



Gustavo Garcia: Recontratação de empregado na Covid-19

Discute-se a respeito da possibilidade de recontratação de empregado que teve o contrato de trabalho extinto, em especial durante a atual situação de emergência de saúde pública decorrente do coronavírus. No plano administrativo, a Portaria 384 de 19 de junho de 1992, do Ministério do Trabalho versa sobre o tratamento do FGTS em fraude à lei.



A inspeção do trabalho deve dar tratamento prioritário, entre

os atributos de rotina, à constatação de casos simulados de rescisão do contrato de trabalho sem justa causa seguida de recontratação do mesmo trabalhador ou de sua permanência na empresa sem a formalização do vínculo, presumindo, em tais casos, conduta fraudulenta do empregador para fins de aplicação dos §§2º e 3º do artigo 23 da Lei 8.036/1990, ou seja, de multa administrativa por trabalhador prejudicado (artigo 1º da Portaria 384/1992).

Considera-se fraudulenta a rescisão seguida de recontratação ou de permanência do trabalhador em serviço quando ocorrida dentro dos 90 dias subsequentes à data em que formalmente a rescisão se operou (artigo 2º da Portaria 384/1992). Em caso de aviso prévio indenizado (artigo 487, §1º, da CLT), embora a questão possa gerar controvérsia, defende-se que o prazo de 90 dias deve ser contado do término do contrato de trabalho em si, isto é, sem considerar a projeção do aviso prévio indenizado, a qual não posterga a cessação do pacto laboral.

Trata-se de previsão passível de questionamento, notadamente em face do princípio da legalidade (artigo 5º, inciso II, da Constituição da República), por não se tratar de norma com natureza de lei (artigo 37 da Constituição Federal de 1988), além do que a fraude não se presume, devendo ser demonstrada (artigo 9º da CLT) [\[1\]](#).

Constatada a prática da rescisão fraudulenta, o agente da inspeção do trabalho deve levantar todos os casos de rescisão ocorridos nos últimos 24 meses para verificar se a hipótese pode ser penalizada em conformidade com o artigo 1º da Portaria 384/1992 (artigo 3º da Portaria 384/1992). Esse levantamento deve envolver também a possibilidade de ocorrência de fraude ao seguro-desemprego, hipótese em que será concomitantemente aplicada a sanção prevista no artigo 25 da Lei 7.998/1990, ou seja, multa administrativa.



A matéria deveria ser objeto de lei (artigo 22, inciso I, da Constituição da República), e não de portaria. De todo modo, a hipótese seria de presunção relativa, e não absoluta.

Mais recentemente, a Portaria 16.655, de 14 de julho de 2020, da Secretaria Especial de Previdência e Trabalho do Ministério da Economia disciplina hipótese de recontração nos casos de rescisão sem justa causa durante o estado de calamidade pública de que trata o Decreto Legislativo 6, de 20 de março de 2020.

A nova portaria foi publicada levando em consideração o disposto no artigo 2º da Portaria 384/1992 e a necessidade de afastar a presunção de fraude na recontração de empregado em período inferior a 90 dias subsequentes à data da rescisão contratual, durante a ocorrência do estado de calamidade pública de que trata o Decreto Legislativo 6/2020.

Sendo assim, durante o referido estado de calamidade pública, não se presumirá fraudulenta a rescisão de contrato de trabalho sem justa causa seguida de recontração dentro dos 90 dias subsequentes à data em que formalmente a rescisão se operou, desde que mantidos os mesmos termos do contrato rescindido (artigo 1º da Portaria 16.655/2020).

A mencionada recontração poderá se dar em termos diversos do contrato rescindido quando houver previsão nesse sentido em instrumento decorrente de negociação coletiva (artigo 1º, parágrafo único, da Portaria 16.655/2020).

A rigor, essa exigência de previsão em norma decorrente de negociação coletiva incide quando na recontração forem pactuadas condições de trabalho inferiores, ou seja, menos favoráveis do que aquelas previstas no contrato anterior. Evidentemente, com fundamento na melhoria da condição social dos trabalhadores (artigo 7º, *caput*, da Constituição da República), admite-se que a recontração seja feita em condições superiores, isto é, mais favoráveis ao empregado.

A Portaria 16.655/2020 entra em vigor na data de sua publicação (ocorrida no Diário Oficial da União de 14 de julho), retroagindo seus efeitos à data de 20 de março (artigo 2º).

A portaria em questão tem natureza de norma administrativa, com aplicação principalmente no âmbito da fiscalização trabalhista. Como já exposto, o tema deveria ser objeto de lei, pois compete privativamente à União legislar sobre Direito do Trabalho (artigo 22, inciso I, da Constituição da República), embora a lei complementar possa autorizar os Estados a legislar sobre questões específicas a respeito da matéria (artigo 22, parágrafo único, da Constituição Federal de 1988).

Na jurisprudência, prevalece o entendimento de que a fraude à continuidade do vínculo de emprego, decorrente da extinção do contrato de trabalho e recontração do empregado, em regra, deve ser demonstrada no caso concreto [\[2\]](#), por exemplo, com o intuito de burlar, de forma injustificada, o princípio da irredutibilidade salarial (artigo 7º, inciso VI, da Constituição Federal de 1988) [\[3\]](#).



Em se tratando de contrato de trabalho por tempo determinado, considera-se por prazo indeterminado todo contrato que suceder, dentro de seis meses, a outro contrato por prazo determinado, salvo se a expiração deste dependeu da execução de serviços especializados ou da realização de certos acontecimentos (artigo 452 da CLT) [4].

Na hipótese de contrato de trabalho por prazo indeterminado, a lei não proíbe a recontração do empregado, nem estabelece prazo a ser observado entre o vínculo de emprego anterior e a nova contratação. Eventuais fraudes, assim, devem ser analisadas conforme as circunstâncias de cada caso (artigo 9º da CLT).

O artigo 453 da CLT dispõe sobre a contagem do tempo de serviço quando o empregado é readmitido, sem impor lapso temporal entre as contratações. Como explicita a Súmula 138 do TST: "*Em caso de readmissão, conta-se a favor do empregado o período de serviço anterior, encerrado com a saída espontânea*".

Conclui-se que a Portaria 16.655/2020, mesmo em termos formais, prossegue na linha equivocada da Portaria 384/1992 ao disciplinar matéria de Direito do Trabalho, o que deveria ser feito por meio de lei, em respeito ao princípio da legalidade inerente ao Estado democrático de Direito.

[1] "A jurisprudência desta Corte, após o cancelamento da Súmula nº 20, não admite presunção de fraude em caso de extinção do contrato com readmissão imediata ou em curto prazo, atribuindo ao empregado o ônus de provar efetivamente a existência de irregularidades" (TST, 8ª T., AIRR-1002338-61.2016.5.02.0462, Rel. Min. Maria Cristina Irigoyen Peduzzi, DEJT 13.09.2019).

[2] "3 – Ante o princípio de que a boa-fé se presume e a má-fé exige prova, foi cancelada a Súmula nº 20 do TST, segundo a qual deveria ser presumida a fraude na hipótese de demissão seguida de nova contratação. A jurisprudência desta Corte Superior evoluiu no sentido de que a fraude deve ser provada e o pagamento dos créditos trabalhistas na rescisão do primeiro contrato é suficiente para demonstrar a regularidade da contratação posterior, à parte o curto espaço de tempo entre uma contratação e outra" (TST, 6ª T., RR-20134-48.2014.5.04.0381, Rel. Min. Katia Magalhaes Arruda, DEJT 01.12.2017).

[3] "A egrégia Corte Regional consignou que a dispensa do autor e a recontração, sem qualquer plausibilidade, associada à redução salarial, demonstrava a existência de fraude às leis trabalhistas, perpetrada pela empregadora em prejuízo do empregado, sendo nula a rescisão do primeiro contrato, reconhecendo-se a unicidade contratual por todo o período por ele laborado" (TST, 5ª T., AIRR-106400-54.2010.5.17.0013, Rel. Min. Guilherme Augusto Caputo Bastos, DEJT 23.10.2015).

[4] Cf. GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. *Curso de direito do trabalho*. 15 ed. São Paulo: Saraiva, 2020. p. 206.

Date Created



21/07/2020