relações entre empregadores no âmbito internacional, expedindo convenções e recomendações (MARTINS, 2015, p. 9).

É instituída como direito dos trabalhadores a limitação do trabalho de modo razoável, às férias remuneradas periódicas, ao repouso e ao lazer pela Declaração Universal de Direitos dos Homens, de 1948 (MARTINS, 2015, p. 9; GARCIA, 2015, p.32).

A lei da oferta e da procura marca a fase neoliberal regulando o salário e a contratação de trabalhadores. O estado deveria não intervir nas relações trabalhistas, as relações trabalhistas seriam guiadas pela economia (MARTINS, 2015, p.10).

A marchandage, não era aceita. Não seria permitido que um intermediador se apropriasse de um valor que poderia ser pago diretamente ao trabalhador. Delegar ao futuro resolver se essa prática seria possível na intermediação de mão de obra para atividades fim da empresa, contudo, sem permitir fraude na contratação. Para permitir A marchandage para ser permitida teria que se partir da constatação fática da autonomia do trabalhador na atividade-fim, não estando presentes os requisitos da relação de emprego: pessoalidade, onerosidade não eventualidade e subordinação jurídica. Terceirização de mão de obra seria algo ilegal (PAMPLONA FILHO, 1999, p. 66-67).

Dumping social seria uma concorrência desleal. Uma modalidade que consiste na venda de mercadorias a preços inferiores àqueles praticados pelo mercado, pelo fato de se utilizar de mão de obra em condições inadequadas a padrões laborais mínimos, gerando danos sociais (FUNDAÇÃO ORLANDO GOMES, 2014, p. 76).

O progresso e desenvolvimento econômico são garantidos pelo Direito do Trabalho que mantém o sistema socioeconômico em condições civilizatórias (GARCIA, 2015, p. 33).

Os grupos sociais são formados por um raciocínio que impõem a perda da liberdade civil em sentido lato, o descompromisso, a solidão e a desproteção e em substituição se ganha à liberdade convencional em sentido estrito, o compromisso de classe, a solidariedade e a proteção dos iguais. Os grupos sociais indicam uma passagem histórica, onde o individualismo dá lugar ao coletivismo (MARTINEZ, 2015, p.59).

2.2 PERSPECTIVA BRASILEIRA

O Estado e seu sistema de governo eram os temas das primeiras constituições brasileiras. As especialidades do Direito não foram contempladas nos primeiros textos constitucionais. O ingresso das ciências jurídicas nas constituições seguintes foi ocorrendo com o decurso do tempo. A constituição de 1824 aboliu as corporações de ofício. O exercício de ofício e profissão passou a ser livre. O Direito do Trabalho foi especialmente abordado na constituição de 1988 (MARTINS, 2015, p.11).

A Constituição do Império foi inspirada nos princípios da Revolução Francesa, assegurando ampla liberdade de trabalho (CASSAR, 2009, p. 14).

O Código Comercial, 1850 tratou de relações de comércio, fez menção ao armador e seus tripulantes, aviso-prévio, indenização pela rescisão injusta de contrato a termo, da justa causa e da garantia de salário em caso de acidente de trabalho. Em 1888, advém a mais importante das leis imperiais, a Lei Áurea, que acabou com escravatura, libertando os escravos. O cenário era de intensa mão de obra, porém desqualificada. Em 1990, o governo brasileiro concedeu férias remuneradas de 15 dias úteis para os trabalhadores ferroviários (CASSAR, 2009, p.14).

A licitude da associação e reunião, livre e sem armas, não podendo a polícia intervir, salvo, para manter a ordem pública, ocorreu em na constituição de 1891. Passou a ser livre o exercício de qualquer profissão moral, intelectual e industrial. As normas trabalhistas e da OIT surgiram no cenário pós Primeira Guerra Mundial. Os imigrantes provocaram movimentos operários reivindicando melhores condições de trabalho e de salários. O governo de Getúlio Vargas inicia sua política trabalhista em 1930 (MARTINS, 2015, p.11).

O Código Civil de 1916 tratou de locações de serviços incluindo relações de trabalho em suas disposições. A Lei Eloy Chaves criou a estabilidade decenal para ferroviários e em mesmo ato instituiu o Conselho Nacional do Trabalho, no âmbito do Ministério da Agricultura, Indústria e Comércio. Em 1925, a Lei 4.982/25 estendeu as férias de 15 dias úteis aos trabalhadores de estabelecimentos comerciais, industriais e bancários (CASSAR, 2009, p.14).

O sistema de corporativista surge na Itália, em 1927, com a Carta Del Lavoro servindo de inspiração para outros países como Brasil, Espanha e Portugal. O objetivo era organizar toda a economia em torno do Estado, promovendo o interesse nacional, interferindo e regulando aspectos amplos das relações das pessoas (MARTINS, 2015, p. 32).

O golpe de Estado de 1937, e sua carta constitucional, marcam uma fase intervencionista do Estado. A Constituição era corporativista instituindo o sindicato único com funções delegadas do poder público e vinculação ao Estado e com possibilidade de intervenção estatal em suas atribuições. O imposto sindical é criado e o Estado goza de sua arrecadação. A competência normativa dos Tribunais do

trabalho é estabelecida. Greve e lockout seriam recursos antissociais, nocivos ao trabalho e ao capital. Esses recursos antissociais seriam incompatíveis com os interesses da produção nacional (MARTINS, 2015, p.11-12).

Em 1943 a CLT (Consolidação das Leis do Trabalho) é compilada, com o Decreto 5.452 sob o mandato de Getúlio Vargas, que é deposto em 1945 (CASSAR, 2009, p.16).

Durante a era Vargas foi feita a reunião das leis esparsas da época e formou-se a Consolidação das Leis do Trabalho – CLT. O autoritarismo e corporativismo foram marcantes neste cenário. Na tentativa de agraciar a classe trabalhadora, outorgaram-se benefícios aos dirigentes sindicais em troca do sindicato único com intervenção e interferência no sindicato. A Constituição de 1946 é considerada democrática. Houve votação no Congresso nacional. A participação dos trabalhadores nos lucros, repouso semanal remunerado, estabilidade, direito de greve foram garantias constitucionais. Em legislação ordinária, foi instituído o 13ºsalário e o salário-família (MARTINS, 2015, p.13).

“Em 1946, consolidou-se a vinculação da OIT da ONU, como a instituição especializada destinada a resolver questões relacionadas à regulamentação de Direito do Trabalho” (GARCIA, 2015, p. 32).

Em 1967, a Constituição e a Emenda Constitucional n.1, introduziram a cogestão e o regime de FGTS. Neste período coexistiram a estabilidade e a indenização. O empregado fazia a opção entre um deles. O pagamento do salário-família foi garantido aos dependentes menores de idade. A idade mínima de trabalho foi reduzida para 12 anos e garantido a aposentadoria à mulher com 30 anos de trabalho, com vencimento integral. Mulheres eram proibidas de trabalhar em ambientes insalubres, situação semelhante à constituição de 1934, 1937 e de 1946, manteve-se o trabalho noturno com remuneração superior ao diurno (BARROS, 2012, p. 61-62).

O Direito Civil não conseguia dar respostas aos dilemas trabalhistas. Surge o Direito do Trabalho num cenário de crise social, posteriormente à revolução industrial. O Estado precisava intervir na regulamentação do trabalho usando de princípios próprios não encontrados em outros ramos do Direito (BARROS, 2012, p. 67).

A constituição de 1967 manteve os direitos trabalhistas estabelecidos nas constituições anteriores. Na constituição vigente, 1988, os direitos trabalhistas foram

incluídos no capítulo de direitos sociais diferente das constituições anteriores em que eram incluídos no âmbito da ordem econômica e social (MARTINS, 2015, p.13).

A constituição de 1988 equipara trabalhadores urbanos e rurais. O salário mínimo deixa de ser regionalizado e se torna unificado em todo o território nacional. Houve instituição do piso salarial. A retenção dolosa do salário foi tipificada como crime. A participação é desvinculada da remuneração. O salário-família deixa de ser de acesso geral e fica assegurado ao trabalhador de baixa renda. Há a redução da carga horária semanal de 48 horas para 44 horas, com manutenção da carga horária de oito horas diárias. O adicional de horas extras passa a ser de 50%, no mínimo. Facultado o regime de compensação. Trabalhadores que trabalham em turnos ininterruptos de revezamento, a jornada diária é de 6 horas. Assegurou o repouso remunerado semanal, preferencialmente, aos domingos. As férias foram majoradas em 1/3. A licença maternidade foi alongada para 120 dias e a licença paternidade em 05 dias. O aviso-prévio é fixado em 30 dias, no mínimo e é implementado o aviso-prévio proporcional (BARROS, 2012, p. 63-64).

A nova Carta Magna abandona o conceito individualista e privatista e prioriza o coletivo, o social e a dignidade da pessoa. O homem é a figura maior a ser protegida (CASSAR, 2009, p.17).

Os créditos trabalhistas dos empregados urbanos têm seu prazo prescricional fixado em cinco anos. A Emenda n. 28 também estendeu ao rurícola esse prazo prescricional. Ficou proibido a diferença de salário, exercício de função, critério de admissão, por motivo de sexo, idade, cor, estado civil ou discriminação ao portador de deficiência. A idade de 14 anos de idade é tida como idade mínima laboral, na condição de aprendiz. O contrato de aprendizagem passa a ser permitido aos maiores de 14 anos e menores de 16 anos. A partir dos 16 anos contrato normal. Trabalhadores avulsos foram equiparados aos empregados tradicionais. As domésticas foram beneficiadas com vários direitos sociais (BARROS, 2012. p. 64-65).

O empregado, eleito para cargo de direção de comissão interna de prevenção de acidentes (CIPA), passou a gozar de estabilidade provisória, mesmo na condição de suplente com as Disposições Constitucionais Transitórias desde o registro da candidatura até um ano após o término do mandato. A gestante passou a ter estabilidade provisória de até cinco meses após o parto. Ao aposentado ficou

permitido ser votado nas organizações sindicais. Em negociações coletivas passou a ser obrigatória a participação dos sindicatos (BARROS, 2012, p. 65-66).

O programa Empresa Cidadã, que faculta às empresas que aderirem ao programa, à possibilidade de estender por mais 60 dias a licença maternidade à gestante, foi uma inovação da Lei n.11.770 de 2008 (BARROS, 2012, p. 64).

A conjugação de diversos fatores, como crise econômica, variação de preço de petróleo, inovação tecnológica, modificações radicais na organização produtiva, necessidade de competitividade com os países orientais, necessidade de combater o desemprego tem provocado modificações na relação individual de trabalho. E tudo isso tem provocado discussão sobre a flexibilização do emprego. O fenômeno flexibilização do emprego tem derogado vantagens de cunho trabalhista, substituindo-as por benefícios inferiores sob o enfoque da desregulamentação normativa imposta pelo Estado (BARROS, 2012, p. 68-69).

A Lei 13.467, de 13 de julho de 2017, denominada de reforma trabalhista, altera, dentre outras leis, a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), provocando impactos significativos nas relações trabalhistas brasileiras. Mais de 100 dispositivos foram modificados afetando mais de setenta grandes temas do Direito do Trabalho e do Direito Processual do Trabalho (MIESSA *et al.*, 2017, p. 7).

A reforma trabalhista instituiu que a negociação prevalece sobre a convenção coletiva. Houve extinção de necessidade de homologação em sindicato, extinção de horas *in itinere*, parcelamento das férias em até três períodos, regulamentação do teletrabalho, extinção da contribuição sindical. O impacto das alterações trazidas pela nova legislação é inegável atingindo trabalhadores e empregados e também em todos aqueles operadores das leis trabalhistas (MIESSA *et al.*, 2017, p.10).

2.3 PERSPECTIVA SOCIAL

O proletariado surge com o advento da Revolução Industrial. Os trabalhadores eram a mão de obra para a nova indústria. Sem oportunidade de desenvolvimento intelectual. Moravam em condições desumanas nas redondezas do próprio local da atividade. O operário tinha prole numerosa e recebia salário como contraprestação pelo seu trabalho (NASCIMENTO, 2009, p.12-13).

O empregador ditava as condições de trabalho subordinado em situação de indignidade, a exploração do labor humano foi uma característica do processo industrial. Não havia um Direito regulamentando o problema, era o patrão quem estabelecia as condições de trabalho. Houve exploração do trabalho de mulheres e crianças (NASCIMENTO, 2009 p.15-16).

A iluminação artificial trouxe uma tendência de aumento da jornada de trabalho. O turno noturno foi implementado em diversos estabelecimentos (NASCIMENTO, 2009, p. 20).

A precariedade das condições laborais no processo industrial assumiu aspectos graves, com riscos à saúde e integridade física dos trabalhadores imprevisíveis. Ocorreram acidentes e enfermidades típicas ou agravadas pelo ambiente profissional. Os mais atingidos foram os mineiros e os metalúrgicos. Durante o período de inatividade, o operário não recebia salário o que gerava insegurança, não havia leis que o amparassem. O empregador, salvo raras exceções, não tinham interesses na existência leis trabalhistas (NASCIMENTO, 2009, p. 20-21).

É difícil definir a faixa salarial dos trabalhadores após a Revolução Industrial. Há uma insuficiência de documentos e também uma dificuldade em fazer uma correta interpretação sem conhecer a evolução dos preços e as necessidades de vida nesta fase. Historiadores, afirmam que os salários eram baixos. Os salários eram sempre insuficientes. Nas indústrias os salários eram mais elevados que os da agricultura, e os homens ganhavam mais que as mulheres e essas mais que os menores (NASCIMENTO, 2009, p. 21).

2.4 DIREITO TRABALHO

A relevância do estudo do Direito do Trabalho dará a pesquisa, condições de desenvolvimento de um raciocínio crítico construtivo dos desdobramentos provenientes das relações de trabalhistas.

O caráter teleológico que caracteriza o fenômeno do Direito se torna mais proeminente no ramo justralhista. A sua direção teleológica e o seu valor consistem na melhoria das condições da pactuação da força de trabalho na ordem socioeconômica. A finalidade maior do Direito do Trabalho não é a análise da individualidade e sim da coletividade. O caráter modernizante e progressista é outra função deste especializado Direito. Há ainda a função política conservadora e a civilizatória e democrática (DELGADO, 2017, p. 54-58).

O Direito do Trabalho conferiu um caráter público às relações da esfera privada, implantando no Direito um sentimento de justiça. Isso acarretou uma revisão de pressupostos da ordem liberal, dando-lhe um aspecto igualitário (CASSAR, 2009, p.18).

O processo de realização da incidência da norma abstrata ocorre em cada caso concreto. A situação fática é avaliada conforme a conjuntura e presença de elementos. O operador do direito consoma a incidência da norma pertinente à situação concreta (DELGADO, 2015, p. 247).

Alguns atributos distintivos capazes de individualizar esse ramo do Direito dos demais são intervencionismo; protecionismo; reformismo social; coletivismo; expansionismo, cosmopolitismo e pluralismo das fontes (MARTINEZ, 2015, p. 68-69).

A área jurídico-trabalhista tem sua autonomia. Em sentido lato engloba todos os ramos jurídicos próximos, tendo como conexão entre eles, o fato de se relacionarem de algum modo, com a relação empregatícia (DELGADO, 2017, p. 59).

A interpretação do Direito do Trabalho está sujeita às orientações gerais essenciais da Hermenêutica Jurídica, que é o mesmo para qualquer processo interpretativo de ocorrência no Direito. Não há especificidade de interpretação para o ramo justralhista. A interpretação do direito do Trabalho está submissa ao conjunto de

princípios, teorias e regras interpretativas de qualquer outro ramo jurídico existente (DELGADO, 2015, p. 239).

O sistema capitalista obrigou o surgimento do Direito do Trabalho. Tornou-se necessário fixar controles para esse sistema econômico, conferindo-lhe certa polidez nas relações trabalhistas e buscando corrigir distorções econômico-sociais. Era preciso eliminar as formas mais perversas de utilização da força de trabalho para a economia (DELGADO, 2017, p. 88).

A globalização fez com que o mercado de trabalho sofresse impactantes modificações. A competição entre os blocos econômicos, grandes potências e países retardatários, gera uma estrutura hierarquizada de poder e riqueza e como consequente, desigualdade social, política, cultural, religiosa, racial, nações desnacionalizadas, subordinadas aos ditames dos países ricos, crescimento do desemprego e países mais pobres (CASSAR, 2009, p.19).

A história do Direito do Trabalho identifica-se com a história do trabalho subordinado. O foco da preocupação é proteger o hipossuficiente e o emprego típico (MARTINS, 2015. p. 8).

Diante das crises econômicas, os neoliberais afirmam que é preciso rever as garantias mínimas dos trabalhadores. Inicia-se a discussão filosófica questionando os fundamentos da política do modelo do bem-estar social e o excesso de proteção do trabalhador. O fenômeno da desregulamentação prega um Estado com menos gastos, mais flexível à legislação trabalhista e consequentemente mais competitivo no cenário internacional (CASSAR 2009, p.20).

O Direito justralhista tem condição de em cada caso concreto ponderar os conflitos que surgem entre flexibilização e a proteção aos direitos fundamentais do trabalhador a fim de materializar a justiça social e assim garantir melhores relações de trabalho (CASSAR, 2009, p.38).

3 RELAÇÃO DE TRABALHO

A ciência do Direito faz distinção efetiva entre relação de trabalho e relação de emprego. Relação de trabalho teria um caráter genérico englobando todas as relações jurídicas que têm por prestação essencial uma obrigação de fazer consubstanciada em labor humano; seria toda forma de contratação de trabalho humano permitida atualmente. É conjunto de atividades produtivas e criativas que o homem exerce para atingir determinado fim. A relação de emprego seria uma modalidade específica de trabalho, inconfundível com as demais, do ponto de vista econômico-social seria a mais relevante das relações trabalhistas em vigor, sendo justificativa à estruturação do Direito do Trabalho. Há críticas no enfoque técnico-jurídico, mas, usa-se a expressão relação de trabalho ou contrato de trabalho com intuito de referir-se à relação de emprego ou contrato de emprego visto a relevância desta modalidade no sistema jurídico (DELGADO, 2015, p. 331).

“O objeto imediato do contrato de trabalho é a prestação de serviços. O objeto mediato, como bem jurídico, é o trabalho em si” (GARCIA, 2017, p.159).

A relação de trabalho pode ter surgimento numa obrigação de fazer, sem que haja subordinação é o que ocorre no trabalho autônomo em geral; pode advir de uma obrigação de fazer com a personalidade e subordinação não presentes, situação também encontrada em trabalhadores autônomos em geral; como pode ter sua formação numa obrigação de fazer pessoal e subordinada, no entanto, episódica e esporádica que é caracterização do trabalhador eventual. Todas essas situações são relações trabalhistas e são abrangidas pelo Direito do trabalho, contudo, não é relação de emprego. Essas relações de trabalho eram discutidas litigiosamente, na Justiça Comum, com o advento da EC 45/2004, passaram a ser processadas na Justiça do Trabalho (DELGADO, 2017, p. 311).

“Existem relações de trabalho *latu sensu* que não se confundem com a relação de emprego, considerado *strictu sensu*, seriam elas o trabalho autônomo, eventual, o avulso entre outros (MONTROYA MELGAR, 2003, p. 35 *apud* BARROS, 2012, p.173).

Nos últimos duzentos anos, desde o advento do capitalismo, a relação empregatícia, do ponto de vista econômico-social e jurídica, é a modalidade mais importante relação laboral (DELGADO, 2017, p. 310).

Compete a Justiça do Trabalho resolver impasses sobre questões trabalhistas envolvendo trabalhadores autônomos e trabalhador eventual, pois é preciso resguardar a prestação de trabalho. A Justiça do trabalho não é Justiça do Empregado. Os possíveis créditos de todos os trabalhadores devem ser reclamados na Justiça do trabalho (FRANCO FILHO, 2004, p. 48).

Existem situações no campo da ciência jurídica que não geram dúvidas no enquadramento em uma das modalidades de trabalho. São situações intermediárias, em que a subordinação é insusceptível de especificação antecipada. No trabalho autônomo há uma tênue relação com o quesito de subordinação. Na zona de grise, zona cinzenta ou fronteira se incluem os trabalhadores que poderão ser enquadrados em empregados ou como trabalhadores autônomos. Existe maior liberdade em relação ao cumprimento da jornada de trabalho, à impessoalidade à assunção de risco do trabalhador. As circunstâncias específicas de cada caso concreto definirão a atuação da jurisprudência (BARROS, 2012, p. 250-251).

3.1 PRINCÍPIOS DO DIREITO DO TRABALHO

Nem sempre é possível normatizar todas as situações de aplicação do Direito do Trabalho, para esses espaços vazios, o jurista deve socorrer-se da interpretação por outras fontes existentes, interligando o Direito já positivado, utilizando a analogia, a equidade, princípios, jurisprudência, usos e costumes e o Direito Comparado como elementos integralizadores (PINTO, 2007, p. 107).

Os preceitos que norteiam determinada área, seja ela jurídica ou não, são chamados de princípios. Eles servem de base, são essenciais para o desenvolvimento da área em que estão inseridos. A origem da palavra vem do latim *principium* e tem significação de primeiro impulso dado a alguma coisa, base, fundamento ou causa primária (CRUZ, 2016).

A proteção do trabalhador é a diretriz básica do Direito do trabalho. Não há igualdade jurídica entre empregado e empregador. O alcance da verdadeira igualdade material é a finalidade do Direito trabalhista. O empregado é a parte mais frágil desta relação jurídica (CASSAR, 2009, p.142).

3.1.1 Princípio da Primazia da Realidade

As relações jurídico-trabalhistas são definidas pela situação de fato, não importa o nome atribuído pelas partes, esse é o significado do princípio da primazia da realidade. Esse princípio se manifesta em todas as fases da relação de emprego. Os contratos de Direito Civil e comercial podem mascarar a existência de trabalho subordinado (BARROS, 2012, p.146).

O princípio da Primazia da realidade sobre a forma, também chamado, princípio do contrato realidade, é um instrumento importantíssimo para a investigação da verdade real em litígios justralhistas (DELGADO, 2017, p. 223-224).

A efetiva realidade dos fatos deve prevalecer na análise da existência ou não de relação empregatícia. Situações forjadas devem ser desacreditadas e desconstituídas. A noção de contrato-realidade deve preponderar na interpretação de vínculo empregatícia. Presentes os requisitos de emprego prevalece a vontade da lei (GARCIA, 2015, p. 100).

Pelo princípio da realidade (também intitulado contrato realidade), no caso de discordância entre o que ocorre de fato e o que está nos documentos trabalhistas, haverá prevalência do sucedido plano dos fatos para o direito do trabalho, os documentos são válidos desde que estejam em sintonia com a realidade diária do contrato individual de trabalho (NETO, 2017, p. 21).

3.1.2 Princípio da Irrenunciabilidade

O princípio da irrenunciabilidade está vinculado à ideia de imperatividade, indisponibilidade de direitos. Possui uma coligação com o princípio da primazia da realidade. Seu objetivo promover a restrição da autonomia da vontade das partes. O empregado não tem como dispor de seus direitos, pois possibilitaria negociações, por vezes imbuídas de temor reverencial de não obter o emprego ou de perdê-lo caso não formalizasse a renúncia (BARROS, 2012, p. 146).

A renúncia não é de tudo impossível, pois o princípio da irrenunciabilidade não é absoluto, para tanto a proibição legal não deve existir. A validade da renúncia também precisa ser avaliada, ponderando o momento em que ela se processa, se durante a celebração, se na vigência ou após a extinção do contrato empregatício. Outro fator, a ser considerado na averiguação da validade da renúncia, no que tange a verificação da higidez de manifestação desta vontade, é a condição pessoal do empregado e o grau de subordinação jurídica a qual está sujeito (GARCIA, 2017, p. 98-99).

O Direito Justrabalhista, é um direito que, via de regra, não possibilita ao trabalhador a faculdade de dispor de direitos por ato voluntário e isolado (NETO, 2017, p. 19).

Como regra, os direitos trabalhistas são irrenunciáveis pelo trabalhador. No entanto, se estiver o trabalhador em juízo, diante de um juiz do trabalho, ele poderá renunciar alguns de seus direitos (MARTINS, 2015, p. 73).

O princípio da intransacionabilidade (Irrenunciabilidade) infirma que, como regra geral, o empregado não pode de forma expressa e nem tácita, renunciar ou transacionar seus direitos antes da admissão, nem no decurso do contrato ou após o seu término. A justificativa está no fato de que as normas trabalhistas são de ordem pública, cogentes e imperativas. A CLT entende como nula qualquer ato que venha a causar um prejuízo ao trabalhador. Cabendo a ressalva, que é autorizado a criação de outros direitos pela vontade das partes, desde que não contrariem os dispositivos legais e normas coletivas (CASSAR, 2009, p.170-171).

As normas do sistema jurídico trabalhista são predominantemente, como sendo de ordem pública. O princípio da irrenunciabilidade ratificar a impossibilidade de o empregado renunciar a seus direitos assegurados. A natureza cogente pode ser averiguada, pelo fato de o Estado ter o dever de agir quando constar condutas contrárias à legislação trabalhista (GARCIA, 2017, p. 98).

3.1.3 Princípio da Proteção

O *in dubio pro operário*; a aplicação da norma mais favorável e a condição mais benéfica são vertentes do princípio de proteção do trabalhador, um princípio especial, nuclear do Direito do Trabalho (GARCIA, 2017, p. 94).

Em havendo duas normas relacionando-se a mesma temática, independentemente da posição hierárquica destas, deve prevalecer a norma mais benéfica ao trabalhador se houver duas normas relacionando-se a mesma temática, independentemente de hierarquia (NETO, 2017, p.18).

Existindo diversas normas válidas incidentes sobre a mesma relação de emprego, deve-se aplicar aquela mais benéfica ao trabalhador, isso caracteriza o princípio da aplicação da norma mais favorável, mesmo que essa norma esteja em posição formalmente inferior no sistema jurídico. Existem critérios para se fazer essa aferição: teoria da acumulação; teoria do englobamento e teoria intermediária. A teoria da acumulação rege que as normas devem ser comparadas individualmente, escolhendo as mais favoráveis, podendo até mesmo, escolher partes isoladas. Na teoria do englobamento, se entende que os instrumentos normativos devam ser comparados no seu todo, escolhendo-se aquele que no conjunto proporcione mais benefício ao trabalhador e por fim, a teoria intermediária que defende a comparação das normas por matéria ou instituto. (GARCIA, 2017, p. 95).

Condição mais benéfica é uma condição já inserida no sistema de contratação sob a análise de uma mesma relação de empregatícia e que não pode sofrer substituição por outra em condição menos vantajosa (NETO, 2017, p. 18).

“Por meio do princípio da condição mais benéfica, assegura-se ao empregado a manutenção, durante o contrato de trabalho, de direitos mais vantajosos, de forma que as vantagens já adquiridas não podem ser retiradas nem modificadas para pior” (GARCIA, 2017, p. 97).

No interior do Direito do Trabalho há uma teia de proteção ao obreiro que é a parte hipossuficiente da relação. A intenção é corrigir ou reduzir no plano jurídico, o desequilíbrio existente ao plano fático do contrato de trabalho. Há um predomínio significativo neste ramo especializado do Direito, de regras em sua essência protetivas

que tutelam a vontade e o interesse do obreiro; seus princípios são voltados a ser favoráveis ao trabalhador; há presunções que visam alcançar a vantagem jurídica retificadora da diferenciação social prática. Isso é a própria justificação histórica e científica do Direito Individual do Trabalho (DELGADO, 2017, p. 213-214).

“O escopo do princípio protetor é atenuar as desigualdades entre trabalhador e empregador, o que vem a justificar a existência do Direito do Trabalho” (NETO, 2017, p. 18).

A noção de tutela obreira e de correção da desigualdade socioeconômica e de poder entre os sujeitos da relação não se limita apenas as dimensões *in dubio pro operário*, princípio da norma mais favorável e o princípio da norma mais benéfica, ela abrange em essência, quase todos os princípios especiais justralhistas, como o princípio da imperatividade das normas trabalhistas; indisponibilidades dos direitos trabalhistas; inalterabilidade contratual lesiva; continuidade do emprego; despersonalização do empregador; irretroação das nulidades (DELGADO, 2017, p. 214).

O princípio *in dubio pro operário* deve ser usada na valoração e aferição dos fatos examinados e também na interpretação da norma jurídica, incorrendo em dúvida, deve preponderar a decisão que favoreça o trabalhador (NETO, 2017, p.18).

3.1.4 Princípio da Imperatividade da Norma Trabalhista

As normas do Direito do Trabalho não são normas dispositivas e sim normas cogentes. Não podem ser modificadas à livre arbítrio do empregador. Incabível, via de regra, afastar tais normas pela simples manifestação das partes. Disposições entre empregado e empregador contrárias às normas do Direito do Trabalho serão consideradas não válidas. Esse entendimento assegura eficazmente as garantias fundamentais do trabalhador em face do desequilíbrio de poderes inerente na relação empregatícia (DELGADO, 2017, p. 216).

3.1.5 Inalterabilidade Contratual Lesiva

É um princípio especial do Direito do Trabalho que foi importado do Direito civil (*pacta sunt servanda*) sofrendo forte e complexa adequação para ingresso no microsistema justralhista. Deixou de ser genérica. Há um incentivo às alterações contratuais favoráveis ao empregado, já as desfavoráveis são vedadas. A atenuação pela fórmula *rebus sic stantibus* não tem aplicação neste ramo do Direito, visto que pertence ao empregador o risco do empreendimento. Variações circunstanciais do cenário socioeconômico são alheias à responsabilidade do empregador. Esse princípio não é absoluto. Ocorre ainda, que a intangibilidade contratual objetiva impede alteração contratual quando o polo empregador for modificado. A alteração subjetiva do contrato de trabalho não enseja modificação objetiva do ponto vista contratual (DELGADO, 2017, p. 218-221).

Em Direito do Trabalho o contrato faz lei entre as partes. Existe mitigação da livre manifestação de vontade. A autonomia das partes para ajustarem as cláusulas contratuais está vinculada aos limites legais (CASSAR, 2009, p. 219).

3.1.6 Princípio da Continuidade da Relação de Emprego

O Direito do trabalho tem interesse na permanência do vínculo empregatício, ele se interessa pela integração do trabalhador na dinâmica e estrutura empresariais. Da manutenção do empregado advêm três repercussões positivas como a elevação dos direitos trabalhistas oriundas da legislação, negociações coletivas ou contratuais; repercussões no que tange a capacitação educacional e profissional do empregado pelo empregador; a afirmação social do empregado. A introdução do FGTS transformou a dispensa sem justa causa em ato potestativo do empregador e com isso mitigou a força do princípio da continuidade empregatícia. Para tentar impedir a despedida arbitrária ou sem justa causa, fixou dentre outros direitos a indenização compensatória. O advento do aviso-prévio proporcional ao tempo de serviço nos termos da lei reforça a ideia do contingenciamento crescente à prática de ruptura desmotivada do vínculo empregatício (DELGADO, 2017, p. 225).

“O princípio da Continuidade da relação de emprego tem o objetivo de preservar o contrato de trabalho, fazendo com que se presuma ser o prazo indeterminado e se permita a contratação a prazo certo apenas como exceção” (GARCIA, 2017, p.101).

“Pelo princípio da continuidade, os contratos de trabalho devem ter uma validade por tempo indeterminado, assegurando-se ao máximo para o trabalhador a oportunidade de permanecer no seu emprego” (NETO, 2017, p. 20).

4 RELAÇÃO DE EMPREGO

O legislador trabalhista foi rigoroso na regulamentação dos direitos dos trabalhadores. Havia preocupação com a possibilidade de abuso de poder econômico praticado pelo empregador no momento de contratar. Nesta relação jurídica, os contratantes não têm a mesma capacidade econômica como ocorre com os contratos civilistas, normalmente. A limitação à liberdade de ajustar as cláusulas contratuais de trabalho é tão grande que alguns autores, chegaram a negar a existência do contrato em si, pois lhe faltaria o elemento vontade. Contrapondo a essa opinião têm-se que quando o empregado aceita trabalhar em uma empresa ele está emitindo uma declaração de vontade, pois não está obrigado a isso (CASSAR, 2009, p.253).

A caracterização da relação empregatícia é, portanto, procedimento essencial ao Direito do Trabalho, à medida que propiciará o encontro da relação jurídica básica que deu origem e assegura desenvolvimento aos princípios, regras e institutos justralhistas e que é regulada por esse ramo jurídico especial. É procedimento reflexo no próprio Direito Processual do Trabalho, uma vez que este abrange, essencialmente, as lides principais e conexas e torno da relação de emprego (a ampliação da Justiça do Trabalho pela EC 45/2004 – art.114, I a IX, CF/88 – não retirou a hegemonia das lides empregatícias no âmbito da Justiça Especializada) (DELGADO, 2017, p. 311).

“A relação que une o trabalhador ao empregador denomina-se relação empregatícia ou vínculo empregatício e é o objeto principal proteção que lhe confere o Direito Laboral” (CAIRO JR., 2009, p. 123).

4.1 NATUREZA JURÍDICA DA RELAÇÃO DE EMPREGO

A doutrina não é pacífica em estabelecer a natureza jurídica do vínculo existente entre o empregado e o empregador. A teoria da relação de trabalho, a teoria da instituição e a teoria contratualista, são as correntes de pensamento. A teoria contratualista é a corrente majoritária (GARCIA, 2015, p. 136-137).

Na discussão sobre a natureza jurídica da relação de emprego entre empregado e empregador, a ideia de contrato é o ponto crucial na atividade classificatória empreendida pelos juristas (DELGADO, 2017, p. 333).

A relação de trabalho e relação de emprego são modalidades de relação jurídica. Sua estrutura é constituída de sujeitos, objeto, causa e garantia (sanção). A relação jurídica pressupõe a existência de pelo menos, duas pessoas e de uma norma jurídica qualificadora de uma relação social. A relação jurídica se manifesta por meio: dos direitos subjetivos e dos direitos potestativos (BARROS, 2012, p. 172).

4.1.1 Teoria Contratualistas Tradicionais

Prepondera nesta corrente de pensamento, a tendência civilista de subordinar a figura do empregado às figuras clássicas e tradicionais do contratualismo do Direito Civil. Essa interpretação não conseguia dar respostas aos elementos fundamentais e distintivos da nova figura surgida no campo sociojurídico. Essa vertente tradicional também chamada originária vê a relação de emprego com caráter contratual, sendo compreensível a alguma das figuras contratuais do Direito Civil (DELGADO, 2017, p. 333).

Não havia ainda alcançado uma boa elaboração teórica, visto ter sido a corrente pioneira e assim, valeu-se de institutos de ramos jurídicos afins para tentar configurar o tipo contratual da relação, como a teoria do arrendamento; teoria da compra e venda; teoria do mandato; teoria da sociedade. Todas essas teorias se mostraram insuficientes em algum aspecto argumentativo. Falharam em não perceber o caráter inovador em face do quadro teórico civilista (DELGADO, 2017, p. 333-337).

4.1.2 Teoria Acontratualista

Surgida no século XX, teve a tendência de romper com qualquer traço teórico de origem civilista, romper com o traço de origem contratual. Essa corrente construiu um entendimento próprio e distintivo de elaboração teórica. Essa linha argumentativa

vinha a contrariar as proposições civilistas da corrente contratualista tradicional. Também chamada teoria institucionalista e da teoria da relação de trabalho nega a natureza jurídica contratual, constituindo-se em um fenômeno divorciado da noção de liberdade e vontade, que são características essenciais em um contrato (DELGADO, 2017, p. 333-334).

A teoria da relação de trabalho defende que a existência do vínculo trabalhista não exige pactuação ou manifestação da vontade neste sentido, bastando a ocorrência (objetiva) da prestação de serviços, o que já seria suficiente para fazer incidir as regras jurídicas pertinentes, evidenciando uma natureza estatutária. Entende-se que o trabalho, em si, já faz com que o empregado seja inserido na empresa. (GARCIA, 2017, p.148).

Esse ramo teórico entendia ser a natureza jurídica da relação empregatícia singular e totalmente diferente e distante dos contratos civilistas. A teoria acontratualista desdobrava-se em vertente da relação de trabalho e vertente institucionalista (DELGADO, 2017, p. 340).

(A vertente da relação de trabalho parte do princípio de que a vontade) – e desse modo, a liberdade – não cumprem papel significativo e necessário na constituição e desenvolvimento de vínculo de trabalho subordinado. A prestação material de serviços, a prática de atos de emprego no mundo físico e social é que seria a fonte das relações jurídicas de trabalho subordinado – e não a vontade das partes, em especial do obreiro. E face desta suposição – tida como comprovada pela experiência concreta das relações empregatícias – semelhante teoria afasta a referência ao contrato (ajuste de vontades) como véu explicativo central da relação de emprego (DELGADO, 2017, p. 340).

“O simples fato da prestação de serviços seria o elemento essencial e gerador de direitos e de obrigações na ordem jurídica” (DELGADO, 2017, p. 341).

A teoria da instituição sustenta que para existir a relação de emprego, é preciso existir uma relação de hierarquia estatutária. O interesse superior comum a todos os membros precisa estar presente (GARCIA, 2017, p.148).

A teoria institucionalista associa-se a teoria da relação de trabalho no que tange a estrutura e posicionamento comparativo da relação de emprego, no entanto, essa teoria usa de outras premissas e categorias teóricas. Ideias de liberdade e de vontade não teriam relevância no surgimento da relação empregatícia e nem na sua reprodução no decurso do tempo. A empresa seria entendida como instituição, um corpo social que se impõe objetivamente a determinadas pessoas e cuja permanência

e desenvolvimento não se submetem à vontade particular de seus membros componentes. O funcionário estaria numa situação estatutária. O funcionário não criaria nada de iniciativa pessoal quando para se inserir na empresa (DELGADO, 2017, p. 342).

4.1.3 Teoria Contratualista Moderna

A doutrina majoritária sustenta que seria um vínculo de natureza contratual, considerando a manifestação da vontade, seja ela expressa ou tácita. Fomentando o garantismo da liberdade de trabalho como preceito fundamental (GARCIA, 2017, p. 148).

Essa corrente de pensamento construiu uma síntese teórica equilibrada e complexa. Tendo habilidade para dar respostas a elementos aproximativos e também aos elementos diferenciadores da relação de emprego perante o conjunto de relações e institutos semelhantes e ao próprio sistema jurídico conceitual vigente (DELGADO, 2017, p. 333).

“A teoria contratualista indica a natureza contratual da relação entre empregado e empregador” (GARCIA, 2017, p. 148).

A noção de contrato explicaria a relação de emprego apesar de não ser possível enquadramento desta nova figura em nenhum dos tipos contratuais civilistas existentes. A essencialidade da manifestação da vontade é defendida que é a demonstração de liberdade, configurando uma clara distinção entre o trabalho empregatício com o trabalho servil e trabalho escravo (DELGADO, 2017, p. 338).

Embora o gênero próximo seja o contrato existe uma diferença específica que o distancia das figuras contratuais civilistas. Trata-se de relação contratual que tem como objeto uma obrigação de fazer. Não há um conteúdo específico ao contrato de emprego, pode ser qualquer obrigação de fazer lícita. O ponto de diferenciação desta figura não está em seu objeto e sim no modo como esse objeto é prestado. Assim a obrigação de fazer necessariamente, deve ser efetuada por uma pessoa humana com não eventualidade, de modo subordinado, com onerosidade e em caráter de

pessoalidade. A especificidade está na forma como a prestação é efetuada. (DELGADO, 2017, p. 339-340).

A natureza jurídica contratual da relação de emprego predomina na doutrina. A manifestação da vontade dá origem ao vínculo de emprego e possibilita a sua manutenção. Essa manifestação de vontade pode se dá de modo expreso ou tácito. Assim como o contrato é fonte de obrigações, é o contrato de trabalho fonte da relação de emprego (GARCIA, 2017, p.148).

4.2 SUJEITOS DA RELAÇÃO DE EMPREGO

Empregado e empregador sempre serão os sujeitos da relação empregatícia, independentemente, da especificidade do contrato. Esse regramento se aplica tanto ao contrato comum de pleno direito como aos contratos especiais de trabalho (NASCIMENTO, 2009, p. 611).

Empregador e empregado formam uma relação jurídica. A vontade das partes estabelece a relação jurídica negocial. Ninguém será empregado sem querer. Nenhum empregador tem o poder de coativamente impor que uma pessoa trabalhe para ele, pois estaria prejudicada a liberdade de trabalho (NASCIMENTO, 2009, p. 582).

No contrato de equipe há a formação de uma equipe, organizada espontaneamente, visando executar um trabalho comum. Esse tipo de contrato de trabalho é comum com profissionais que atuam em espetáculos. Há quem discuta se o grupo, se a coletividade poderia ser o sujeito do contrato de emprego. Essa peculiaridade deve ser analisada como uma relação jurídica do empregador com um conjunto de individualidades reunidas para colaborar numa determinada tarefa (BARROS, 2009, p. 208).

4.2.1 Empregador

Empregador pode ser uma pessoa física, jurídica ou ente despersonalizado que contrata a prestação de serviços a uma pessoa física, e esses serviços são efetuados com pessoalidade, onerosidade, não eventualidade e sob sua subordinação. É uma noção jurídica relacional à de empregado (DELGADO, 2015, p. 443).

O empregador é na prática chamado de patrão, empresário. A CLT dispõe que o empregador é a empresa. Essa equiparação tem por base, a teoria institucionalista. O empregador, numa concepção mais objetiva, é um ente destituído de personalidade jurídica. Não é requisito para ser empregador ter personalidade jurídica (DELGADO, 2015, p. 214).

Empregador contrata, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviços do empregado. Os riscos do empreendimento econômico são assumidos pelo empregador. Pode ser uma pessoa física, jurídica ou um ente despersonalizado (BARROS, 2012, p. 214).

Empresário, à luz do Código Civil brasileiro, é aquele que exerce, profissionalmente, atividade econômica organizada de produção ou circulação de bens ou de serviço. A conceituação de empresa se fundaria na teoria que considera a atividade profissional do empresário. Empresário não se confunde com empregador. O profissional liberal estaria excluído da condição de empresário, visto ser profissão intelectual, ainda que em concurso de auxiliares, de acordo com esse entendimento. No entanto, o profissional liberal poderá ser empregador equiparado, num enfoque trabalhista (BARROS, 2012, p. 295-296).

Assunção dos riscos do empreendimento é exclusiva do empregador. O empregador assume os riscos da empresa, o estabelecimento e do próprio contrato de trabalho e sua execução (DELGADO, 2015, p. 434).

O empregador visa a fim determinado, econômico ou não. Empregador seria a pessoa física ou jurídica. A energia pessoal do empregado é utilizada de forma permanente pelo empregador mediante retribuição e subordinação (PINTO, 2007, p. 148; DELGADO, 2015, p. 443).

“Desse modo, o empregador é pessoa que remunera e dirige a prestação de serviços do obreiro” (CAIRO JR., 2012, p. 353).

4.2.2 Empregado

O empregado será sempre pessoa física, pessoa natural. O Direito do Trabalho estabelece normas jurídicas em proteção da pessoa humana do trabalhador. O preceito maior de dignidade das relações de trabalho é a meta das leis trabalhistas. O empregador é quem corre os riscos da atividade exercida. O empregado presta serviço de forma alheia. A alteridade no contrato empregatício corresponde ao fato de o trabalhador ser alheio aos riscos do negócio (GARCIA, 2015, 148).

O empregado pode ser conceituado como a pessoa física que presta serviço de natureza não eventual a empregador, mediante salário e subordinação jurídica. Esses serviços prestados podem ser de natureza técnica, intelectual ou manual, integrantes das mais diversas categorias profissionais ou diferenciadas (BARROS, 2011, p. 207).

O empregado é sujeito da relação de emprego e não objeto. São espécies de trabalhadores: o empregado em domicílio, aprendiz, doméstico, rural, empregado público, diretor de sociedade, temporário, autônomo, eventual, avulso, estagiário, voluntário, os ocupantes de cargo de confiança (BARROS, 2011, p.148-200).

“Empregado é a pessoa física que com ânimo de emprego trabalha subordinadamente e de modo não eventual para outrem, de quem recebe salário” (NASCIMENTO, 2009, p. 613).

O ponto de distinção da relação de emprego, o contrato de emprego, o empregado para outras figuras sociojurídicas próximas se assenta sobre o modo de concretização dessa obrigação de fazer. A identificação da figura o empregado pela peculiaridade do seu modo de fazer torna possível a sua diferenciação de outras figuras assemelhadas (DELGADO, 2015, p. 378-379).

4.3 CARACTERIZADORES DA RELAÇÃO DE EMPREGO

A doutrina é pacífica em reconhecer os elementos essenciais para caracterização da situação de empregado: subordinação, pessoalidade, onerosidade, não eventualidade, pessoa natural (BARROS, 2012, p. 207; GARCIA, 2015, p. 235; DELGADO, 2015, p. 443).

4.3.1 Onerosidade

“A onerosidade pode estar presente mesmo que a remuneração em si, não tenha sido quitada, encontrando-se o empregador inadimplente com esta obrigação” (GARCIA, 2017, p.162).

O contrato de trabalho é oneroso. O empregado recebe salário pelos serviços prestados ao empregador. É dever do empregador pagar salários pelos serviços prestados. A prestação de serviços empregatícios não é gratuita (MARTINS, 2015, p. 107).

A relação empregatícia é uma relação de fundo econômico, essencialmente. Ao valor econômico da força de trabalho colocado a disposição do empregador deve corresponder a uma contrapartida econômica em benefício do obreiro, seu salário. (DELGADO, 2015, p. 307).

A onerosidade significa que os serviços prestados têm como contraprestação o recebimento da remuneração, não se tratando assim, de trabalho gratuito. O empregado trabalha com o fim de receber o salário, sendo este seu objetivo ao firmar o pacto laboral (GARCIA, 2015, p. 150).

“A onerosidade do contrato de trabalho é traduzida pelo pagamento de salário em pecúnia ou em utilidade” (CASSAR, 2011, p.209).

4.3.2 Pessoaalidade

A prestação de serviços executada pelo próprio trabalhador define o requisito de emprego de pessoaalidade. Não pode ser substituído constantemente, por terceiros, pois o aspecto pessoal foi relevante ao empregador no momento de sua contratação (GARCIA, 2015, p.148).

Tem relação com a infungibilidade. A relação jurídica pactuada deve ser *intuitu personae*. Sendo personalíssima a obrigação, ela não se transmite a herdeiros ou sucessores. A morte do empregado dissolve, imediatamente, o contrato entre as partes (DELGADO, 2016, p.301-302).

É com pessoa certa e determinada que se celebra um contrato de emprego. O contrato de trabalho é *intuitu personae*, sendo infungível em relação ao trabalhador (MARTINS, 2015, p. 107-108).

É preciso que exista o *intuitu personae* com respeito ao prestador de serviços no requisito pessoaalidade. Não cabe a substituição por outro trabalhador. A infungibilidade do trabalhador é característica deste requisito. Porém, há situações que podem ensejar a substituição do trabalhador sem desconfiguração da relação empregatícia, como quando o tomador de serviços autoriza tal substituição. O caráter de substituição consentida constante e intermitente aproxima-se do contrato de prestação de serviços distanciando-se da relação empregatícia (DELGADO, 2017, p.315).

“Nem aquele a quem os serviços são prestados, poderá transferir a outrem o direito aos serviços ajustados, nem os prestadores de serviço, sem o aprazimento da outra parte, dar substituto que os preste” (Código Civil, 2002, art.605).

A pessoaalidade tem relação com a figura do empregado, não se aplica ao empregador. A despersonalização do empregador é a regra que pode ocorrer. A alteração da parte contratual referente ao polo empregador mesmo que ocorra, mantém em vigor as regras contratuais anteriores no que se refere ao mesmo trabalhador. É o que ocorre na situação de sucessão trabalhista (DELGADO, 2017, p. 316).

4.3.3 Não Eventualidade

A prestação de serviço precisa ser marcada pela continuidade. Trabalhador que presta seus serviços eventualmente, não é empregado. A não eventualidade no contrato de trabalho consiste num trato sucessivo de duração na relação entre as partes, que perdura no tempo. Existe continuidade da relação jurídica da prestação de serviço (MARTINS, 2015, p. 107).

“Trabalho não eventual, num primeiro enfoque, é aquele não habitual, contínuo” (GARCIA, 2015, p. 148).

A ideia de permanência atua no Direito do Trabalho em duas dimensões principais: de um lado, na duração do contrato empregatício, que tende a ser incentivada ao máximo pelas normas justralhistas. Rege esse ramo jurídico, nesse aspecto, o princípio da continuidade da relação de emprego, pelo qual se incentiva, normativamente, a permanência indefinida do vínculo de emprego, emergindo como exceções as hipóteses de pactuações temporalmente delimitadas de contratos de trabalho (DELGADO, 2017, p. 317).

Conceituar a eventualidade é algo questionado na legislação trabalhista. A doutrina também não é pacífica nas teorizações, o que pode produzir resultados destoantes de configuração de emprego, em cada caso concreto, a depender de qual corrente de pensamento foi utilizada: teoria da descontinuidade; teoria do evento; teoria dos fins do empreendimento (fins da empresa) e a teoria da fixação jurídica (DELGADO, 2017, p. 317-318).

Na teoria da descontinuidade, haveria entre o trabalhador e o tomador um lapso interruptivo. O caráter do trabalho eventual seria a sua fragmentação. Essa interpretação se afasta da CLT. Já a teoria do evento, o trabalhador que é admitido na empresa em decorrência de um determinado evento específico e a duração deste trabalho será a duração do evento esporádico ocorrido. A teoria dos fins do empreendimento denomina como trabalhador eventual àquele que é chamado a realizar serviço esporádico, com curta duração visto que essa tarefa, não está inserida nos fins normais da empresa. Por fim, a teoria da fixação jurídica infirma que trabalhador eventual é aquele que não se fixa a um tomador de serviço (DELGADO, 2017, 316-321).

Um trato sucessivo na relação entre as partes e que perdura no tempo são características do contrato de trabalho. A relação jurídica da prestação de serviços entre trabalhador e tomador de serviços é marcada pela continuidade (MARTINS, 2013, p. 107).

O requisito da relação de emprego, não eventualidade, não teria apenas um enfoque. Inicia-se por observar que ele é habitual, contínuo. A seguir, em relação às atividades normais do empregador, não eventual seria aquele permanentemente necessário ao empreendimento. E também, pode ser não eventual, a análise sob a fixação ao mesmo tomador de serviço (GARCIA, 2017, 159-160).

4.3.4 Trabalho Prestado por Pessoa Física

Proteger a pessoa humana do trabalhador e garantir a dignidade nas relações de trabalho é meta da legislação trabalhista (GARCIA, 2017, p. 159).

A legislação justralhista incidirá na prestação de trabalho executada por pessoa natural. O direito do trabalho visa proteger bens jurídicos e éticos de interesse à pessoa física. Prestação de trabalho desenvolvida por pessoa jurídica, sem fixação específica da pessoa física executante do serviço, não há incidência de normas do Direito do Trabalho (DELGADO, 2017, p.314-315).

“O empregado é sempre pessoa física (pessoa natural)” (GARCIA, 2017, p. 159).

4.3.5 Subordinação

“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 de valores” (FERREIRA, 1986, p.1621 *apud* DELGADO, 2017, p.325).

“O empregado exerce suas tarefas sob o comando do empregador. A sua atividade é permanentemente dirigida durante a sua execução e não somente em relação ao resultado obtido” (LEITE, 2017, p. 213).

Ocorre a subordinação quando o tomador define o tempo e o modo de efetivação daquilo que foi contratado na prestação de serviços. Como tempo, entende-se toda interposição do tomador no que se refere ao momento de começo e fim da atividade contratada e modo de execução seria toda interferência na maneira de ser instrumentalizada a atividade contratada (MARTINEZ, 2015, p.159).

A subordinação, considerado o requisito de maior relevância na caracterização da relação de emprego, significa que a prestação dos serviços é feita de forma dirigida pelo empregador, o qual exerce o poder de direção. O empregado inserido na organização da atividade do empregador deve seguir as suas determinações e orientações, estabelecidas dentro dos limites legais (GARCIA, 2017, p. 160).

A subordinação é o elemento caracterizador imediato para identificar se o trabalhador é empregado. A subordinação é modo de verificar abusos praticados pelo tomador de serviços. Na doutrina, a corrente majoritária, entende que a subordinação vem antes da prestação de serviços. O empregador tem o poder organizativo, possuindo o empregado já sujeito às suas ordens, mesmo antes de emití-las. O empregador tem interesse pela força de trabalho do empregado, materialmente, ele se interessa é pelo resultado econômico da energia pessoal, sem contrapartida dá importância na pessoa do empregado, em seu sentido de valor moral, social e espiritual (PINTO, 2007, p. 118-121).

O caráter multidimensional do fenômeno de subordinação tem sido percebido pela doutrina e jurisprudência permitindo adequar o conceito jurídico, pela via interpretativa, às modificações da realidade, renovando o necessário expansionismo do ramo juslaborativo, como também relativiza a utilidade de fórmulas jurídicas restritivas de direitos sociais e fundamentais (DELGADO, 2015, p. 314-15).

Há impasse doutrinário sobre a natureza jurídica da subordinação, uma discussão se ela seria técnica, econômica ou jurídica. A discussão como sendo econômica ou técnica não se sustentam, pois em tese é possível que o empregado tenha maior poder aquisitivo ou que tenha maior preparo técnico que o empregador. Prevalece a natureza da subordinação como jurídica, pois tem sua gênese em um contrato de trabalho, em que o empregado mitiga sua liberdade de execução de serviços, entregando para o empregador a propriedade do seu resultado (CAIRO JUNIOR, 2009, p. 213).

É entendimento hegemônico na doutrina, de que a natureza da subordinação é de caráter jurídico, ela advém do contrato de trabalho que há entre os sujeitos empregado e empregador, tendo como suporte, e fundamento originário, a assimetria social típica da sociedade capitalista hodierna. A subordinação jurídica é polo reflexo e ajustado do poder de direção empresarial, possuindo assim, matriz jurídica. Ambos resultam da natureza da relação de emprego (DELGADO, 2017, p.327).

O caráter de subordinação da efetividade laboral contratados em tempo e modo põe o tomador, predominantemente, na condição de efetivar o pagamento após a prestação laboral. A pós-retributividade nos contratos de emprego é a regra. No contrato de prestação de serviços autônomo a retributividade pode não estar presente (MARTINEZ, 2015, p. 159).

“A retribuição pagar-se-á depois de prestado o serviço, se por convenção ou costume, não houver de ser adiantada, ou paga em prestações” (Código Civil, 2002, art. 597).

A subordinação, no caso, decorre do contrato de trabalho, referindo-se ao modo de o empregado prestar os serviços ao empregador. Trata-se, assim, de subordinação jurídica que é a modalidade essencial para caracterizar a relação de emprego. No entanto, a subordinação também pode ser vista no aspecto econômico, no sentido de que o empregado estaria subordinado, em termos econômicos, ao empregador. Porém, a relação de emprego pode perfeitamente existir sem que esta situação esteja presente. A Subordinação social significa que o empregado estaria em posição social inferior em relação ao empregador, por ser este o titular do empreendimento. Também aqui tal situação não é obrigatoriamente exigida no contrato de trabalho. A subordinação técnica indica que o empregador estaria em posição superior ao empregado, no que tange ao conhecimento técnico referente à atividade exercida. Mais uma vez, tal hipótese pode deixar de existir na relação de emprego, bastando imaginar o caso, em que o empregado, altamente especializado, é contratado justamente por ter os conhecimentos que faltam e são necessários ao titular do empreendimento. Por fim, tem-se a subordinação hierárquica, no sentido de que o empregado estaria inserido na hierarquia da instituição da empresa, devendo, assim, obedecer às suas regras (GARCIA, 2017, p. 160).

A subordinação, fenômeno social, tem sofrido adaptações com o passar do tempo, devido à realidade laboral estar sofrendo transformações e também por ingressarem novas concepções no Direito do Trabalho. Neste contexto, três dimensões da subordinação, clássica, objetiva e a estrutural, merecem destaque na análise deste fenômeno (DELGADO, 2017, p.327).

4.4 DIMENSÕES DA SUBORDINAÇÃO

“As Transformações econômicas, políticas e sociais ocorrentes no mundo em geral e em particular, no Brasil, vem despertando profundas reflexões em torno da velha dicotomia subordinação/autonomia” (LEITE, 2017, p. 166).

A subordinação é essencialmente presente na relação de emprego, oras em maior intensidade, outras com menor. Há uma relação inversa do grau de intensidade de hierarquia e nitidez desta subordinação (CASSAR, 2011, p. 267).

O legislador brasileiro adotou o critério da subordinação jurídica ou hierárquica. Em outros países ainda se adota, na França, a subordinação técnica, defende que o empregador detém o domínio da técnica para assim, dirigir o serviço do empregado. A subordinação econômica associa-se à subsistência do trabalhador. A subordinação jurídica foi pacificada como àquela que é requisito do vínculo de emprego (CASSAR, 2011, p. 267-268).

A subordinação acontece quando há um cumprimento de ordens gerais ou específicas, diretas ou indiretas. Também pela aplicação de punições ao trabalhador por faltas cometidas, quais seja advertência verbal, advertência escrita, suspensão e despedida por justa causa (LEITE, 2017, p.213).

4.4.1 Clássica

Clássica (ou tradicional) é a subordinação consistente na situação jurídica derivada do contrato de trabalho, pela qual o trabalhador compromete-se a acolher o poder de direção empresarial no tocante ao modo de realização de sua prestação laborativa (DELGADO, 2015, p. 313).

A dimensão clássica da subordinação também é chamada de subordinação tradicional e constitui-se na situação jurídica derivada do contrato de trabalho em que o trabalhador compromete-se a obedecer ao poder empresarial em seu modo de prestação de serviços. É a modalidade mais comum e recorrente nas relações socioeconômicas empregatícias (DELGADO, 2017, p. 328).

Submissão funcional do empregado às ordens do empregador. O empregador, no contrato de emprego, controla as atribuições inerentes à função e o modo de realizá-las (BARROS, 2011, p. 223).

4.4.2 Objetiva

A integração de trabalhador nos fins e objetivos do empreendimento do tomador de serviços caracteriza a subordinação objetiva. A integração do trabalhador e seu trabalho, aos objetivos empresariais, é o ponto máximo caracterizador desta subordinação. Essa noção vincula a subordinação a um critério exclusivamente objetivo (DELGADO, 2015, p. 314).

A subordinação é dita como sendo subjetiva quando o comando do empregador se assenta à pessoa do empregado e será objetiva quando esse conjunto de comandos recai sob a atividade laboral pelo trabalhador (CASSAR, 2011, p. 269).

A subordinação objetiva está presente quando os objetivos da atividade empresarial estão em integração com os serviços prestados, está presente a subordinação objetiva (GARCIA, 2017, 161).

Não basta a constatação do trabalhador está integrado à organização empresarial é preciso que coexista a sua sujeição à diretiva do empregador acerca da prestação de serviços e do seu exercício disciplinar (BARROS, 2011, p. 224-225).

4.4.3 Estrutural

Também chamada de reticular ou ainda de integrativa, a subordinação estrutural é caracterizada pela dispensabilidade da ordem direta do empregador para a formação do vínculo. Normalmente, acontece na terceirização de atividades aparentemente meio e que são integrativas aos propósitos finalísticos do empreendimento (MARTINEZ, 2015, p. 163).

A subordinação estrutural advém das transformações do modo de modo de produção e do fenômeno da horizontalização de muitas empresas terceirizam as suas

atividades, com o contrato com outras empresas, e estas colocam seus empregados para prestarem serviços, serviços esses que estão inseridos na estrutura organizacional da empresa tomadora (LEITE, 2017, p.169).

A doutrina reconhece a subordinação estrutural como aquela inerente ao emprego, quando o empregado desenvolve tarefas que estão integradas à estrutura e a dinâmica organizacional da empresa, ao seu processo produtivo e as suas atividades essenciais. Ocorre principalmente, em questões relacionadas à terceirização e ao trabalho à distância como o teletrabalho (GARCIA, 2017, p.161).

A subordinação estrutural é uma construção doutrinária que identifica a inserção do trabalhador na dinâmica e organização da atividade econômica do tomador de serviços, ou seja, na sua estrutura organizacional, independentemente de receber ordens diretas, como uma forma de caracterização da relação empregatícia.

Além disso, o trabalhador pode prestar seus serviços tanto na atividade fim quanto na atividade-meio do tomador e, ainda, assim, ficar vinculado à sua estrutura organizacional, o que exige a apreciação do caso concreto para que se possa reconhecer a subordinação estrutural (LEITE, 2017, p. 169).

A subordinação estrutural é também denominada de subordinação integrativa, haja vista que prestação de serviços do trabalhador, se integra aos objetivos nucleares do empreendimento (LEITE, 2017, p. 169).

A inserção do trabalhador na dinâmica do tomador de seus serviços, independente de receber ou não ordens diretas, mas acolhendo estruturalmente, em sua organização e funcionamento caracteriza a subordinação estrutural (DELGADO, 2017, p. 328).

4.4.4 Parassubordinação

A parassubordinação é uma dimensão da subordinação criada pela doutrina italiana e não recepcionada no ordenamento pátrio. Sustenta que haveria um grupo de trabalhadores em situação intermediária, autonomia e poder diretivo conviveriam em harmoniosidade gerando um trabalho colaborativo. Nascimento defende 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 situam, como 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 assemelháveis ao trabalho subordinado (NASCIMENTO, 2009, p. 470).

O trabalho parassubordinado, criação da doutrina e jurisprudência italiana, é caracterizado pela presença da coordenação, da interação funcional com a estrutura da empresa ou com o interesse do sujeito que se utiliza do trabalho de outrem, da continuidade do empenho do tempo até perfazimento do resultado e da presença pessoal dominante (BARROS, 2011, p. 213).

Seria um meio termo entre o trabalho autônomo e o trabalho subordinado. Três correntes tentaram explicar esse tipo peculiar de subordinação. A primeira diz que seria o estado de sujeição sentido pelos trabalhadores que não são empregados. A segunda sustenta que seria o instituto que não se confunde nem com subordinação empregatícia e nem com a autonomia dos autônomos, sendo então identificado pela coordenação entre os sujeitos. E a terceira corrente preconiza que seria a subordinação leve que tanto pode ser sentida por autônomos como pode ocorrer com empregados (CASSAR, 2011, p. 272).

Mudanças do cenário econômico como redução de custo de produção, competitividade, a produtividade, a flexibilização e neutralização de conflitos e em especial a redefinição do perfil do trabalhador repercutiram em transformações significativas das relações de trabalho. O trabalhador foi chamado a assumir riscos que antes eram exclusivos do empregador. O poder diretivo do empregador foi mitigado. A subordinação jurídica cedeu lugar a parassubordinação (MARTINEZ, 2015, p. 161).

O trabalho coordenado é um modelo intermediário entre trabalho autônomo e o trabalho subordinado. É também denominado trabalho parassubordinado. Os trabalhadores deste terceiro gênero prestam uma colaboração contínua e coordenada à empresa sob a modalidade de contratos civis ou mercantis, como obra, prestação de serviços profissionais, transporte e, em decorrência do desnível econômico, ocorre a contratação dos seus serviços em condições de inferioridade. Não há uma

subordinação propriamente dita. É preciso uma tutela intermediária e redimensionamento do Direito do trabalho para estes trabalhadores (BARROS, 2012, p. 227).

A prestação do trabalho de forma coordenada, em regime de colaboração entre o profissional autônomo e o ente tomador, com continuidade e certa pessoalidade, constitui a teoria da parassubordinação. Ressalvado a hipótese de fraude. Não há sujeição aos poderes da organização, controle e disciplinar do tomador de serviço, O trabalho é exercido por conta própria. O tomador de serviços não é um empregador (GARCIA, 2015, p. 313).

5 RELAÇÃO DE TRABALHO NA ODONTOLOGIA

Importante familiarizar-se com a relação de trabalho no ramo odontológico. A realidade deste específico grupo de trabalhadores evidenciada em suas miudezas fornecerão ferramentas para o devido enquadramento em conceitos da seara justrabalista.

O exercício da Odontologia está regulamentado por lei federal e submete-se ainda, às normatizações do CRO, CFO e Código de Ética Odontológica. Impõe a formação acadêmica em bacharel em Odontologia demandando, no mínimo 05 anos de estudos, e sujeitando-se, pessoalmente, ao juramento ético do cirurgião-dentista. Antes entendido como sem possibilidade de relação empregatícia, conforme explicita Barros:

Por muitos anos, combateu-se a existência de um contrato de trabalho entre trabalhadores intelectuais e as empresas para as quais trabalhavam, por se entender que a subordinação jurídica indispensável, à sua configuração estaria ausente (BARROS, 2011, p. 221).

As profissões de médico e dentista podem ser exercidas de modo autônomo situação na qual esses trabalhadores, dirigem o seu tempo e o seu trabalho atuando como patrões de si mesmo e também podem exercer seu exercício de forma subordinada, atuando como colaboradores permanentes, em atividade habitual do empregador mediante salário e sem autonomia produzindo o serviço pactuado (DELGADO, 2015, p.359).

A Constituição Federal expressamente aduz que é permitido a todos o livre exercício de qualquer atividade laboral desde que não seja o exercício de profissão exigível de capacitação técnica nos termos da lei (CF, 1988, art.5, XIII).

A jornada de trabalho do odontólogo não é regida pela mesma regra habitual dos empregados da iniciativa privada (CARRION, 2011, p. 543).

Com a “proletarização” dos intelectuais, o Direito do trabalho, precisou estender-lhes a sua esfera normativa. O fato de ser executado um trabalho intelectual não descaracteriza vínculo empregatício, desde que presentes os pressupostos fáticos de condição de empregado. Inexiste, incompatibilidade

moral e jurídica entre o exercício desta modalidade de trabalho e a condição de emprego (BARROS, 2012, p. 222).

O princípio da livre concorrência também chamado de livre iniciativa sustenta que em um mercado competitivo e equilibrado, os empresários poderiam usar de todos os recursos disponíveis ao exercício da sua atividade, buscando ampliar a sua clientela. A disputa permitirá manter no mercado aqueles capazes de oferecer produtos e serviços diferenciados e com qualidade. Proteger o mercado do abuso econômico faz-se necessário, pois esse impede o exercício da livre concorrência. (FRANCISCHINI, 2017).

Existe a possibilidade de relação de emprego, no caso do profissional liberal, mas será sempre uma questão de fato, de cada caso concreto. Em geral o médico empregado recebe um salário fixo, mas isso não é um traço distintivo, pois ele poderá receber por tarefa, ou seja, pelo número de pacientes atendidos, sem que isso descaracterize a situação de empregado (BARROS, 2012, p. 230-231).

O dentista profissional liberal pode oferecer seus serviços à clientela oriunda de demanda direta, também chamada de clientela particular, aquela onde a relação profissional X paciente não tem intermédio de uma seguradora. Ela advém da propaganda que se efetua em suas variadas formas permitidas em legislação ética de classe ou da livre demanda ocasional. Tendo como característica essencial, o fato que o paciente é diretamente responsável pelo pagamento de honorários, bem como os valores deste é pactuado interpartes. Há nesta situação, uma relação consumerista entre dentista e paciente.

Na qualidade de credenciado à Odontologia de grupo, a situação foi delineada para ser uma relação contratual de trabalho sem vínculo empregatício, onde a autonomia do dentista credenciado seria resguardada, atuando na situação de trabalhador autônomo, tomando para si, a assunção de riscos da atividade.

“Operadora de Plano de Assistência à Saúde: pessoa jurídica constituída sob a modalidade de sociedade civil ou comercial, cooperativa, ou entidade de autogestão, que opere produto, serviço ou contrato de plano privado de assistência à saúde” (Lei 9.656, 1998, art.1, I).

Plano Privado de Assistência à Saúde é definido pela prestação continuada de serviços ou cobertura de custos assistenciais a preço pré ou pós-estabelecido, por prazo indeterminado, com a finalidade de garantir, sem limite financeiro, a assistência à saúde, pela faculdade de acesso e atendimento por profissionais ou serviços de saúde, livremente escolhidos, integrantes ou não de rede credenciada, contratada ou referenciada, visando a assistência médica, hospitalar e odontológica, a ser paga integral ou parcialmente a expensas da operadora contratada, mediante reembolso ou pagamento direto ao prestador, por conta e ordem do consumidor (Lei 13.656, 1998).

Operadoras e profissionais de saúde liberais da prática privada, na qualidade de pessoa física e os estabelecimentos de saúde, na qualidade de pessoa jurídica que atuem na prestação de serviços de assistência à saúde englobando as ações necessárias à saúde nos termos desta Lei e do contrato firmado entre as partes está subordinada às normas e à fiscalização da Agência Nacional de Saúde Suplementar - ANS (Lei 13.656, 1998).

Em pesquisa realizada com intuito de avaliar as condições de trabalho e satisfação de dentista em Duque de Caxias /SP, observou-se que ao que mais agrada na relação com os convênios, (80,77%) é o volume de pacientes, enquanto ao que mais desagrada são as questões de ordem financeira, representadas pela falta de reajuste financeiro e pagamento não compatível com a realidade de mercado, seguidas do excesso de burocracia e relação pessoal intransigente com essas empresas. Apesar de todos esses problemas os profissionais se sujeitam a esses planos, devido à grande concorrência no mercado de trabalho, pelo excesso de cirurgiões-dentistas que são formados anualmente, deixando os profissionais reféns desses planos odontológicos, para sobreviverem e manterem seus consultórios (ARAUJO, 2012, p.167).

Hodiernamente, é habitual a aceitação por parte do odontologista de contrato de credenciamento com as operadoras de seguro/plano odontológico visando o direcionamento dos seus serviços à rede credenciada. Em contrapartida, fica a parte tomadora, responsável pela divulgação/merchandising do prestador de serviço odontológico a toda a sua carteira de clientes e também pelo repasse de honorários pelos serviços prestados aos seus segurados. Tal celebração impõe à contratada, a aceitação de sua remuneração de honorários de acordo com tabela fixa de repasse pós-prestação de serviços.

5.1 MODALIDADES DE TRABALHO DO ODONTOLÓGO

Será feita abordagem das modalidades de trabalho odontólogo no mundo hodierno, a fim de facilitar o conhecimento destas formas de mão de obra nas relações trabalhistas que a seguir serão analisadas.

5.1.1 Profissional Liberal

A lei 5081/1966 regulamenta o exercício da Odontologia em todo o território nacional, sendo imprescindível que previamente ao início das atividades se faça a habilitação em escola/faculdade oficial, a seguir efetivo registro do diploma na Diretoria Geral de Ensino e na repartição sanitária estadual competente e a inscrição no Conselho regional de Odontologia na jurisdição onde se vá prestar a sua atividade. Os direitos e deveres do cirurgião-dentista sejam em âmbito privado ou público, são ditados pelo Conselho Federal de odontologia, autarquia federal. O Código de Ética Odontológica (CEO) é ato normativo para todos os dentistas habilitados que atuam no país. O profissional liberal é o trabalhador que após curso de formação específico e de acordo com legislação pertinente atuarão em seu ramo de expertise de forma a agir com autonomia e assumindo o risco da atividade (Lei 5081/1966; CFO 118/2012).

Ele age com autonomia, e conhecimento técnico/acadêmico. E ao atuar assim, traz para si a responsabilidade por essa atuação. São profissões reguladas por lei, e o profissional age com independência funcional estando adstrito às normativas gerais relativas ao trabalho e específicas referentes ao exercício odontológico.

Outro modo de atuação do profissional liberal é oferecer seus préstimos às operadoras de saúde suplementar, que assume a posição de tomador de serviços odontológicos para sua carteira de segurados, ficando responsável por pagar de forma direta o dentista pelo serviço prestado de acordo com valores pré-estabelecidos contratualmente. A relação é de Direito Civil. Essa afirmação não é uma verdade absoluta.

A contratante deve pactuar contrato escrito constando com clareza as condições para sua execução, expressas em cláusulas que definam direitos, obrigações e responsabilidades das partes, devendo, necessariamente, incluir ainda o objeto e a natureza do contrato, com descrição de todos os serviços contratados; a definição dos valores dos serviços contratados, dos critérios, da forma e da periodicidade do seu reajuste e dos prazos e procedimentos para faturamento e pagamento dos serviços prestados; a identificação dos atos, eventos e procedimentos odontossistêmicos que necessitem de autorização administrativa da operadora; a vigência do contrato e os critérios e procedimentos para prorrogação, renovação e rescisão; as penalidades pelo não cumprimento das obrigações estabelecidas (Lei 9.656, art. 17A, 1988).

5.1.2 Trabalhador Autônomo

Há semelhanças entre trabalhador autônomo e trabalhador profissional liberal. A capacitação técnica do profissional não é algo acadêmico ou técnico que precise necessariamente ser comprovado para o exercício da atividade autônoma. Os profissionais liberais são regidos por lei regulamentadora que impõe necessidade de formação específica e inscrição no órgão de classe.

A subordinação jurídica inexistente afasta a relação empregatícia. Existirão situações em que a distinção entre autônomo e profissional será difícil e nestes casos, os critérios práticos serão decisivos. A imperiosidade das ordens relacionadas à prestação de serviços é que definirá, no caso concreto, quem de fato detém a direção da prestação laboral e conseguinte, poderá disto existir uma relação empregatícia (GARCIA, 2015, p. 312).

Trabalhador autônomo atua no mercado de trabalho, exercendo a sua atividade por conta e risco. É aquele que não se submete ao poder diretivo de quem contrata os seus serviços. Ele exerce a sua atividade livremente; estabelecendo quando e como os seus serviços serão executados; toma para si, os riscos da atividade; é comum que os serviços prestados tenham relação a um determinado resultado de trabalho podendo para atingir tal finalidade, atuar sozinho ou com auxílio de outros trabalhadores que serão por eles remunerados (NETO, 2017, p. 116).

O trabalho autônomo é uma figura com ampla generalidade. A inexistência de subordinação é o grande ponto de semelhança entre os mais diversos vínculos de trabalho autônomo. Existe a autonomia. Há uma independência na forma de concretização costumaz de sua atividade (DELGADO, 2018, pag.397).

O trabalhador orienta o seu labor por conta própria conta avocando para si assunção de seus riscos. Há a espécie de prestadores de serviço de profissões não regulamentadas e a espécie de prestadores de serviço de profissões regulamentadas. Trabalho autônomo é um gênero (STELAMARIS, 2008, p.1).

A prestação de serviços autônomos é executada por conta e risco da pessoa do trabalhador é o que ocorre, normalmente, com o representante comercial e na prestação de serviço por profissionais liberais como advogados, médicos, dentistas. O trabalhador entrega a força de seu trabalho, mas preserva sua autonomia, não presença de subordinação jurídica (CAIRO JUNIOR, 2009, p.133).

A Reforma Trabalhista trouxe alterações em relação à contratação do trabalhador autônomo. A legislação afirma que cumpridos os requisitos legais de trabalho autônomo, ainda que presentes os elementos fáticos de emprego não eventualidade e da exclusividade da prestação de serviços a um único tomador, circunstância que se relaciona com onerosidade, estaria afastada a qualificação em relação empregatícia. Segue art.442B, Lei 13.467, na sua integralidade:

“A contratação do autônomo, cumpridas todas as formalidades legais, com ou sem exclusividade, de forma contínua ou não, afasta a qualidade de empregado, prevista no art.3 desta Consolidação” (Lei 13.467, art. 442B, 2007).

A lei trabalhista em si foi tendenciosa. Os bastidores do parlamento brasileiro é palco da troca de interesses, corrupção e influência do lobismo de bancadas engajadas em defender causas próprias. Foi um retrocesso sob a análise da proteção do trabalhador. Demonstração da influência do poder econômico sobre o próprio Estado. A modalidade de trabalho autônomo não é abarcada pelos direitos da CLT, e não geram recursos, advindos da parte patronal para a Previdência Social. O empregador é beneficiado quando consegue desenvolver sua atividade econômica com o uso de mão de obra advindo de trabalhadores autônomos.

O advento do art.442B representa os interesses da classe patronal e confronta-se com o objeto de estudo desta pesquisa. Apesar disto, essa investigação tem como cerne maior de sua discussão o liame autonomia *versus* subordinação deste trabalhador.

5.1.3 Empregado Privado

O cirurgião-dentista também atua no mercado de trabalho como empregado no ramo da iniciativa privada.

Trabalhadores contratados no âmbito do setor privado são chamados empregados privados, sendo que tal relação de trabalho é regida por normas da Consolidação das Leis Trabalhistas (CLT) ou por estatuto especial (Martinez, 2015, p. 205).

Odontologia tem abrangência sobre tais profissionais, agindo também, com um limitador do poder diretivo do empregador. O empregado odontólogo, nesta qualidade, possui cumulativamente, subordinação, pessoalidade, remuneração e habitualidade ao empregador ao qual está vinculado. Essa relação de trabalho, empregatícia, não é formalmente, quantitativa a ponto de absorver o grande número de profissionais existentes.

É também possível, que esse trabalhador esteja inserido na condição de trabalhador temporário.

Trabalho temporário é aquele prestado por pessoa física contratada por uma empresa de trabalho temporário que a coloca à disposição de uma empresa tomadora de serviços, para atender à necessidade de substituição transitória de pessoal permanente ou à demanda complementar de serviços (Art.2 °, Lei 13.429, 2017).

Pode ocorrer, em alguns casos, a existência de contratos de trabalho, formalmente documentados como na modalidade de cirurgião dentista autônomo, alegando-se a exclusão da relação trabalhista, mas que na intimidade da relação laboral, se coaduna em condições de trabalho empregatícia. Em tais circunstâncias, o judiciário, pode em

cada caso concreto, afastar pelo princípio da primazia da realidade, a relação fingidamente civil e fixar a relação de emprego regida pela CLT.

A Odontologia é um ramo da saúde, considerada em sua maior parte, como de tratamento eletivo daí, normalmente, as empresas privadas não disponibilizam ofertas de emprego para tais profissionais em seu quadro funcional.

5.1.4 Servidor Público Estatutário

O odontólogo também pode atuar com vínculo de emprego no serviço público, tendo essa relação laboral tratada no regime jurídico próprio de tal ente ao qual se vincula. Nesta qualidade é chamado de servidor público efetivo. O Código de Ética e resoluções do Conselho Federal de Odontologia continuam tendo eficácia sobre tais empregados. Haverá subordinação, pessoalidade, remuneração e habitualidade à administração pública direta. São investidos em estatuto próprio – Regime jurídico. É filiado a regime Próprio de Previdência Social - RPPS. Havendo lide empregatícia entre o empregado e seu empregador, será resolvida na Justiça Comum ou na Justiça Federal a depender do tomador de serviços que caracterize a administração. Seus conflitos não serão abarcados pela justiça do trabalho.

Os servidores públicos efetivos estão envoltos por vínculo institucional e permanente à administração pública direta, autárquica e fundacional. Esses trabalhadores são investidos no cargo público criado por lei após prévia aprovação em concurso público, submetem-se ao regime de natureza não contratual e são os únicos que podem exercer funções de confiança (MARTINEZ, 2015, p. 198).

Os servidores públicos estão vinculados ao teto remuneratório e também ao limite constitucional de acumulação de cargos, emprego, função (MARTINEZ, 2015, p. 204).

Esse nicho mercadológico não consegue absorver um quantitativo significativo de profissionais.

5.1.5 Servidor Público Temporário

Os cinco elementos fático-júridicos da relação de emprego entre o trabalhador e o tomador de serviço fazem-se presentes nesta modalidade de trabalho, no entanto inexistente relação empregatícia, pois assim determina a Constituição Federal (DELGADO, 2015, P.333).

A administração pública, reiteradamente, se vale de brechas legais para burlar a norma que impõe o concurso público como forma de ingresso. A lei maior prevê em situações excepcionais, a possibilidade de contratação em caráter precário com prazo contratual determinado (CF, art. 37, IX, 1988). Com isso, a possibilidade de emprego público, estatutário no cargo por ora analisado, é esporádico e quando oportuno, há uma restrita oferta de vagas.

5.1.6 Cooperado

Os dentistas cooperados não estão ligados por nenhum vínculo de natureza empregatícia, eles se agrupam com o objetivo de prestar serviços odontológicos de modo que esse ajuntamento proporcione melhores condições laborais e melhores resultados econômicos. As cooperativas odontológicas não têm um quantitativo expressivo no mercado de trabalho odontológico. Brasileiro.

As cooperativas são reguladas pela lei 5.764, 1971 que diz:

Art. 3º Celebram contrato de sociedade cooperativa as pessoas que reciprocamente se obrigam a contribuir com bens ou serviços para o exercício de uma atividade econômica, de proveito comum, sem objetivo de lucro (art.3, Lei 5.764, 1974).

“As relações de trabalho do cooperado não se encontram abrangidas pelo Direito do trabalho” (BARROS, 2011, p.182).

5.1.7 Estagiário

O estudante de odontologia é obrigado a realizar ato educativo escolar supervisionado em ambiente laboral. É uma relação de trabalho que se aproxima da relação de emprego, no que tange a existência de caracterizadores desta relação.

A lei de estágio aduz que observado os ditames do caso, a relação de emprego estará afastada. É preciso a celebração do termo de compromisso de estágio com a instituição acadêmica. Obrigatório o envio do relatório de atividades a cada semestre e também a contratação de seguro em favor do estagiário de apólice contra acidentes pessoais. É preciso a designação de dentista como orientador. A duração de estágio não deve ultrapassar a 6 horas diárias e 30 horas semanais. Período do estágio não deve exceder a 02 anos. Esses requisitos precisam estar atendidos para não caracterizar um vínculo de emprego. Aplica-se ao estagiário a legislação pertinente à saúde e segurança no trabalho (Lei 1788/2008).

5.2 CONTRATO DE CREDENCIAMENTO

Na abordagem da possibilidade de caracterização de vínculo empregatício entre dentistas credenciados e operadoras de planos odontológicos é preciso estudar com minuciosidade, como se processa toda a relação laboral a fim de se averiguar se é cabível a desconstituição da relação civil solenemente celebrada; expor a presença da subordinação jurídica e estabelecer a existência da relação empregatícia.

O contrato é o principal instrumento jurídico de desenvolvimento das atividades econômicas. O contrato é meio de efetivação de justiça social. O interesse das partes individuais envolvidas no contrato precisa estar em conformidade com os interesses sociais. E Havendo conflito prevalecem, os últimos. A função social age como limitadora da vontade das partes, para afastar o prejuízo a terceiros e em maior escala o prejuízo, à coletividade. Já o princípio da Boa-fé objetiva impõe aos contratantes uma conduta honesta, correta e proba durante a execução do contrato, durante as tratativas iniciais e mesmo após o contrato. Em decorrência do princípio da Boa-fé objetiva há a proibição do *venire contra factum proprium*. Outro princípio contratual

que também precisa ser observado é o da equivalência material que assegura uma igualdade material entre as partes envolvidas antes, durante e depois da execução do contrato. O *pacta de sunt servanda* sofreu mitigação. A onerosidade excessiva, desequilíbrio entre as prestações relativas a cada contratante, pode ensejar pedido de revisão judicial do pacto, buscando-se o reequilíbrio das prestações relativas (AZEVEDO, 2011).

O contrato de credenciamento é o instrumento que materializa o negócio jurídico entre o dentista e a seguradora de saúde. É um contrato bilateral e que deveria ser redigido com cláusulas ditadas consensualmente pelas partes.

O comportamento das partes, na fase pré-contratual tem grande relevância para definir o alcance das obrigações e os direitos recíprocos (MALLET, 2008, p.25).

São pressupostos de validade contratual ser o agente capaz; o objeto lícito, possível, determinado ou determinável e a forma prescrita ou não defesa em lei. O contrato de credenciamento é um negócio jurídico bilateral e precisa ter validade jurídica (GOMES, 2005, p.52).

“Contrato de adesão caracteriza-se pela ausência de discussão do conteúdo do negócio jurídico pelas partes contratantes” (GARCIA, 2007, p. 149).

A crise no mercado de trabalho odontológico, a escassez de clientela particular, a competição com as operadoras de planos odontológicos contribuem de modo a restringir demasiadamente o exercício da atividade autônoma do odontólogo no mercado de trabalho.

No afã de aumentar seu mercado de trabalho, os dentistas passaram a contratar pacto de prestação de serviços, em suas clínicas particulares com empresas e instituições a fim de atenderem aos funcionários, empregados, beneficiários e seus familiares. Esse contrato foi dado o nome de credenciamentos ou convênios.

Os dentistas, no interesse de aumentar seu volume de trabalho e em contrapartida aumentar sua remuneração, passaram a celebrar contrato de prestação de serviços com operadoras de planos de saúde a fim de efetuar tratamento odontológico a seus beneficiários e familiares.

O contratado realiza prestação do serviço odontológico ao segurado, e conforme tal contrato se estabelece um valor pré-determinado para remunerar o prestador de

serviço que recebe seus honorários diretamente da operadora. Para recebimento do valor de honorários pela operadora do plano odontológico o credenciado deve, após prestar seus serviços, apresentar sua fatura de cobrança. É a contraprestação pelo trabalho executado.

É aberto um lapso temporal, em média de 30 dias, para que o credenciado busque adequar a GTO, ou seja, eliminando ou explicando o motivo da situação justificadora a não pagar a guia de cobrança de honorários odontológicos.

No contrato de credenciamento, ou em seus anexos, há discriminação expressa do dentista, pessoa física, responsável pela prestação de serviços. Condicionando a pessoa natural dele como pessoa responsável por realizar a prestação serviços à tomadora. No pacto de prestação de serviços também é informado os dias, turnos e horários em que esse profissional ficará disponível a realizar trabalho à operadora.

O contrato de credenciamento é como regra geral por tempo indeterminado, assemelhando-se neste aspecto, ao contrato empregatício padrão.

5.2.1 Cláusulas Contratuais

As cláusulas abusivas abrem a previsão de nulidade e o fundamento para tal está na observância ao princípio da equidade material que tem como sustentação a busca pela igualdade material entre as partes contratantes (AZEVEDO, 2011).

As relações consumeristas não detém a exclusividade sobre a possibilidade de ocorrência de contratos de adesão. Na relação contratual entre dentistas e operadoras de saúde, opera-se, via de regra, por celebração de contrato de adesão. Não existindo autonomia, via de regra, para o dentista, sugerir ou ditar o regramento contratual. O contrato é padrão. O conteúdo contratual não é discutido pelas partes. A margem de negociação, quando existe, paira apenas sob a forma de calcular a remuneração de honorários, pois em algumas operadoras, esse valor sofre influência de acordo com a titulação acadêmica do profissional executante. Ocorre apenas, que ao receber a proposta de credenciamento padrão, o dentista com título acadêmico argui se os valores propostos já estão diferenciados com valores de remuneração para profissional com título. Existem apenas duas alternativas: aceitar assinando o pacto e

tornando-se um credenciado, ou não aceitar. Há uma hipossuficiência relativa (socioeconômica) do prestador de serviço. O mercado de trabalho desfavorável impulsiona-o a acatar o regramento unilateral imposto pela tomadora de serviço assinando um contrato de adesão contendo por vezes a presença de cláusulas desfavoráveis e outras abusivas.

O Código civil não tem uma norma específica para tratar diretamente, as cláusulas abusivas, como ocorre com o Código de Defesa do Consumidor. Há normas que disciplinam a abusividade, mas apenas em situações específicas (AZEVEDO, 2011). Há abuso de direito, no código civil, quando constatado uma violação aos limites impostos pelos fins econômicos e sociais, pela boa-fé e pelos bons costumes (BORGES, 2017).

Existindo nos contratos de adesão cláusulas ambíguas e contraditórias, deve-se optar por adotar a interpretação mais favorável ao aderente. São nulas as cláusulas que estipulem a renúncia antecipada por parte do aderente, a um direito resultante da natureza do negócio (Código civil, art. 423-424, 2002).

“Insta ressaltar que as cláusulas abusivas não são encontradas somente em contratos de adesão, mas também em contratos paritários, onde houve um diálogo na formação do contrato” (BORGES, 2017).

É habitual a existência de cláusula contratual proibindo o dentista de oferecer ao paciente/usuário, procedimentos ou materiais odontológicos diferenciados que apresentam melhores resultados clínicos, não cobertos pelo plano do usuário. Em geral, o dentista credenciado, fica impedido de qualquer tipo de negociação direta com o paciente. A existência de exigências desta natureza ofende a dignidade profissional da classe odontológica. Uma situação de inobservância dos direitos fundamentais dos profissionais odontólogos.

É também comum a existência contratual do foro de eleição do local da sede da matriz do estabelecimento do tomador.

Os dentistas inscritos no CRO têm alguns direitos fundamentais, entre estes, o de diagnosticar, planejar e executar tratamentos com liberdade de convicção, limitados às suas atribuições, observado a sua dignidade profissional e o estado atual da ciência (CEO, art.3, I, 2003).

5.2.2 Retenção da Remuneração pelo tomador

A odontologia de grupo sob o escudo de que precisa resguardar os seus clientes de que o serviço oferecido é um serviço de qualidade, bem como, de que precisa averiguar se de fato, a prestação do serviço foi executada, explicita no contrato de credenciamento, a existência do serviço de auditoria. Ela ocorre previamente à liberação de pagamento dos honorários, exigindo-se um lapso temporal para sua efetivação, o que gera como consequência, um adiamento do repasse de honorários ao contratado.

Somente após, efetivado a auditoria interna é que se realiza o processamento contábil do valor da fatura.

Tal rotina de postura operacional parece fazer presunção relativa de que todas as faturas de cobrança pelos serviços prestados de todos os credenciados apresentam algum tipo de incongruência, o que justificaria a necessidade padrão de auditorias. Essa listagem de possibilidades de enquadramento em situação à margem dos parâmetros da auditoria é demasiadamente ampla. Essa análise se concretiza de modo formal e técnico. Na formalidade, o auditor da seguradora, avaliará se todos os campos da guia administrativa de cobrança foram devidamente preenchidos. Campos como: número de telefone, data e assinatura do beneficiário, data de realização do serviço, data assinatura do cirurgião-dentista, nome do procedimento, código procedimento junto a Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), nome, número e unidade da federação na qual o dentista executante tem inscrição no CRO. Alguns outros procedimentos específicos, a seguradora pode colocar mais alguns requisitos de aspecto burocrático, como requisição do dentista solicitante, relatórios, exames que precisam estar anexos à GTO. Maior parte das contratantes exige radiografias ou fotografias da condição prévia à execução do serviço, como meio de concretizar a necessidade real de execução daquele atendimento e após realização do serviço odontológico, exige-se a radiografia final ou fotografia para comprovar de fato, a prestação do serviço sob a escusa de que precisa resguardar seus pacientes e seu próprio equilíbrio financeiro da execução de sobretratamento e qualidade dos procedimentos.

O sobretratamento no esteio médico da palavra seria quando o profissional imbuído de diagnóstico de doença, ou quando é grande a possibilidade de sê-la, opta pelo tratamento do paciente em prol da sua saúde. Ocorre, no entanto, que pode acontecer de após iniciado tal tratamento percebe-se que foi um excesso de cuidado e zelo (CAMARGO, 2014, p.1).

O sobretratamento advém de um sobrediagnóstico. O sobretratamento se ramifica em dois tipos: tratamentos de lesões que não se desenvolveriam, relacionado ao fenômeno de sobrediagnóstico e o segundo seria o tratamento mais extenso do que aquele requerido para aquele caso (CAMARGO, 2014, p.1).

Os exames radiológicos são exames complementares de auxílio de diagnóstico. Eles não se sobrepõem ao exame clínico do paciente. A Anamnese e exame de inspeção física extra e intraoral são preponderantes no guia de alcance diagnóstico e tratamento do paciente. As radiografias, seguindo normatizações dos conselhos de classe, não têm finalidade administrativa ou de auditoria. O desvirtuamento de sua finalidade caracteriza abuso às orientações do CRO, CFO e CEO e é um desrespeito à condição de saúde do indivíduo, seja usuário seja equipe odontológica, haja vista o sabido risco do uso cumulativo de radiações.

“Fica vedado o uso indiscriminado de RaioX com finalidade, exclusivamente, administrativa em substituição à perícia/auditoria e aos serviços odontológicos” (CFO 102, art.1, 2010).

É proibida toda exposição radiológica que não tenha justificção pois a exposição ionizante deve ser o benefício real à saúde do indivíduo no que tange a diagnóstico e terapêutica em comparativo com o detrimento que possa advir do uso da radiação.

A reiterada exigência desta prática por parte da tomadora é uma clara ofensa aos princípios da proteção radiológica.

A possibilidade de comprovação administrativa dos serviços prestados através de fotografias é algo relativamente novo nas cláusulas contratuais de credenciamento. No entanto, a dificuldade em se captar a imagem de necessidade de determinados procedimentos, a interferência de iluminação, tipo de lente fotográfica usada e a inacessibilidade de manuseio da câmera fotográfica no meio bucal, fazem com que tal possibilidade não seja efetivada como prática usual. O odontólogo é ciente de que se

o auditor não conseguir visualizar o antes e pós-tratamento, seu trabalho não será reembolsado. Tal situação enfatiza a subordinação econômica deste trabalhador.

A existência de tal cláusula contratual colide com o preceito que aduz que têm os dentistas, o direito fundamental de diagnosticar, planejar e executar tratamentos com liberdade de convicção, no limite de suas atribuições, observado o estado atual da ciência e sua dignidade profissional (CEO, 2003).

A auditoria técnica é realizada por dentistas auditores e está alicerçada na análise das radiografias, relatórios e plano de tratamento. De praxe, o exame físico do usuário não é realizado pelos auditores. A auditoria é executada via indireta. Fazendo valoração do serviço prestado por análises documentais; sem conhecer as condições reais e diretas que geraram aquela ordem de serviço. É possível e costuma de o credenciado gerar cobrança de serviço de cirurgia complexa e a seguradora via auditoria, por juízo de valor das imagens radiográficas apenas, glosa tal guia alegando que o caso é pertinente a uma cirurgia simples. O procedimento já foi executado, não há com fazer qualquer outra prova. Nem todas as situações são passíveis de documentação direta. Na divergência de opinião de conduta a ser tido adotada, prevalece a opinião do auditor, que apesar de dentista, é um empregado da seguradora. Na inspeção técnica dá importância singular à qualidade da película radiográfica em relação à sua apresentação, posicionamento espacial adequado, qualidade de revelação da película radiográfica e a sua secagem. Daí, mesmo que seja possível, se averiguar o antes e o depois, se tais características não forem atendidas, o procedimento não será pago. O auditor representa e é mensurado pela sua capacidade de adotar rotinas rígidas na tentativa de impedir ou adiar a liberação de pagamentos. Não há espaços para cooperativismo.

O direcionamento da prestação do trabalho é realizado de modo previsto em contrato de adesão e também ocorre de modo sistemático, por meio comunicados internos, disponibilizados em seus portais eletrônicos/área restrita do prestador, por meio correio eletrônico, chats e por contato telefônico.

A auditoria, encontrando situações típicas de seu rol de motivações para retenção do pagamento do credenciado, promoverá a retenção intencional do pagamento do honorário do dentista, nada pagando pelo serviço prestado. A seguradora abrirá prazo decadencial, via de regra, de 30 dias para que o profissional sane tal situação. Ultrapassado tal lapso temporal, a seguradora não permite, administrativamente, a

perseguição do valor de honorário do serviço prestado. Impetrado o recurso administrativo na seguradora/setor de auditoria faz-se necessário juntamente com o reenvio da GTO, anexar-se relatório explicando o porquê de ter existido tal ocorrência e também, o modo como o profissional a resolveu. Sucede que há situações que é demasiadamente difícil, ou ainda impossível, a realização de tal ajuste. Isso pode ocorrer em algumas ocasiões, como acontece quando o auditor entende que a radiografia inicial antes da cirurgia, está manchada, ou escura demais exigindo o envio de nova radiografia inicial. Ora, o serviço já foi prestado, o dente já foi cirurgicamente removido, é impossível ao dentista contratado, reproduzir a radiografia inicial visto que é impossível o retorno à situação *status quo ante*. *É uma analogia à prova diabólica*.

Inoportuno e questionável é a retenção de quaisquer valores de serviços já prestados. Se a guia de cobrança de honorários está sendo apresentada à cobrança de pagamento, não é adequado o seu não pagamento, gerando margem ao enriquecimento ilícito.

“Aquele que, sem justa causa, se enriquecer à custa de outrem, será obrigado a restituir o indevidamente auferido, feita a atualização dos valores monetários” (CC, art. 884, 2002).

A retenção dolosa de remuneração do dentista credenciado permite arguir se de fato, teria tal trabalhador autonomia, independência funcional no exercício de sua função laboral. A relação de trabalho se afasta da relação emprego, em especial, pelo fato de não existir na primeira a relação de subordinação.

‘Não obstante a relação de emprego resulte da síntese indissolúvel dos cinco elementos fático-jurídico que a compõem, será a subordinação, entre todos esses elementos, o que ganha maior proeminência na conformação do tipo legal da relação empregatícia. (DELGADO, 2015, p. 310).

Ocorre ainda, que após o processo de auditoria, e de liberação das guias de cobrança não glosadas, é informado em sistema eletrônico, o valor de fato auditado e exigindo-se do prestador a imediata emissão da nota fiscal/eletrônica com retenções tributárias na fonte bem como formação da obrigação tributária de complementação do pagamento tributos conforme alíquotas legais. Há operadoras que exigem que o prestador realize a emissão da nota fiscal com o valor cheio da fatura apresentada, incluindo até mesmo os serviços que a operadora glosou. Isso faz com que o dentista

prestador, seja obrigado a liquidar tributação além do que de fato lhe caberia. A emissão da nota fiscal em concordância com as informações prestadas pela contratante é condição para estar apto a receber o pagamento. Se ocorrer algum infortúnio como atraso ou não pagamento dos serviços, todos os tributos ainda assim, serão obrigatoriamente exigíveis.

É de praxe que a seguradora, ignore cláusula contratual e atrase deliberadamente a liberação do pagamento do prestador. Visto que a nota foi emitida, nasce de imediato, a obrigação tributária ao contratado de saldar tributação, mesmo sem ter tido o crédito ainda adimplido pela operadora. Há uma dificuldade na realização destas cobranças, ou de se insurgir aos procedimentos organizativos da operadora, pois, é possível que uma cobrança administrativa insistente, coercitiva, o protesto em cartório de nota fiscal não liquidada ou ainda ajuizamento de uma ação de cobrança judicial exigindo-se o seu saldo, pode sujeitar tal trabalhador a ter seu contrato de trabalho rescindido por simples manifestação de vontade, com denúncia notificada do contrato, sob o escudo de redimensionamento da rede credenciada. Sem qualquer tipo de necessidade de notificação à ANS ou a órgãos reguladores do exercício da Odontologia.

As seguradoras exercem intromissão na prestação de serviços dos seus credenciados. O tomador de serviços usa de poder fiscalizatório, disciplinar e de gerencia normativa sobre a atividade do prestador. Há um meio de comando. Exercício de controle, supervisão e comando diretivo do trabalho prestado, limitando a autonomia do trabalhador frente à forma de atuação diante da casuística clínica.

5.2.3 Normatização de Atendimento

Faz-se necessária a imersão na realidade burocrática, processual e técnica destes trabalhadores, para que se analise a existência ou não dos elementos fático-jurídicos que compõem a relação de emprego.

Apesar de existir normatizações pertinentes à regulação do exercício da Odontologia, e nelas indicar que o odontólogo tem liberdade de atuação dentro desta regulamentação, o que acontece na saúde suplementar, é que a seguradora, limita e por vezes mantém em subordinação o dentista credenciado como quando o limita a fazer a escolha do tratamento dentro de seu rol de procedimentos contratados; faz inquirição de o porquê que o usuário precisa de determinado tratamento ou explicação da ocorrência de determinados acontecimentos ou insatisfação de seus beneficiários, desrespeita a data contratual de liberação de honorários; veda que o profissional ofereça ao usuário segurado procedimentos ou produtos não cobertos pela operadora; impõe que apenas o dentista credenciado pode prestar o serviço.

Diversos segmentos das especialidades odontológicas têm em suas rotinas de trabalho na rede credenciada, o cerceamento do trabalhador autônomo do profissional liberal, limitando ou interferindo em suas condutas e na forma de como resolveria, dentro do exercício regular da profissão, a escolha do procedimento a ser executado, na seleção do material restaurador, na determinação de técnica cirúrgica, na imposição de realização de exames radiológicos mesmo quando o profissional julga-os desnecessários.

Há uma orientação clara e expressa por parte do tomador de serviços, de como o prestador de serviço deve realizar a prestação. A normatização técnica rígida provoca interferência na autonomia do profissional liberal credenciado, apontando o uso do poder diretivo, hierárquico do tomador contratante.

A relação com o paciente é transfigurada. A imensa maioria dos usuários dos planos odontológicos, vê na figura do trabalhador dentista credenciado a figura de um empregado da operadora, isso decorre vezes pela ignorância vezes pelo modo como a operadora do plano odontológico o faz acreditar que o seja demonstrando ter esse trabalhador de alguma forma sob sua subordinação. E imbuído desta caracterização, o usuário repassa para o profissional odontólogo toda a sua insatisfação, queixas e

dilemas com a operadora. É comum, o paciente se referir ao profissional, como se ele fizesse parte estrutural da empresa, como parte do quadro funcional. É habitual se referir à seguradora e ao profissional como que pertencente estruturalmente, àquele estabelecimento. Isso é percebido com o uso do pronome de tratamento na terceira pessoa do plural – “vocês”, numa aproximação conceitual à subordinação objetiva.

A postura da operadora diante de circunstâncias que ensejem um contato direto com o prestador para buscar explicações de episódios registrados pelos beneficiários no setor de ouvidoria, também sugere ter interpretação, de que o dentista da rede credenciada é parte estrutural da logística, devendo esse preferencialmente, se manifestar sobre os fatos anteriormente ao registro da reclamação do cliente junto à operadora, explicando o motivo detalhado do conflito ocorrido no estabelecimento comercial de execução da atividade pelo prestador.

A subordinação objetiva se manifesta pela integração do trabalhador aos fins e objetivos do empreendimento do tomador de serviços (DELGADO, 2015, p. 314).

Algumas operadoras fazem a diluição do risco do negócio, elas de interessam por esse risco que é singular e exclusivo do profissional autônomo. Há sistemas de pontuações internas de acordo com a produtividade do prestador de serviço, com possibilidade de troca destes pontos por insumos relacionados ao trabalho odontológico contratado, como envio de luvas de procedimentos, materiais restauradores, promoção de cursos de capacitação, possibilidade de descontos em serviços e produtos relacionados à prestação do serviço odontológico quando o dentista se declara e comprova ser credenciado da seguradora.

O corretor de seguros atua como intermediário, autorizado legal, a granjear e fomentar contratos de seguros entre seguradoras e consumidores. Essa venda por vezes, pode acontecer de modo, não muito esclarecedor, fazendo o usuário interpretar algo equivocado sobre o rol de serviços contratados, carências, seus direitos e seus deveres. Ou ainda, o corretor, age dolosamente, e omite ou falta com a verdade ao falar do produto oferecido. Ocorre que quando esse usuário vai de fato, ao profissional conveniado, buscando o gozo de seu seguro, é ali, verdadeiramente, informado das circunstâncias, de fato, seguradas. Esse é um momento, de desgaste mútuo para ambos os envolvidos.

Nestas situações acontece também, de o próprio odontólogo credenciado, ao relatar o porquê da carência e da negativa de cobertura para alguns procedimentos acabar por se alinhar ao.

A subordinação estrutural tem por base a definição da atividade desempenhada pelo trabalhador como sendo essencial ao funcionamento estrutural e organizacional do empregador. O empregado exerce atividade que faz parte inafastável da atividade da organização empresarial.

O contratante tem a possibilidade, através de seu poder diretivo e de supervisão aplicar penalidades formais como a advertência, suspensão ou extinção unilateral do contrato de trabalho do trabalhador, sem necessidade de nenhuma fundamentação pormenorizada. Não há necessidade de nenhuma homologação judicial ou administrativa com intermédio de terceiro imparcial como um juiz, o CRO ou a ANS.

Tal situação possibilita o uso destas penalidades como forma de repúdio aos profissionais credenciados que exigem o respeito à sua condição de autônomo, à sua condição de agir com autonomia funcional e que confrontam as orientações internas da seguradora pontuando o modo de agir laboral ou impondo determinada conduta.

A jornada de trabalho do dentista prestador de serviço consta em cláusulas contratuais. A disponibilidade laboral é explicitada contratualmente. No entanto, tal situação não extingue a situação de ser esse dentista credenciado um trabalhador autônomo. A eventualidade existente está passiva de intercorrências outras o que poderiam causar que tal profissional não trabalhasse na escala contratual estabelecida. Ocorre que a operadora, quando sabedora de que o profissional não cumpriu a eventualidade laboral externada, realiza inquirição deste odontólogo, buscando respostas, situações ensejadoras para a não prestação de serviços. Há um controle indireto da jornada de trabalho.

Outra situação costumaz, é a exigibilidade, disfarsada de checagem, de disponibilidade de horários para consultas dentro da jornada semanal do dentista, bem como pedidos de marcação diferenciada de certos usuários.

O contato direcionado do tomador de serviços com o dentista credenciado para arguição e pedidos pode ser entendida como uma forma de interferência na gerência do negócio. A possibilidade de descredenciamento unilateral por parte de ação da

contratante é um instrumento que cerceia a independência funcional, operacional e administrativa do prestador.

A personalidade está presente nesta relação jurídica obrigacional. O contrato é firmado com discriminação expressa de quem é o prestador de serviços. Na prática, a possibilidade de substituição até seria possível, no entanto, ensejaria glosa de pagamento do serviço, além de que no momento da própria marcação da consulta, o próprio paciente faz uma escolha pelo profissional que prestará o serviço, o que também acaba por ser um motivo pessoal de não aceitação de substituição.(TEXEIRA, 2014).

5.2.4 Responsabilidade Civil

O fornecedor de serviços responde independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos (Código de Defesa do Consumidor, art.14).

O Código Civil e o Código de Defesa do Consumidor podem ser usados na caracterização da responsabilização civil tanto da seguradora como do profissional prestador de serviço. Há uma relação de solidariedade, o que implica em dizer que não há benefício de ordem para exigir de uma das partes o pagamento da indenização cabível.

Algumas seguradoras impõem em seus contratos de credenciamento, a cláusula de que em caso de ser demandada judicialmente ou extrajudicialmente pelo segurado, em decorrência de qualquer reclamação por serviços prestados pela credenciada, ficaria esta responsável por direta e integralmente tais reclamações, excluindo-se de qualquer responsabilidade solidária ou subsidiária.

Há consenso na doutrina e jurisprudência de que a responsabilidade da seguradora é uma responsabilidade objetiva e solidária pelos atos praticados por sua rede credenciada, ela precisa agir com zelo ao selecionar seus prestadores de serviços, no entanto, é possível a operadora, ajuizar a seguir, ação regressa contra o dentista credenciado, visando o ressarcimento do valor pago em face do dano ocasionado ao segurado.

A responsabilidade civil do cirurgião-dentista é de responsabilidade subjetiva. Para que se configure a responsabilidade do profissional liberal odontólogo, é preciso diferenciar entre as especialidades odontológicas, as obrigações de meios e as obrigações de resultados, pois disto, resultará o ônus probatório (CAIXETA, 2008).

5.2.5 Terceirização

Recentemente, foram alterados dispositivos da lei 6.019/74 que dispunha sobre trabalho temporário e legislou-se sobre as relações de trabalho na empresa de prestação de serviços a terceiros (Lei 13.429, 2017).

Os prestadores foram limitados e sendo assim, exercendo atividade subordinada ao contratante, poderão pleitear o reconhecimento da relação empregatícia. A terceirização pós-reforma não é irrestrita e ilimitada (MIESSA et al., 2017).

O dentista age como um terceirizado que a operadora utiliza para que o usuário do plano odontológico tenha acesso ao produto por ela comercializado. O dentista não tem qualquer poder decisório sobre a gestão da empresa contratante. O odontólogo não está presente no processo de comercialização do plano odontológico. Daí, pensando mercadologicamente se percebe o porquê que sua opinião, críticas e sugestões não são valorizadas pelo tomador de serviço. O contratado credenciado é mero meio para alcance das atividades fins da operadora.

A prestação de serviço odontológico pelo dentista credenciado é uma atividade imprescindível, ao desenvolvimento do empregador, na condição de meio. As seguradoras não têm, como regra geral, dentistas formalmente empregados na condição de prestadores de atendimento odontológico.

A reforma trabalhista tornou legal a contratação de empresas especializadas para realização de serviços, independente de ser serviço meio ou fim da empresa contratante (Lei 13.429, 2017).

6 A (IM) POSSIBILIDADE DE CARACTERIZAÇÃO DE VÍNCULO DE EMPREGO DE ODONTÓLOGOS NA REDE CREDENCIADA DE OPERADORA DE SAÚDE

É indispensável à configuração de vínculo empregatício a presença cumulativa dos requisitos estabelecidos no art.3 da CLT: onerosidade, pessoalidade, pessoa física, não eventualidade e a subordinação.

As leis de regulamentação profissional são tidas como leis especiais que normatizam a atividade laboral. São exigências legais que precisam ser atendidas pelos profissionais daquela atividade. As leis especiais prevalecem sobre normas mais generalistas de proteção do trabalhador (NASCIMENTO, 2008, p.975).

A alteridade do empregado é também um quesito de influência na distinção entre o trabalho subordinado e o trabalho autônomo. No arquetipo em investigação, essa assunção dos riscos do empreendimento sofre mitigação. O tomador de serviços assume posturas de preocupação com o risco do negócio do cirurgião-dentista, promovendo políticas empresariais internas voltadas a dar ao trabalhador credenciado apoio logístico na coordenação de sua atividade. Sustenta Garcia:

“O empregador é quem corre os riscos da atividade exercida. O empregado, assim, presta serviços por conta alheia, o que corresponde à “alteridade” presente no contrato de trabalho” (GARCIA, 2017, p. 160).

Esse comportamento dá margem à discussão que a titularidade do risco do negócio não é exclusiva do odontólogo credenciado. O tomador de serviços compartilha da assunção dos riscos com o prestador. O dentista teria alteridade ainda que de modo mitigado.

Têm-se ainda a necessidade de interpretação adequada desta circunstância à situação mercadológica desta classe trabalhadora. Essa assunção dos riscos não advém de uma liberalidade do profissional, mas sim, de uma imposição implícita do próprio mercado de trabalho. É uma verdade irrefutável a dificuldade ora existente, em se manter no mercado de trabalho como trabalhador autônomo, exercendo a Odontologia de forma direta sem o intermédio de uma operadora de saúde para promover a captação de pacientes.

Passa-se agora a pesquisar a existência dos requisitos do art. 3 da CLT na relação de trabalho da classe odontóloga quando em prestação de serviços às empresas de Odontologia Suplementar. Os primeiros quatro requisitos não provocam grandes discussões, sendo fácil a percepção da sua presença, já o requisito subordinação pode gerar margens a questionamentos, e portanto ensejará uma abordagem mais minuciosa sobre a sua existência.

6.1 (IN) EXISTÊNCIA DE REQUISITOS DE EMPREGO

6.1.1 Da Existência da Onerosidade

O elemento fático onerosidade está presente na relação de prestação de serviços odontológicos para operadoras de planos de saúde. O dentista executa o seu trabalho a fim de obter a contraprestação da tomadora que é o pagamento de seus honorários. A operadora paga ao dentista credenciado por serviço unitário realizado. Com base na tabela de cobertura mínima de procedimentos, é fixado o valor da unidade de serviço odontológico (USO).

Tal como ocorre na relação empregatícia não é possível ao dentista candidato a credenciado discutir os valores da remuneração. A questão é aceitar ou não tornar-se um referenciado da rede da operadora. O padrão é de impossibilidade de negociação do valor. Assim como ocorre com os chamados altos empregados, pode ocorrer, excepcionalmente, uma discussão de remuneração quando esse dentista comprovar ter titularidade acadêmica diferenciada como possuir especialização *estrutu sensu*, mestrado ou doutorado.

O salário é um requisito de emprego. A onerosidade é o salário em seu estudo mais *abrangente* (NASCIMENTO, 2017, 665).

Cada serviço unitário realizado pelo odontólogo haverá a contraprestação da tomadora de serviços, pagando-lhe individualmente por cada procedimento efetivado. Há uma bilateralidade de encargos: para o dentista credenciado o compromisso de prestar seu trabalho à carteira de usuários da operadora, e o encargo da operadora é o pagar ao dentista por cada serviço prestado. Ensina Nascimento que:

“Onerosidade é um encargo bilateral próprio da relação de emprego” (NASCIMENTO, 2017, 665).

A norma especial, que disciplina a atuação profissional dos dentistas, institui como infração ética trabalhar de graça para àqueles capazes de remunerar. Não existe contrato de credenciamento gratuito, sem onerosidade, conforme explicita o Código de Ética Odontológica:

“Constitui infração ética, oferecer serviços gratuitos a quem possa remunerá-los adequadamente” (CFO 118, art. 20, I, 2003).

Em cada atendimento realizado ao usuário do plano, é realizada uma guia de cobrança, onde consta nome do procedimento, paciente-beneficiário, data de realização do serviço e valor. Fica determinado em contrato, uma data fixa, pré-determinada para envio à empresa tomadora de todas essas guias de cobrança. Será apurado por controle interno da operadora, o valor a pagar pela remuneração. Esse montante é informado ao dentista com a orientação de que o valor da remuneração somente será liberado após a emissão da nota fiscal eletrônica.

O valor total da retribuição paga pela operadora ao prestador é um valor que sofre variação no decorrer do contrato. Ele oscila de acordo com o volume de trabalho do profissional executante. Normalmente, o pagamento é mensal.

Pelo trabalho prestado, tem o empregado o direito de receber a sua retribuição que poderá ser efetivada pelo empregador em diárias, mensalidade ou por hora. O montante desta retribuição pode ser um valor fixo ou variável (LEITE, 2017, p.163).

O contrato de credenciamento traz a referência ao índice que será aplicado para calcular a remuneração daquele prestador e também consta em que lapso temporal isso ocorrerá. A data de efetivação do pagamento é estabelecida em abstrato, tendo como referencial o período em que o dentista entregou a sua fatura de cobrança.

O padrão é estabelecer que todos os serviços prestados naquele mês, serão apresentados para cobrança até dia 05 do mês seguinte. E o pagamento ocorrerá no dia 15 do mês subsequente ao da apresentação da fatura de cobrança. Em média o valor da remuneração é pago 60-70 dias após a efetivação da prestação dos serviços odontológicos.

Conclui-se pela existência da onerosidade na relação laboral entre cirurgião-dentista e empresa operadora de saúde suplementar.

6.1.2 Da Existência da Pessoalidade

O requisito pessoalidade se faz presente no contrato de credenciamento. Os serviços são prestados à empresa tomadora de serviços odontológicos em caráter *intuitu personae*. De modo expreso consta no acordo escrito estabelecido pelas partes, o nome, dados pessoais, RG, CPF do cirurgião-dentista que está franqueado a realizar o atendimento aos usuários (vide anexo 4 – Contratado Life/Formulário/identificação da contratada). A qualificação da parte contratada tem interpretação restritiva. Entendendo-se não ser possível ao credenciado ser substituído por outro profissional ainda que seja apto tecnicamente àquele atendimento.

O dentista credenciado tem seu nome, endereço profissional, telefone de marcação de consulta, titulação acadêmica e serviços disponibilizados em direcionamentos telefônicos, portais eletrônicos e manuais. A operadora do plano de saúde publiciza os dados profissionais pessoais do odontólogo referenciado a sua carteira de clientes a fim de proporcionar liberalidade e praticidade na escolha do profissional executante.

Prosseguindo, a observação da existência da pessoalidade na prestação de serviços odontológicos, apresentando-se, exemplificadamente, uma intercorrência superveniente, seria possível em abstrato, na situação de dentista autônomo, fazer-se substituir por outro odontólogo com qualificações profissionais similares em aquiescência do paciente. Na relação de credenciamento, essa substituição, já não poderia acontecer. O contrato restringe o trabalho na pessoa daquele profissional. Há uma sujeição contratual que impõe juridicamente, que aquela prestação de serviços seja efetivada apenas pelo contratado. É uma nítida aproximação ao contrato de emprego, no que tange a pessoalidade.

Ainda sob o prisma do usuário, quando ele decide agendar sua consulta, ele busca por mais informações pessoais do dentista executante, como arguir a secretária deste, sobre a sua pontualidade, temperamento e confirmação de especialidades. Ultrapassado a primeira consulta é comum e desejado, que esse laço de pessoalidade

tenda a se intensificar. Estabelece-se empatia, confiança, conhecimento da história clínica, traumas, hábitos e relatos particulares típicos de uma relação humanizada. Se acontecer, algo superveniente, que impeça esse dentista de trabalhar, impedindo-o de prestar àquela consulta, mesmo que ele envie um substituto, faculta-se ao paciente a aceitação daquela substituição.

Nos serviços odontológicos, a natureza do relacionamento entre paciente e dentista é personalíssima, é uma relação peculiar distinta das demais relações comerciais, conforme enfatiza resolução do Conselho Feral de Odontologia:

“A natureza personalíssima da relação paciente/profissional na atividade odontológica visa demonstrar e reafirmar, através do cumprimento dos pressupostos estabelecidos por este Código de Ética, divergindo de outras relações comerciais” (CFO 118, art.4, 2003).

Ainda que o usuário do plano assinta com a substituição, o dentista credenciado precisaria de autorização do tomador para realiza-la. Visto que, o contrato limitou à sua pessoa, o encargo daquela atividade. A contratação decorreu da confiança, de características pessoais daquele trabalhador específico e desta seleção personalíssima foi estabelecida a contraprestação remuneratória. Um trabalhador substituto teria com a tomadora de serviços uma relação jurídica nova, entendendo-se o contrato de trabalho com o prestador como suspenso ou interrompido. A substituição aleatória do contratado, desprovida de autorização da contratante poderia caracterizar fraude na execução da atividade laboral.

Em se abordando que a substituição fosse uma situação permitida, teria que ser esporádico, pontual que assim como ocorre na típica relação de emprego, não caracteriza o rompimento do vínculo empregatício.

Percebe-se que a pessoalidade do trabalhador-prestador de serviços faz-se necessária. Os contratos de credenciamento são *intuitu personae*. As substituições, em caráter excepcional, ensejariam aquiescência da operadora e paciente, para ser admitida, coadunando com o entendimento de Leite:

O contrato de trabalho é, via de regra, *intuitu personae* com relação ao empregado, que é sempre pessoa física. Vale dizer, o empregado deve prestar pessoalmente o trabalho e somente em casos excepcionais, com consentimento tácito ou expresso, do empregador têm-se admitido a

substituição do prestador de trabalho. Não há, porém, pessoalidade em relação ao empregador, que pode ser pessoa física ou jurídica ou ainda ente despersonalizado, como massa falida (LEITE, 2017, p.162).

Intervindo a morte do profissional contratado, se extingue automaticamente o pacto de credenciamento. Não há que se falar em transmissão da obrigação trabalhista a seus herdeiros ou sucessores. Sob o ângulo a existência do elemento fático pessoalidade repercute sequelas também no momento da extinção da obrigação laboral. Finaliza-se afirmando que a pessoalidade é característica desta relação trabalhista.

6.1.3 Da Existência da Não eventualidade

Analisando o terceiro requisito, as relações laborais, entre dentista e tomadora contratante, são marcadas pela ineventualidade. Primeiramente, discorre-se pelo fato de ser o contrato de credenciamento, um contrato firmado por tempo indeterminado. As partes têm como princípio a ideia de permanência, de continuidade no desenvolvimento da atividade trabalhista do odontólogo contratado. Vigora uma permanência indefinida do contrato de trabalho. Não é um trabalho temporário. O contrato de credenciamento, ou seu aditivo, consta de forma expressa, quais os dias da semana e horários que esses profissionais estarão disponíveis à prestação de trabalho à tomadora (vide anexo 4 – Contratos Life/formulário/locais e horários da prestação). Na vigência do contrato de credenciamento, o dentista trabalhará em respeito àquela jornada pactuada, disponibilizando e dispensando os seus serviços em prol da operadora.

Esta disponibilidade temporal é, inicialmente, decidida pelo prestador, mas essa liberdade de escolha da sua própria jornada de trabalho é fictícia. Na prática, há interferência da empresa tomadora. Dificilmente, a operadora aceitaria efetivar como credenciado um prestador que apenas possa desenvolver sua atividade para àquela operadora, uma vez na semana ou que não cumpra uma escala fixa, contínua, não eventual de trabalho. A presença da fixação da continuidade no desenvolvimento da atividade do odontólogo é característica desejável à contratante, por priorizar

satisfazer seus usuários no sentido de regularidade e oferta de serviços. Essa circunstância tem similitude com a relação de empregado, na visão de Nascimento:

Já o empregado destina o seu trabalho de modo constante. Inalterável e permanente a um destinatário, de modo a manter uma constância no desenvolvimento da sua atividade em prol da mesma organização, suficiente para que um elo jurídico seja mantido, resultante muitas vezes, dessa mesma continuidade (NASCIMENTO, 2017, p. 669).

Há uma rotina de trabalho habitual, constante e regular pactuada entre as partes. A operadora precisa desta não eventualidade para disponibilizar de forma relativamente constante, um catálogo com máximas informações do rol de prestadores de serviços facilitando a liberalidade do usuário-cliente na escolha do seu dentista. Desde assinatura contratual é estabelecido o compromisso de constância, regularidade na prestação de serviço. Nesse entendimento, manifesta-se Cassar:

A expressão não eventual referida no art.3 da CLT deve ser interpretada sob a ótica do empregador, isto é, se a necessidade daquele tipo de serviço ou mão de obra é permanente ou acidental. Não se deve empregar a interpretação literal do referido dispositivo legal, pois conduz a falsa ilação de que o que é episódico e fortuito e o trabalho daquele empregado em relação ao tomador (CASSAR, 2011, p. 213).

Sob a ótica da necessidade do serviço, a prestação de serviços odontológicos não é uma atividade acidental, fortuito para às operadoras de planos odontológicos. É uma atividade essencial à existência do empreendimento, sendo de necessidade permanente para o negócio persistir. Arremata-se afirmando não ser possível qualificar a prestação de trabalho odontológico em regime referencial como algo esporádico. Desse modo, é forçoso concluir que a pessoalidade é característica desta relação trabalhista.

6.1.4 Trabalho Prestado por Pessoa Física

Um dos itens identificadores da relação de emprego é ser pessoa física. A odontologia é uma profissão que possibilita ao dentista exercê-la como trabalhador autônomo, visto que é um profissional liberal.

É permitido ao dentista realizar sua inscrição em município para prestação de serviços com uso de sua pessoa física, utilizando-se de seu número de cadastro de pessoas físicas (CPF) para empreender seu ofício e repassar informações financeiras e contábeis à receita federal, desenvolvendo o seu negócio sob esta situação jurídica. Os cirurgiões-dentistas podem na condição de pessoa física exercer seu ofício como autônomo trabalhando sem subordinação, assumindo os riscos do empreendimento, bem como podem atuar como pessoa física, sendo empregado.

Também pode ser possível a essa categoria profissional optar pelo exercício da Odontologia na condição de pessoa jurídica, por motivos outros, como carga tributária e proteção de patrimônio pessoal. Algumas operadoras de planos de saúde têm exigido, como requisito para celebrar o contrato de credenciamento, que o dentista tenha constituído sua pessoa jurídica. A jurisprudência chama esse fenômeno de pejetização. Seria a tentativa de esquivar-se mais adiante, de uma arguição judicial de vínculo de emprego, visto que o Direito do trabalho tem como meta proteger a pessoa humana do trabalhador, e a pessoa jurídica associa-se a uma empresa. O manto de proteção da legislação justrabalhista não abarca as empresas. Neste contexto infirma Delgado:

A realidade concreta pode demonstrar uma simulação da roupagem da pessoa jurídica para encobrir uma prestação de serviços realizada por uma pessoa física específica. Se comprovado na situação *in situ* a existência de que o serviço é desenvolvido por uma pessoa física surge o elemento pessoa física, elemento-fático indispensável à relação de emprego (DELGADO, 2017, p. 315).

Situações de fraude neste requisito podem ser encontradas, fazendo-se necessário que sob a égide do princípio da realidade sob a forma se busque a verdade dos fatos em cada situação concreta. A jurisprudência assim tem se posicionado:

RELAÇÃO DE EMPREGO. "PEJOTIZAÇÃO". Verificado que a relação de trabalho pactuada entre o reclamante e a reclamada preenche os requisitos insculpidos nos artigos 2º e 3º da Consolidação das Leis de trabalho, impõe-

se o reconhecimento do vínculo empregatício, sem prejuízo do recebimento de todas as verbas daí decorrentes. Anula-se, por consequência, o fenômeno da "**pejotização**", pelo qual se constitui uma empresa em nome do trabalhador com o escopo de desvirtuar a relação de emprego e se eximir dos encargos trabalhistas. Recurso ordinário interposto pelo reclamante conhecido e provido parcialmente.

(TRT-11 00012524020155110015, Relator: JORGE ALVARO MARQUES GUEDES, Gabinete do Desembargador Jorge Alvaro Marques Guedes).

Ocorre que a exigibilidade de pejotização, nos contratos de credenciamento odontológico, geralmente, sofre fragmentação e se perde em sua finalidade indevida, pois até mesmo nos contratos de pessoa jurídica, há em cláusulas contratuais ou em aditivos, a menção específica de quem são os profissionais habilitados a proceder à tarefa de atendimento de seus usuários, evidenciando a figura da personalidade na prestação dos serviços.

6.1.5 Da Existência da Subordinação

Na análise de requisito de emprego, a subordinação é o ponto de maior destaque desta investigação. Os fatos, descritos a seguir, se propõem a demonstrar a existência da subordinação jurídica em sua dimensão objetiva e em seu aspecto econômico como presente na relação laboral entre dentistas e operadoras de planos de saúde.

O nicho de trabalho odontológico está em crise. O quantitativo de profissionais por habitantes é desrazoável, com uma oferta grande de profissionais passa a existir grande competitividade na iniciativa privada, os valores de honorários se reduzem drasticamente, as ofertas de empregos se tornam extremamente disputadas, o alarmante crescimento das empresas de Odontologia de grupo, promovendo escassez da clientela particular, aliada à recessão econômica do país são alguns dos fatores que colocam os trabalhadores odontólogos em situação de relativa vulnerabilidade e hipossuficiência perante operadoras de planos de saúde. Sustenta Mendes:

Predomina na Odontologia atual, os consultórios mantidos, quase que exclusivamente, pelo fluxo de pacientes oriundos de operadoras de planos de saúde. Houve uma inversão no modo de exercer a odontologia, antes eram os pacientes

particulares que pagavam diretamente ao dentista pelo tratamento executado (MENDES, 2005, p. 66).

O credenciamento significa dizer, que esses dentistas estarão habilitados a prestar seus serviços à carteira de clientes da operadora. É uma maneira de conseguir manter-se no mercado de trabalho. A responsabilidade pela publicidade e captação de clientes, em regra, fica para a empresa operadora que também se compromete a pagar a retribuição pelo desenvolvimento da atividade laboral do odontólogo.

Na situação econômica hodierna, os grupos e conglomerados econômicos têm atuado de forma persuasiva no mercado financeiro interno e internacional. Se a força do capital tem afetado e influenciando até mesmo a política e planos econômicos de grandes nações, seria incoerente, negar que os trabalhadores autônomos também não sofressem ingerência e pressão desta força capitalista.

Primeiramente, ainda na fase pré-contratual entre os dois sujeitos envolvidos, é disponibilizado o contrato padrão de credenciamento. É um contrato de adesão. Todas as cláusulas foram ditadas pela empresa operadora, o mais forte da relação trabalhista. Para o dentista candidato a ser credenciado, há apenas duas opções: aceitar ou não as condições ali estabelecidas.

O contexto atual desfavorável à atuação direta do dentista no mercado de trabalho como profissional liberal/autônomo o impulsiona a sujeitar-se às condições impostas pelo tomador. A ideia de que o trabalhador autônomo trabalha porque “gosta” ou “trabalha se quiser” é uma ideia romântica sobre o processo laboral. O trabalhador odontólogo faz o seu labor porque precisa manter a sua subsistência e condição social. Neste momento, de tratativas contratuais o que faz o dentista celebrar um contrato com cláusulas não consensuais e por vezes abusivas, a acolher antecipadamente um poder diretivo pormenorizado e a anuir com uma contraprestação remunerativa reduzida, é a sua subordinação jurídica em seu aspecto econômico.

Segue-se com a abordagem da presença da subordinação jurídica sob o prisma de suas dimensões na prestação de serviços odontológicos às operadoras de saúde. Não há para esses trabalhadores, liberdade do lugar, tempo e em especial, no modo de execução do seu serviço. A presença de subordinação é amplamente passiva à comprovação.

O paradigma se afasta do enquadramento em parassubordinação, criação doutrinária italiana, não recepcionada no Brasil, que defende um terceiro tipo de relação de trabalho, visto ser um meio termo entre o trabalho autônomo e o trabalho subordinado/emprego. No entanto, o paradigma em investigação não é de mera mitigação da autonomia funcional. Entende-se que a autonomia funcional foi retirada desta prestação de serviços.

Verificam-se, alguns autores, a exemplo de Pinto, a defender, apesar de tudo o que foi exposto acima, o enquadramento desta subordinação sob o viés da dimensão de parassubordinação, interpretando que a autonomia dos cirurgiões-dentistas referenciados subsiste ainda que diluída com o poder organizativo do tomador de serviços. O desenvolvimento da atividade odontológica seria em coordenação com o seu contratante. Segue sustentação de Pinto:

O trabalhador desenvolve atividade cooperativa em prol da empresa e nos moldes da não eventualidade, sem que ocorra redução à submissão jurídica da energia pessoal. Efetiva um contrato de trabalho individual em condição de inferioridade econômica o que prejudica a sua autonomia da vontade. Sugere-se uma tutela diferenciada da legislação trabalhista, maior que a do legítimo trabalhador autônomo, justificada pela aproximação da condição de sujeição à subordinação jurídica (PINTO, 2007, p. 138).

Na situação *in loco*, o tomador de serviços não se limita a dar informações generalistas sobre como quer os serviços contratados. A orientação de como fazer a prestação de serviços é minuciosa, de como portar-se ante ao usuário, o de fiscalizar de forma direta e indireta em sua atividade laboral e o de disciplinar.

A situação descritiva que passar-se cuidadosamente a examinar visa a demonstrar a existência da subordinação jurídica na dimensão objetiva e ainda sob influência do seu aspecto econômico na relação trabalhista analisada. O dentista disponibiliza sua força laboral e a tomadora de serviços dirige, fiscaliza e disciplina o *modus operandi* dos serviços prestados em prol de sua organização.

Por vezes, isso acontece de forma tão criteriosa a seus interesses empresariais, que há confronto com normas especiais que regulamentam o exercício da Odontologia. O dentista credenciado tem sua autonomia laboral afastada em diversos momentos da prestação de serviços odontológicos via Odontologia de grupo, situação essa que se incompatibiliza com os atos normativos da entidade de classe da categoria.

As operadoras de planos odontológicos instituem de forma muito particular a sua normatização de atendimento, que é o modo como o dentista prestador deve realizar a sua tarefa. O manual do referenciado é um complemento do contrato de credenciamento e ali faz constar que são “regras” e orientações de atendimentos e procedimentos a serem seguidos como cláusulas contratuais pelo credenciado (vide anexo 1 – Manual Referenciado Odonto Empresas).

Em determinados serviços da cobertura operacional, geralmente, da especialidade de prótese dental e cirurgia, o dentista contratado não tem liberdade para efetuar o diagnóstico, planejamento e a execução daqueles serviços. A empresa tomadora impõe que relatórios sejam redigidos, realize radiografias e envie toda essa documentação ao seu departamento de auditoria interna. Os auditores da operadora realizam, de forma indireta, um diagnóstico e planejamento do caso clínico enviado e caso divirja da opinião do dentista clínico, nega a liberação da senha de atendimento, e o instrui a adotar outro tipo de conduta-tratamento para a questão. Essa postura se incompatibiliza com a norma especial emitida por órgão de classe:

Diagnosticar, planejar e executar tratamentos é direito fundamental dos dentistas (CFO 42, art. 5, I, 2003).

Resta ao prestador, acatar a deliberação do dentista auditor, visto que se realizar o serviço sem aval da tomadora, não terá como exigir pagamento de honorários daquele evento. Essa situação expressa de modo claro a inexistência de autonomia na relação laboral dos cirurgiões-dentistas referenciados.

Ainda sobre os serviços destas especialidades, tem-se que, na hipótese de o auditor consentir com a execução do serviço, o odontólogo prestador precisará anexar à guia de cobrança do procedimento, radiografia inicial como comprovação da necessidade do tratamento e radiografia final como certificação da execução do procedimento, para que seja auditado o padrão de qualidade técnica da operadora e a própria realização efetiva do serviço cobrado.

Situação assemelhada acontece com alguns procedimentos da especialidade de dentística restauradora – ramo da odontologia destinada à realização de restaurações recuperando a funcionalidade e anatomia dental. Independentemente, de o dentista ter certeza pessoal da necessidade de tratamento, seja por existência de cárie ou

fratura, a norma diretiva do tomador, é que esse profissional comprove em imagem a necessidade de realização daquele tratamento.

Essa prova administrativa pode ser feita via radiografia ou via fotografia. A possibilidade, da aceitação do uso da fotografia para efeito de perícia administrativa pela empresa contratante, é algo relativamente recente. Essa mudança adveio, após muita insatisfação da categoria, queixando-se junto à entidade de classe, do uso marginal do exame radiológico, expondo a equipe odontológica e o paciente aos efeitos cumulativos da radiação desnecessária. O Conselho Federal de Odontologia emitiu resolução, com expressa proibição ao uso da radiação ionizante para fins administrativos:

“Fica vedado o uso indiscriminado de RaioX com finalidade, exclusivamente, administrativa em substituição à perícia/auditoria aos serviços odontológicos” (CFO 102, art.1, 2010).

Até o momento atual, a prática da comprovação da necessidade de tratamento por uso de radiação ionizante ainda é corriqueira entre os dentistas credenciados. Os dispositivos usados para realização de fotografia aliados à dificuldade para captar imagem com a riqueza de detalhes exigida para uma inspeção de auditoria, desmotivam a adoção da fotografia como meio de prova e perpetua a comprovação radiológica como meio de maior alcance de levar ao tomador as informações técnicas inquiridas. Os dentistas perceberam por vivência prática, que a inclusão da aceitação da fotografia como ferramenta probatória, foi apenas um alibi de adequação de conduta das operadoras às determinações do CFO.

No caso concreto, grande parte das fotografias enviadas com finalidade pericial tem provocado glosa - não pagamento - pela operadora-tomadora, sob a alegação de que não se consegue visualizar aspectos importantes com a imagem enviada, gerando insegurança financeira ao dentista credenciado. Entende-se como dito nas entrelinhas, que se o prestador quiser ter mais segurança de que irá receber seus honorários, continue realizando a comprovação por meio radiológico.

No quesito remuneração, conforme já abordado no subtópico da existência de onerosidade, o profissional está sujeito à oferta de remuneração realizada pela operadora. Pequenas variações apenas acontecem em relação ao grau de titulação

acadêmica do dentista. Não há diferenciação da remuneração, em razão de localização, disponibilidade de trabalho, estrutura física ou equipamentos.

Até recentemente, esses valores acordados contratualmente com a celebração do pacto eram fixados e mantidos por tempo indeterminado, sem sequer sofrer uma atualização da tabela por perda de valor econômico frente à inflação. Não existia um respaldo na força laboral do prestador para discutir reajustes. Os termos financeiros eram ditados, caso o trabalhador dentista, com eles não concordasse, pedisse o seu desligamento da rede credenciada, pois com o contingente de dentistas disponíveis no mercado, essa lacuna de trabalho não encontraria dificuldade em ser preenchida.

Isso provocava afetação no equilíbrio financeiro do contrato de credenciamento. Prejudicando a remuneração do prestador que perdia o valor econômico de sua força laboral. Devido à sua condição de subordinação, tal trabalhador não tinha condições de se defender adequadamente da usurpação capitalista das empresas de Odontologia de grupo. Tornou-se necessário que a ANS legislasse, obrigando as operadoras a instituir um índice de reajuste anual. Imagina-se que a agência reguladora, de alguma forma, percebeu a hipossuficiência (subordinação) destes trabalhadores em equacionar essa questão junto às empresas de Odontologia de grupo.

Outro ponto de vista, sobre a subordinação afetando a remuneração está na retenção da remuneração por parte do tomador. Sob a denominação de glosa, ocorre nas situações em que o parecer da auditoria acusou alguma inconformidade na forma de preencher a guia de cobrança ou inconformidade técnica do serviço prestado e também em atrasos no pagamento de serviços auditados. Na primeira situação, o trabalhador incidir em infração ética de trabalho gratuito, no entanto, ele é passivo à exploração de seu labor, não há insurgência, pois, encoberto pela subordinação jurídica, teme ter ver seu contrato de trabalho rescindido unilateralmente.

É habitual a existência de atrasos na liberação da remuneração do prestador credenciado. As operadoras descumprem a cláusula contratual que estipula o período de pagamento dos honorários, sem qualquer justificativa plausível ou posterior atualização financeira do montante devido. O odontólogo se vê impotente diante do fato. Ao contatar, sistematicamente, o departamento financeiro da empresa de saúde suplementar, é orientado, sem mais delongas, a aguardar. A contraprestação pelo seu labor, que ora seria obrigacional, transfigura-se em “benesse” estando assim, à mera

liberalidade do tomador decidir o momento oportuno a si para adimplir com a obrigação. A explicação para essas arbitrariedades: falta de reajuste contratual, retenção de pagamentos, atrasos de pagamentos é a certeza da operadora de que realiza subordinação jurídica, dimensão objetiva em seu aspecto econômico na relação trabalhista com os profissionais.

Continuando o estudo da existência da subordinação, se a condição da superveniência afetar a execução do trabalho não eventual, tem-se que, incidirão repercussões na relação laboral pelo inadimplemento contratual. O ponto crucial das intercorrências aqui levantadas é que estabelecido o período de trabalho e por algum motivo esse prestador não o cumpre, ou faz substituir-se sem consentimento do tomador e chegam ao conhecimento do tomador essas situações, via ouvidoria cliente ou denúncia, a empresa contratante atuará arguindo ao prestador o porquê da “eventualidade” na prestação dos serviços e da ruptura da pessoalidade. As intercorrências precisarão ser explicadas à operadora, que fará um histórico de episódios relacionados ao dentista prestador, a fim de mais adiante, adotar medidas disciplinares ao caso concreto.

Importante revelar que o poder disciplinar das operadoras sob a sua rede referenciada se substancia na advertência, suspensão do contrato, na extinção do contrato de prestação de serviços, notificação perante órgão responsável pela parte do profissional e até mesmo, retenção de montante financeiro auditado como serviço prestado. Não há nos manuais de credenciamento, menção a contraditório e ampla defesa.

A extinção do contrato de credenciamento é outro momento de evidência da subordinação jurídica objetiva. A ANS não disciplina de modo efetivo a ruptura do contrato com os prestadores de serviços odontológicos. O desc credenciamento pode acontecer sem grandes explicações do por quê. Basta que se proceda a comunicação escrita ao prestador, dando-lhe um tempo mínimo para término dos tratamentos já iniciados. A motivação não precisa ser externada para homologação em nenhum órgão regulatório ou de representação da classe.

Com isso, a rescisão contratual unilateral oriunda da operadora, geralmente, tem como causa padrão adotada, o dito redimensionamento da rede, situação de planejamento da organização empresarial, no entanto, em veracidade, ela pode

mascarar uma implícita penalidade a uma conduta ou omissão insubordinada do trabalhador.

Outro exame a ser realizado no estudo da subordinação nas relações entre credenciado e empresas operadoras, é o fato da limitação do direito fundamental do dentista realizar seu diagnóstico, planejamento e execução de tratamento com convicção livre, observando o estado presente da ciência odontológica e sua dignidade profissional.

As empresas de Odontologia de grupo perquirem se o cirurgião-dentista está oferecendo seus préstimos à sua carteira de clientes na modalidade direta, profissional liberal/autônomo. Ocorre que, a ciência odontológica transforma-se continuamente, surgindo materiais odontológicos, técnicas e tratamentos diferenciados. O odontólogo tem o dever legal de informar ao cliente todas as possibilidades de tratamento, isto inclui produtos, técnicas e alternativas de condutas, incorreria em inobservância ao seu dever fundamental de zelo pela saúde do paciente, é incompatível com o código de ética odontológica portar-se de forma silente, restringindo “o tratamento” às opções de cobertura do plano do usuário. Diz o CFO:

É infração ética no quesito relacionamento com o paciente deixar de esclarecer os propósitos, riscos, custos e alternativas de tratamento (CFO 42, art. 7, IV, 2003).

Sendo o tratamento odontológico, predominantemente, eletivo é facultado ao paciente, deliberar por essa escolha em seu caso concreto. No entanto, as operadoras de saúde suplementar interpretam tal conduta como infração contratual, ameaçando-os com aplicação de penalidades.

Esta postura do tomador de serviço coaduna com a comprovação da presença da subordinação objetiva entre as partes envolvidas. Faz-se oportuna, a explanação de Cairo Junior:

A natureza da subordinação é jurídica. A gênese desta subordinação está no contrato de trabalho; o empregado mitiga sua liberdade de execução de serviços, e entrega para o empregador a propriedade do seu resultado (CAIRO JUNIOR, 2009, p. 213).

Percebe-se ante o exposto, a existência da subordinação jurídica, em sua dimensão objetiva. Coadunando-se com o entendimento de Garcia:

Não basta a constatação do trabalhador está integrado à organização empresarial é preciso que coexista a sua sujeição à diretiva do empregador acerca da prestação de serviços e do seu exercício disciplinar (BARROS, 2011, p. 224-225).

Finaliza-se no bojo deste enfrentamento temático crítico reflexivo, com a insistente afirmação da hipossuficiência relativa dos dentistas antecedendo a própria contratação com postura de acolhimento ao poder diretivo do tomador de serviços antes mesmo deste ser emanado, da inexistência da igualdade material entre as partes e da interferência na livre manifestação da vontade.

Essas condições perpetuam-se após a instituição do contrato de credenciamento e conseqüente integração do prestador à organização empresarial e é acrescido o temor reverencial de rescisão contratual unilateral o que causaria a perda do posto de trabalho, corroborando para que o trabalhador odontólogo submeta-se com resignação às arbitrariedades, às penalidades do poder sancionador e a perda da autonomia. Arremata-se pela existência da subordinação jurídica, dimensão objetiva. Conclui-se pela presença dos cinco elementos fáticos caracterizadores de emprego. Ultima-se pela possibilidade de caracterização de vínculo de emprego entre dentista da rede credenciada de operadora de plano de saúde.

6.2 REPERCUSSÕES DA CARACTERIZAÇÃO EMPREGATÍCIA ENTRE DENTISTA E OPERADORA DE SAÚDE

6.2.1 No Direito do Trabalho

A mudança de interpretação da relação de trabalho entre dentistas credenciados e às operadoras de planos de saúde causaria grande repercussão trabalhista. Não seria preciso a elaboração de uma matriz teórica diferenciada para a justificação de uma mudança jurisprudencial, visto que o caso em paradigma demonstra um falseamento da realidade objetiva bastando a aplicação protetiva a estes trabalhadores do manto protetivo do Direito do Trabalho, utilizando-se da interpretação hermenêutica com aplicação dos princípios especiais do direito do trabalho como o princípio da proteção, da primazia da forma sobre a realidade e o do princípio da Irrenunciabilidade aliados

às regras e institutos justralhistas desfazendo a fraude sistemática que atinge essa relação de trabalho.

Urge que o Direito do Trabalho não se omita a controlar essas relações laborais das empresas de Odontologia de grupo e sua rede credenciada. Empresas de porte médio ou conglomerados econômicos que desconhecem crise econômica. O setor apresenta expansivo e progressivo crescimento no mercado econômico e essa bonança não decorre exclusivamente de uma política salutar de marketing, captação de clientes e gestão gerencial otimizada. O promissor mercado de Odontologia suplementar é infelizmente, sustentado sob o lastro da aviltante exploração dos trabalhadores odontólogos. Há um conjunto de situações envolvidas apontando a ilegalidade no liame capital versus trabalho. O estudo ora esboçado não evidencia um caso em particular. A conduta das operadoras tomadoras de serviços odontológicos é uma prática sistemática reiterada. É toda uma coletividade de cirurgiões-dentistas sendo manobrados ficticiamente, como trabalhadores autônomos, sendo que na realidade concreta, entregam sua força de labor como legítimos empregados, contudo, não gozam dos direitos trabalhistas cabíveis. Fixar controles e instituindo respeito mútuo e boas práticas a esse microssistema faz-se preciso, a fim de corrigir formas maléficas e indevidas do uso da mão de obra pelo autoritário capitalismo vigente dos operadores de saúde suplementar.

6.2.2 Mercado de Trabalho Odontológico

O mercado de trabalho está saturado. Existe descompasso entre o quantitativo de dentistas e o número de habitantes. O sistema público de saúde – SUS- não é capaz de absorver a mão de obra que progressivamente chega ao mercado. A Odontologia como ramo predominantemente, eletivo não oportuniza vagas de empregos formais em empresas privadas. A atuação como profissional liberal se tornou extremamente dificultosa vista a escassez de pacientes particulares.

Os recém-chegados na carreira são quem mais sentem a força da ausência de emprego, sendo impelidos a aceitar oportunidades de trabalhos ruins como a situação

de trabalho como um referenciado de uma operadora de plano odontológico, nos moldes na época presente.

Os impactos, de um reconhecimento de vínculo de emprego dos dentistas credenciados, que labutam sob as atuais normas de trabalho impostas pelas operadoras de planos de saúde, seriam extremamente positivos para a classe odontológica.

Uma mudança de postura jurisprudencial sobre o tema em análise, reconhecendo a existência de emprego destes trabalhadores com a operadora, formalizaria os empregos destes odontólogos propiciando o gozo dos direitos trabalhistas, a não assunção de riscos da atividade, amenizaria os efeitos do desemprego para esse nicho classista e repercutiria positivamente para a economia, por gerar emprego e renda.

Concretizado o ajuste da situação trabalhista ao *status* de empregado é preciso reconhecer que essa situação não desnatura a sua condição de odontólogo habilitado, inscrito no conselho de classe, e regido pelas normas especiais que regulam o exercício da ciência odontológica. A subordinação jurídica e consequente extinção de sua autonomia funcional sofre limitação à obediência às normas compatíveis a esse microssistema jurídico.

A correção jurídica da ilegalidade laboral a que se submetem os odontólogos referenciados às Empresas de saúde suplementar viria a proporcionar justiça e harmonização a essa relação trabalhista.

6.2.3 Impactos para as empresas de Odontologia de grupo

As empresas de Odontologia de grupo precisariam se ajustar à nova situação trabalhista que instituisse a relação de emprego com sua rede credenciada. Cabendo imediata formalização do reconhecimento da relação empregatícia, com documentação em carteira de trabalho retroagindo às datas de assinatura dos contratos de credenciamento, pagamento de encargos e multas trabalhistas, férias, 13º salário, recolhimento de FGTS podendo ser ainda pleiteado o pagamento de indenização pelos dentistas prejudicados. As leis específicas que regulam o exercício de todos os profissionais e “empresas” inscritas nos conselhos de classe são limites ao poder diretivo destas organizações empresariais, requerendo compatibilidade das regras e orientações patronais às normas especiais.

A repercussão financeira desta nova circunstância seria significativa. Ensejando uma ampla reorganização empresarial para adaptar-se ao novo liame com seus trabalhadores. Isso poderia repercutir, de algum modo no consumidor final, que poderia suportar o ônus da nova despesa implementada.

Os valores de mensalidade, atualmente vigentes, para o usuário gozar dos benefícios de assistência odontológica são absurdamente reduzidos. Isso se sustenta, justamente, pelo fato destas empresas operadoras de saúde suplementar, manterem suas atividades no lastro da ocultação, na fraude na relação com sua mão de obra da rede credenciada. Encobrendo sua responsabilidade trabalhista perante essa classe trabalhadora.

Um novo entendimento judicial poderia provocar nas operadoras de planos odontológicos uma mudança interna em sua política de relacionamento com rede credenciada, destituindo a subordinação jurídica ora existente, e operacionalizando sua atividade econômica com justo respeito à autonomia funcional dos cirurgiões-dentistas referenciados iniciando com isso, um salutar relacionamento de prestação de serviços entre trabalhadores autônomos e a organização empresarial tomadora dos serviços.

Seria provável, também, que tais empresas sentissem os efeitos da recessão econômica e reduzissem seus indicadores de crescimento financeiro e mercadológico.

As leis trabalhistas são imperativas e cogentes atingindo a todos, não haveria por que agir diferente com esse setor econômico.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O objeto desta pesquisa foi desenvolvido sob o lastro da vivência pessoal de 16 anos de trabalho em labor odontológico como prestadora de serviços para diversas operadoras de planos de saúde, o que justifica a escolha do paradigma. A busca e investigação na literatura científica abordando a matéria sobre a perspectiva normativa do Direito do Trabalho fundamentaram a pesquisa do presente trabalho científico

A percepção de mundo acadêmico foi instigada, numa busca por conhecimento que viessem a corroborar não apenas para esse estudo individualmente, mas tentar, cooperar de modo muito objetivo com a classe jurídica e acadêmica na prospecção de informações de um nicho de trabalho que, progressivamente, expande-se sem um atencioso olhar jurídico na questão.

É excludente julgar ser de cabimento exclusivo do profissional cirurgião-dentista se insurgir à subordinação jurídica imposta pelo seu opressor, valorizando sua atividade e resgatando sua autonomia funcional. Os contornos da relação laboral odontológica versus empresas de odontologia de grupo têm sido construída sobre uma condição de vulnerabilidade socioeconômica.

Relações trabalhistas marginalizadas propiciam abuso na exploração do binômio capital versus trabalho e escondem relações de emprego sob a farsa de uma relação civilista. É preciso que os estudiosos do Direito do trabalho atenham um olhar vigilante na prestação do trabalho odontológico por dentistas credenciados frente a seus tomadores de serviços.

O embasamento teórico da evolução das relações trabalhistas e do próprio Direito do Trabalho foram alicerces para instrumentalizar o estudo. As relações de trabalho, em sentido amplo foram delineadas sob o enfoque dos princípios, que em harmonia com a Constituição, impulsionam o Estado a intervir regulando a exploração do trabalho humano, mantendo a meta de desenvolvimento econômico lastreado na diminuição das desigualdades e respeito à dignidade da pessoa.

A relação de emprego foi abordada com enfrentando da discussão sobre a sua natureza jurídica prevalecendo teoria contratualista moderna. Os sujeitos deste liame obrigacional: Empregador e empregado foram reconhecidos como atores sociais

deste liame de trabalho e os elementos fáticos caracterizadores de emprego exaltados. A sociedade sofre transformações ininterruptas, as relações humanas e laborais sentem seus impactos, mas tendo com o conhecimento destes temas internalizados no ser impede-se que valores sociais não se esvaziem para alinhar-se ao discurso de flexibilizar a exploração do trabalho para melhor competir.

Desse modo buscou essa investigação coletar e reunir informações do nicho laboral odontológico, expondo o liame relacional entre prestador e tomador de serviços, numa perspectiva de conexão aos conceitos e ideologias do Direito do Trabalho e sua subsunção ao caso paradigma.

A conduta sistemática de falseamento de uso de mão de obra autônoma pelas empresas de Odontologia suplementar precisa ser interrompida. Os operadores do Direito precisam ter a percepção desta ocorrência promovendo mudanças impactantes sobre a Justiça do Trabalho, os cirurgiões-dentistas credenciados e as operadoras de planos de saúde.

Conclui-se o presente trabalho pela fundamentação da ocorrência em massa de existência do vínculo de emprego nas relações de credenciamento entre odontólogos e operadoras de planos de saúde, com atenciosa demonstração da presença de cada um de seus elementos fáticos caracterizadores.

Finaliza-se a pesquisa científica com a expectativa de ter alcançado o seu propósito inicial de trazer informações peculiares e instigar provocações deste paradigma.

.

REFERÊNCIAS

AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR (Brasil). **Planos odontológicos: evolução, desafios e perspectivas para a regulação da saúde suplementar**. Disponível em: <http://www.ans.gov.br/images/stories/Materiais_para_pesquisa/Materiais_por_assunto/ProdEditorialANS_Planos_odontologicos.pdf>. Acesso em: 08 Out. 17.

ARAUJO, Mary. **Convênios odontológicos: visão dos cirurgiões-dentistas do Município de Duque de Caxias/RJ**. Rev. bras. odontol., Rio de Janeiro, v. 69, n. 2, p. 167, jul./dez. 2012.

AZEVEDO, Pedro Pontes de. **Vulnerabilidade e abusividade nos contratos civis e de consumo**. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XIV, n. 90, jul 2011. Disponível em : <<http://www.ambitojuridico.com.br/site>>. Acesso em: 20 abr 2018.

BARROS, Alice Monteiro. **Curso de Direito do trabalho**. 7 ed. São Paulo: LTr, p.213, 148-200, 207, 214, 221, 223-225, 2011.

_____. 8 ed. São Paulo: LTr, p. 44-45, 48-49, 50-51, 61-69, 146,172-173, 208, 212, 214, 224-225, 227, 250-251, 295-296, 2012.

BERNARDES, Hugo Gueiros. **Direito do trabalho v.1**. São Paulo: LTR, 1989.

BORGES, Andrei Lion Leandro da Silva. **A nulidade das cláusulas abusivas nos contratos de adesão**. Disponível em: <<https://andreilion.jusbrasil.com.br/artigos/441186030/a-nulidade-das-clausulas-abusivas-no-contrato-de-adesao>>. Acesso em fev 2018.

BRASIL. Decreto-Lei 5.452 de 1943.CLT. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm>. Acesso em 23 mai. 2018.

_____. Lei 13.003 de 2014. Planos de saúde. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2014/Lei/L13003.htm> . Acesso em: 18 de mai. 2018.

_____. Lei 13.429 de 2017. Lei da Terceirização. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13429.htm>. Acesso em: 22 mai 2018.

_____. Lei 13.467 de 2017. Reforma Trabalhista. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13467.htm> Acesso em: 24 mai. 2018.

_____. Lei 5.081 de 1966. Exercício da odontologia. Disponível em URL: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1960-1969/lei-5081-24-agosto-1966-364652-normaatuizada-pl.html>>. Acesso em: 22 mai. 2018.

_____. Lei 9.656 de 1988. Planos e seguros privados de assistência à saúde. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9656.htm>. Acesso em: 21 out 2018.

_____. Tribunal Regional do Trabalho. TRT-11 Recurso Ordinário – Proc. 00012524020155110015. Recorrente: Odil Medeiros da Rocha. Recorrido: Eram Estaleiro Rio Amazonas LTDA. Relator: Jorge Alvaro Marques Guedes. Gabinete do Desembargador Jorge Alvaro Marques Guedes. Disponível em: <<https://trt-11.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/406810580/12524020155110015>>. Acesso em: 24 mai. 2018.

CAIRO JR., José. **Curso de Direito do Trabalho**. 3 ed. Salvador: juspodivm, p. 213, 123, 2009.

_____. 7. ed. Salvador: Juspodivm, p. 353, 2012.

CAIXETA, Francisco Carlos Távora de Albuquerque. **Da responsabilidade civil do cirurgião-dentista**. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XI, n. 57, set 2008. Disponível em:

<http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=3104>. Acesso em: 24 maio 2018.

CAMARGO, Hélio Amâncio. **Sobrediagnóstico, sobretratamento, sobreintervenção**. Rev. Bras. Mastologia: 24(1): 1-3, 2014.

CARRION, Valentin. **Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho**. 36 ed., atual. São Paulo: Saraiva, p. 153, 2011.

CASSAR, Vólia Bonfim. **Direito do Trabalho**. 3 ed. Niterói: Impetus, p. 14-38, 142, 170-171, 209, 213, 219, 253, 267-269, 272, 2009.

CONSELHO FEDERAL DE ODONTOLOGIA RESOLUÇÃO 102 DE 2010. Disponível em:

<http://www.crosp.org.br/_fckeditor/file/Guia/RESOLU%C3%87%C3%83O%20CFO%20102-10.pdf>. Acesso em: 18 mai. de 2018.

_____. RESOLUÇÃO 118 DE 2012. Disponível em :

<<http://www.normaslegais.com.br/legislacao/resolucao-cfo-118-2012.htm>>. Acesso em: 22 mai. 2018.

_____. RESOLUÇÃO 42 DE 2003. Disponível em :

<http://143.107.206.201/restauradora/etica/c_etica/ceo_05_03.html>. Acesso em 18 mai. 2018.

CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988. 42. ed. – Brasília. Câmara dos Deputados: Câmara, 2014.

COSTA, Helcio Mendes. **A evolução histórica do direito do trabalho, geral e no Brasil**. Juris Way, Belo Horizonte, out/2010. Disponível

em: <https://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=4553>. Acesso em: 21 out. 2017.

CRUZ, Adson Pereira da. **Princípios do direito do trabalho**. Disponível em: <<https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/9565/principios-do-direito-do-trabalho>>. Acesso em: em 21 out. 2017.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 14 ed. São Paulo: LTr, p. 31, 33, 214, 239, 247, 307, 313-16, 331, 378-379, 434, 443, 2015.
_____. 16. ed. São Paulo: LTr, p. 54-59, 88, 211-212, 216-217, 225-226, 295-296, 310-317, 314-331, 333-344, 2017.

_____. 17 ed. LTr. P. 354-367; 397-401. São Paulo. Janeiro/2018.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo Dicionário da Língua Portuguesa**. 2. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, p.1621,1986. In: DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do Trabalho**. 16. ed. São Paulo: LTr, p. 325, 2017.

FRANCISCHINI, Nadialice. **Revista de Direito**. Disponível em: <<http://revistadireito.com>>. Acesso em 10 de set. 2017.

FRANCO FILHO, Georgenor de Sousa. **Ética, Direito & Justiça**. Salvador: LTr, p.48, 2004.

FUNDAÇÃO ORLANDO GOMES. **Prêmio Luís Tarquínio: direito do trabalho e previdência social**. Salvador: Edições Jurídicas, 2014.

GARCIA, Gustavo Felipe. **Curso de Direito do Trabalho**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, p.30, 32-33, 100, 136-137,148,150, 313, 2015.

_____. **Curso de direito do trabalho**. 11 ed., Rio de Janeiro: Forense, p.94-99, 101, 148,149-150, 159-162, 2017.

GARCIA, Patrícia Petromilli Nordi Sarsso. **Condições de Trabalho e Satisfação de Cirurgiões-Dentistas Credenciados por Convênios Odontológicos**. Revista de odontologia da UNESP, 33 (3): 115-22 2004.

GOMES, Orlando. **Contratos**. 26º Ed. Rio de Janeiro: Editora Forense. p. 76, 52, 2007.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de direito do Trabalho**. 8. ed.. São Paulo: Saraiva p. 33, 169,163, 2017.

MALLET, Estevão. **Prática de Direito do Trabalho**. 1ed. São Paulo: LTr, p.25, 2008.

MARTINEZ, Luciano. **Curso de Direito do Trabalho**. 6ºed. São Paulo: Saraiva, p.59, 68-69, 96, 159, 161-163, 198, 205, 2015.

MARTINS, Sergio Pinto. **Direito do Trabalho**. 29. ed. São Paulo: Atlas, p. 107, 2013.

_____. **Direito do trabalho**. 31 ed. São Paulo: Atlas, p.4-13, 32, 73, 107-108, 2015.

MENDES, Haroldo José. **A relação entre os cirurgiões-dentistas e as operadoras de planos de Saúde no município de Bauru-SP** [dissertação]. Bauru (SP): Faculdade de Odontologia de Bauru: 2005.

MIESSA, Élisson, *et al.* **CLT Comparada: com a reforma trabalhista**. Salvador: Juspodivm, 2017.

MINISTÉRIO DA SAÚDE. **Diretrizes básicas de proteção radiológica em radiodiagnóstico médico e odontológico**. Portaria Federal 453 - ANVISA. Diário Oficial da União, Brasília, Brasil, 02/06/1998. Disponível em: <http://www.anvisa.gov.br/anvisa/legis/portarias/453_98.htm>. Acesso em: 15 abr. 2018.

MONTOYA MELGAR, Alfredo. **Decreto del Trabajo**. Madrid: Tecnos, 2003, p.35. In: BARROS, Alice Monteiro. **Curso de Direito do Trabalho**. 8. ed. São Paulo: LTr, p.173, 2012.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de direito do trabalho**. 24. ed. São Paulo: Saraiva, p. 10-21, 30, 47, 82, 183, 470, 611, 613, 2009.

_____. **Curso de direito do trabalho**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, p. 975, 665, 669, 2012.

NETO, Francisco Ferreira Jorge. **Manual de Direito do Trabalho**. 4ªed. São Paulo: Atlas, p.18-21,116, 2017.

OST, Stelamaris. Trabalho autônomo. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XI, n. 51, mar 2008. Disponível em: < http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=4755>. Acesso em: 17 abr. 2018.

PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Questões controvertidas do direito do trabalho**. 2. ed. Belo Horizonte: Ciências Jurídicas, p.66-67, 1999.

PÉREZ PATON, Roberto. **Principios de Derecho Social y de Legislación del Trabajo**. Buenos Aires: Arayú, p.61, 1945. In: BARRROS, Alice Monteiro. **Curso de Direito do Trabalho**. 8 ed. São Paulo: LTr, p.35, 2012.

PINTO, José Augusto Rodrigues. **Tratado de direito material do trabalho**. São Paulo: LTr, p.118-121, 148, 2007.

REIS, J. T. **História do trabalho e seu conceito**. 2002. Disponível em: <<http://blog.newtonpaiva.br/direito/wp-content/uploads/2012/08/PDF-D6-10.pdf>>. Acesso em: 21 mar 2015.

TEIXEIRA, Luana Cordeiro. Aplicabilidade da teoria da subordinação estrutural. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 19, n. 4098, 20 set. 2014. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/29547>>. Acesso em: 24 maio 2018.

Vade Mecum Acadêmico de Direito. 2018.

ANEXOS

Anexo 1 – Manual do Referenciado Odonto Empresas

Anexo 2 – Contrato de credenciamento OdontoBase

Anexo 3 – Contrato SERMED

Anexo 4 – Contrato Life/Anexo/formulário

Anexo 5 – Solicitação Credenciamento Unimed