



PUBLICAÇÕES SEMANAIS

MINUTO DP – RECONTRATAÇÃO DE EMPREGADOS

1. INTRODUÇÃO

Não há vedação em lei para a recontratação de empregados. Entretanto, em regra, é necessário observar um determinado prazo para a recontratação, o qual depende da modalidade da rescisão no vínculo anterior.

2. CONTRATO POR PRAZO INDETERMINADO

De acordo com o artigo 312 da Portaria MTP nº 671/2021, o prazo para recontratação do empregado é de no mínimo 90 dias após a dispensa sem justa causa.

O referido prazo tem o objetivo de impedir as rescisões fraudulentas com o único objetivo de sacar o valor do FGTS depositado na conta vinculada e ter acesso ao seguro-desemprego.

Porém, em se tratando de pedido de demissão no contrato por prazo indeterminado, não há um prazo para recontratação disposto em lei.

Destaca-se que o artigo 133, inciso I da CLT apenas determina que o empregado não perderá o direito às férias, em caso de pedido de demissão, seguido de recontratação no prazo de 60 dias. Todavia, existe divergência de entendimentos sobre a aplicação desse artigo.

Parte da doutrina entende que, uma vez que o empregador pagou as férias proporcionais ao empregado na rescisão por pedido de demissão, quando houver a recontratação, caberá o início de um novo período aquisitivo.

Porém, cumpre esclarecer que se trata apenas de um entendimento, visto que o artigo 133, inciso I da CLT ainda está vigente.

Diante da divergência de entendimentos, para evitar qualquer problema futuro, seja através de reclamatória trabalhista ou fiscalização, recomenda-se que o empregador aguarde preventivamente o prazo de 60 dias para a recontratação do empregado em caso de pedido de demissão.

3. CONTRATO POR PRAZO DETERMINADO

De acordo com o artigo 452 da CLT, após o término do contrato por prazo determinado, para recontratar o empregado por meio de outro contrato por prazo determinado, o empregador deve aguardar pelo menos seis meses, sob pena de o segundo contrato ser considerado de prazo indeterminado.

Contudo, em caso de encerramento de contrato que dependeu da execução de serviços especializados ou da realização de certos acontecimentos, não se aplica a mesma regra.

A título de exemplo, para esclarecer o que é considerado um serviço especializado ou a realização de certos acontecimentos, com base na obra "Curso de Direito do Trabalho" do doutrinador Luciano Martinez (2019, página 103), tem-se a seguinte situação:

João é contratado pelo Hotel Alfa por cinco meses em decorrência da necessidade transitória (§ 2º, a, 2ª parte, do art. 443 da CLT) de oferecimento de atividade recreativa para os hóspedes mirins no período de novembro a março. Note-se tratar de um serviço não exigível no dia a dia do empreendimento, embora fundamental para a sua atividade-fim em específicos momentos. Finda a temporada de verão e de férias escolares, o contrato de João extinguiu-se na data aprazada. Três meses depois ele foi mais uma vez contratado por tempo determinado, por iguais quatro meses, sob o mesmo fundamento. Diante dessas circunstâncias e em face da reiteração da necessidade, o serviço que a princípio parecia não exigível no dia a dia do empreendimento, passou a integrar o plexo de atividade-fim deste. Nesse caso, por expressa previsão contida no art. 452 da CLT, o segundo contrato será, por força de lei, considerado por tempo indeterminado. Essa transformação, entretanto, depende de declaração judicial. Perceba que esse efeito jurídico não seria visível se a expiração da primeira contratação de João tivesse decorrido da execução de serviços especializados (não coincidente com atividade-fim do tomador) ou da realização de certos acontecimentos (o fim da safra, por exemplo).

3.1. Recontratação para a mesma função - contrato de experiência

O contrato de experiência tem o objetivo, por um lado, de demonstrar para a empresa os conhecimentos e aptidões do empregado para aquela função e, por outro lado, dar a oportunidade ao empregado de conferir se a empresa atende às suas expectativas.

Diante disso, ocorrendo a recontratação para a mesma função, destaca-se que o Precedente Normativo nº 75 do Tribunal Superior do Trabalho (TST), cancelado em 1998, determinava que o empregado recontratado dentro no período de um ano para a mesma função, contado da data do desligamento, não poderia ser readmitido com experiência.

Ressalta-se que, depois da anulação do referido precedente, a jurisprudência e a doutrina passaram a adotar o entendimento de que, independentemente do tempo que o empregado ficou fora da empresa, ocorrendo a recontratação para a mesma função, não seria permitida a elaboração de um novo contrato de experiência, uma vez que a sua finalidade já foi cumprida no primeiro contrato.

Por fim, orienta-se que o empregador verifique a convenção coletiva da categoria ou acione a Secretaria de Trabalho da região, justamente para averiguar qual seria a posição do auditor fiscal do trabalho.

3.2. Recontratação para funções diferentes - contrato de experiência

Diante da recontratação para função diferente, é permitida a elaboração de um novo contrato de experiência, visto que o empregado deverá demonstrar o seu conhecimento e a sua aptidão para a nova função.

Para ilustrar esse cenário, destaca-se o entendimento doutrinário de Amauri Mascaro do Nascimento, em "Curso de Direito do Trabalho" (2011, páginas 888-889):

Se o empregado já trabalhou na mesma empresa, é válido contrato de experiência em sua readmissão?

Em princípio, não é lícito às partes o contrato de experiência com empregado que já trabalhou na empresa, porque nesse caso dá-se a perda da causa jurídica do contrato, que é a necessidade de conhecimento recíproco entre os contratantes, porém há uma situação em que essa perda não se dá. Ocorre quando o empregado vai, no segundo contrato, exercer uma função completamente diferente daquela que exerceu e para a qual se diz tecnicamente apto, caso em que, embora as partes já se conheçam como tal, não se conhecem quanto à aptidão funcional nova.

No entanto, para realizar a recontração por meio de um novo contrato de experiência, o empregador deve aguardar pelo menos seis meses, sob pena de o segundo contrato ser considerado por prazo indeterminado automaticamente, com base no artigo 452 da CLT.

3.3. Obra certa

O contrato por obra certa é uma modalidade com as características de um contrato por prazo determinado, específico para a área de construção civil, sendo utilizado nos casos em que o empregado é contratado para determinada obra ou serviço específico em que há uma data final estipulada. Esse tipo de contrato é regido pela Lei nº 2.959/56.

Essa modalidade de contrato pode ser utilizada para execução de serviços específicos ou para a realização de certos acontecimentos suscetíveis de previsão aproximada, tomando como base a previsão contida no artigo 443, §§ 1º e 2º da CLT.

Em relação à recontração e ao prazo para que ocorra, a legislação é omissa. Assim, há entendimentos divergentes pela doutrina acerca do assunto.

De acordo com o artigo 452 da CLT, após o término do contrato por obra certa, se for realizado um novo contrato por prazo determinado antes de seis meses, esse segundo contrato seria considerado automaticamente um contrato por prazo indeterminado, salvo quando for para serviços especializados ou para realização de certos acontecimentos.

Por outro lado, verificando que o contrato por obra certa é utilizado quando há necessidade de serviços específicos ou atividade em decorrência de um determinado acontecimento ou necessidade momentânea, há entendimentos de que, por se tratar de um contrato especial, ainda que seja um contrato por prazo determinado, seria possível a realização da recontração antes do prazo de seis meses, sem que o segundo contrato seja considerado como contrato indeterminado.

Diante da dualidade de entendimentos, cabe ao empregador avaliar o cenário e optar por uma das vias que entender mais adequada. Entretanto, se o objetivo do empregador for evitar problemas futuros referentes a fiscalização e até mesmo a uma futura reclamatória trabalhista, salienta-se que o ideal seria aguardar o prazo de seis meses.

3.4. Contrato de safra

Com base no artigo 14, parágrafo único da Lei nº 5.889/73, o contrato de safra é aquele cuja duração depende de variações estacionais da atividade agrária. Em relação à recontração, há divergência de entendimentos na doutrina.

Conforme o artigo 452 da CLT, a recontração do empregado, através de outro contrato determinado, somente pode ocorrer após seis meses, sob pena de esse segundo contrato ser considerado um contrato por prazo indeterminado, exceto quando se tratar de serviços especializados ou da realização de certos acontecimentos.

Diante disso, o contrato de safra é considerado uma modalidade especial de contrato por prazo determinado, por possuir legislação própria e porque depende de acontecimentos específicos ao longo do ano-calendário.

Partindo desse pressuposto, existe entendimento de que, por se tratar de uma modalidade especial, poderia ser realizado novo contrato de safra antes de seis meses, sem que o segundo contrato seja considerado um contrato por prazo indeterminado.

Por outro lado, há quem defenda que, como o contrato de safra é uma modalidade de contrato por prazo determinado, para que o segundo contrato não seja considerado por prazo indeterminado, seria necessário aguardar o prazo mínimo de seis meses.

A posição da Secretaria de Inspeção do Trabalho é no sentido de que o prazo de seis meses deve ser respeitado e, caso ocorra uma recontração anterior, esse segundo contrato determinado seria considerado por prazo indeterminado.

4. PERÍODO DE FÉRIAS

Ocorrendo a rescisão sem justa causa, o empregado tem direito ao recebimento das férias vencidas, se houver, e ao recebimento das férias proporcionais. Assim, ocorrendo a recontração do empregado, deve haver o início de um novo período aquisitivo de férias.

Entretanto, com base no artigo 133, inciso I da CLT, o empregado que pede demissão e é recontratado no prazo de 60 dias não perde o direito às férias.

Cumprido informar que há discussão na doutrina acerca da aplicação desse artigo nos dias atuais. Parte da doutrina entende que o artigo 133, inciso I da CLT somente era aplicado quando o empregado não tinha direito às férias proporcionais no pedido de demissão. Assim, uma vez que o empregador pagou as férias proporcionais no momento da rescisão contratual, se houver a recontração, inicia-se um novo período aquisitivo de férias.

Porém, como se trata de um entendimento da doutrina e pelo fato de que o artigo 133, inciso I da CLT ainda está vigente, orienta-se ao empregador verificar o posicionamento da Secretaria do Trabalho da região.

5. NOVO CONTRATO COM SALÁRIO MENOR

Em relação à recontração com salário menor, o empregador deve verificar duas situações distintas, as quais serão tratadas nos subtópicos que se seguem.

5.1. Para mesma função

Apesar de não haver uma base legal específica acerca da recontração para a mesma função com salário menor, orienta-se que o empregador aguarde o prazo de seis meses, pelo menos, para que a rescisão anterior não seja considerada fraudulenta, independentemente de a rescisão ter sido ocasionada pelo empregado ou pelo empregador.

A orientação para aguardar o prazo de seis meses se dá pelo fato de que no Direito há o princípio da irredutibilidade salarial, com base no artigo 7º, inciso VI da CF/88, que proíbe que o empregado tenha o seu salário reduzido.

Assim, observado esse prazo mínimo, pode-se entender que a recontração poderia ocorrer desde que não tenha vício de consentimento e que seja respeitado o piso da categoria.

5.2. Para função diferente

De acordo com o artigo 444 da CLT, as relações de trabalho podem ser objeto de livre estipulação entre empregado e empregador em tudo, desde que não contravenha às disposições de proteção ao trabalho e aos contratos coletivos.

Assim, respeitadas essas questões, pode-se entender que será permitida a recontração para função diferente com um salário menor, desde que o empregador respeite o piso da categoria e que a rescisão anterior não tenha sido realizada com a intenção de descumprir a legislação, de acordo com o artigo 9º da CLT.

6. NOVO CONTRATO COM O MESMO PRESTADOR DE SERVIÇOS SEM VÍNCULO EMPREGATÍCIO

Cumpra esclarecer que a legislação não traz vedação nem um prazo específico para que um ex-empregado retorne para a empresa prestando serviços na qualidade de contribuinte individual (autônomo).

Entretanto, apesar de não haver vedação, como o prestador será informado no eSocial através do evento S-2300 (trabalhador sem vínculo), recomenda-se cautela por parte do empregador, uma vez que poderá ser considerado como uma tentativa de fraude em uma eventual fiscalização ou futura reclamatória trabalhista.

Ainda, o empregador deve se atentar para o fato de que, caso a prestação de serviço ocorra de forma contínua, com subordinação, pessoalidade e onerosidade, haverá um grande risco da caracterização do vínculo empregatício (artigo 3º da CLT).

Caso isso ocorra, a rescisão pode ser descaracterizada, e o contribuinte individual (autônomo), por sua vez, pode ser considerado como empregado, em decorrência desse período de prestação de serviços, com todas as repercussões legais.

7. NOVO CONTRATO COMO ESTAGIÁRIO

Outro ponto polêmico no Direito do Trabalho é o retorno do empregado para a empresa na condição de estagiário.

O estágio, nos termos da Lei nº 11.788/2008, não gera vínculo empregatício nem recolhimento previdenciário, tampouco depósito do FGTS.

O estagiário não tem direito ao 13º salário nem às férias com o terço constitucional. Os únicos direitos conferidos aos estagiários são a bolsa-auxílio e o direito ao recesso de 30 dias quando o estágio tiver duração igual ou superior a um ano, conforme a previsão dos artigos 12 e 13 da Lei nº 11.788/2008, respectivamente.

Com efeito, como o tema se mostra bem delicado, cabe à empresa avaliar a situação e proceder ou não ao retorno do ex-empregado na condição de estagiário. Recomenda-se que as prerrogativas da Lei nº 11.788/2008 sejam respeitadas e que as atividades que forem desempenhadas sejam totalmente diferentes das que eram exercidas na condição de empregado. Caso as atividades a serem desempenhadas sejam semelhantes, há um grande risco de ser caracterizado o vínculo empregatício.

8. EMPREGADOS EM EMPRESAS DE TERCEIRIZAÇÃO

Com base no artigo 5º-D da Lei nº 6.019/74, o empregado que tenha sido demitido não pode, antes de 18 meses, prestar serviços ao mesmo empregador como empregado de empresa prestadora de serviço. Nesse sentido, o referido período passa a contar a partir do desligamento do empregado.

9. EMPREGADOS DE EMPRESA TEMPORÁRIA - LEI Nº 6.019/74

Trabalho temporário é o serviço prestado por pessoa física contratada por empresa de trabalho temporário (comumente chamada de “agência de mão de obra”) e que coloca prestadores de serviço à disposição de uma empresa tomadora para atender à necessidade de substituição temporária de pessoal permanente ou demanda complementar de serviço.

Com efeito, o artigo 10, § 1º da Lei nº 6.019/74 menciona que o prazo máximo do contrato temporário, com relação ao mesmo empregador (tomador do serviço) não poderá exceder 180 dias.

De forma excepcional, desde que seja comprovada a manutenção das condições que originaram a contratação temporária, o contrato pode ser prorrogado por até 90 dias, consecutivos ou não, conforme o artigo 10, § 2º da Lei nº 6.019/74.

Assim sendo, nos termos do artigo 10, §§ 5º e 6º da Lei nº 6.019/74, depois de cumprir o contrato determinado na sua totalidade, se, antes de 90 dias, o mesmo trabalhador for disponibilizado para a mesma empresa tomadora, configura-se o vínculo de emprego.

Abaixo, figuram os dispositivos legais supracitados:

Art. 10. Qualquer que seja o ramo da empresa tomadora de serviços, não existe vínculo de emprego entre ela e os trabalhadores contratados pelas empresas de trabalho temporário.

§ 1º O contrato de trabalho temporário, com relação ao mesmo empregador, não poderá exceder ao prazo de cento e oitenta dias, consecutivos ou não.

§ 2º O contrato poderá ser prorrogado por até noventa dias, consecutivos ou não, além do prazo estabelecido no § 1º deste artigo, quando comprovada a manutenção das condições que o ensejaram.

[...]

§ 5º O trabalhador temporário que cumprir o período estipulado nos §§ 1º e 2º deste artigo somente poderá ser colocado à disposição da mesma tomadora de serviços em novo contrato temporário, após noventa dias do término do contrato anterior.

§ 6º A contratação anterior ao prazo previsto no § 5º deste artigo caracteriza vínculo empregatício com a tomadora.

10. EMPREGADO INTERMITENTE

Analisando a legislação trabalhista, não há previsão expressa na lei que proíba um empregado que tinha um contrato indeterminado de retornar futuramente para a empresa na condição de empregado intermitente.

Em um primeiro momento, a recontração nessa condição pode soar prejudicial, visto que o intermitente recebe apenas nos momentos de convocação e nada recebe no período de inatividade.

Todavia, como dito, não há nada em lei vedando tal prática. Assim, cumpre informar que, desde que a conduta a ser praticada de fato não seja para retirar direitos do empregado, uma vez que ocorra a rescisão sem justa causa do contrato indeterminado, o eventual retorno para a empresa, ainda que na condição de intermitente, somente poderá ocorrer após o prazo de 90 dias (artigo 312 da Portaria MTP nº 671/2021).

11. CTPS DIGITAL

A CTPS Digital é preenchida de forma automática com as informações feitas no evento S-2200 do eSocial. Desse modo, não há mais a necessidade de realizar as anotações em CTPS física do empregado.

Ainda, de acordo com o artigo 29, § 7º da CLT, o registro eletrônico (eSocial) equivale à anotação em CTPS física.

12. ANOTAÇÃO NO LIVRO OU FICHA DE REGISTRO DE EMPREGADO

O empregador tem a responsabilidade, independentemente da modalidade do vínculo empregatício, de realizar o registro dos seus empregados em fichas, livros ou sistemas eletrônicos, com base no artigo 41 da CLT.

Com efeito, nos termos do artigo 13 da Portaria MTP nº 671/2021, o registro de empregados deve ser efetivado pela empresa através do eSocial, e, nos termos do artigo 16 da mesma portaria, optando pelo registro eletrônico de empregados, a empresa deve utilizar obrigatoriamente o eSocial.

Por fim, o empregador já obrigado ao eSocial que optar por não realizar o registro dos empregados por meio eletrônico deve anotar, nos mesmos prazos, as informações previstas no artigo 14 da Portaria MTP nº 671/2021 em livro ou ficha de registro, que permanecerá no estabelecimento ao qual o trabalhador estiver vinculado.

É importante mencionar que as anotações serão feitas sem abreviaturas e serão ressalvadas, ao final de cada assentamento, emendas, entrelinhas, rasuras ou qualquer circunstância que possa gerar dúvida.

13. NECESSIDADE DO EXAME ADMISSIONAL

Diante da recontração de empregado, é importante entender que surge a necessidade da realização de um novo exame admissional, tendo em vista que a Norma Regulamentadora 07 determina que o exame admissional deverá ser realizado antes de o empregado assumir as funções na empresa.

14. RECONTRATAÇÃO FRAUDULENTA

Conforme já citado no decorrer desta matéria, de acordo com o artigo 312 da Portaria MTP nº 671/2021, é considerada fraudulenta a rescisão seguida de recontração dentro de 90 dias ou quando houver a permanência do empregado no serviço dentro do mesmo prazo:

Art. 312. Considera-se fraudulenta a rescisão seguida de recontração ou de permanência do trabalhador em serviço quando ocorrida dentro dos noventa dias subsequentes à data em que formalmente a rescisão se operou.

14.1. Fiscalização do trabalho

Caso o empregador não aguarde o prazo de 90 dias para recontratar o empregado, fica sujeito à fiscalização na empresa.

Todavia, essa fiscalização não fica limitada apenas à recontração efetivada. Ao contrário, o auditor fiscal do trabalho deve levantar todos os casos de rescisão ocorridos nos últimos 24 meses.

Além da fiscalização vinculada ao levantamento dos valores do FGTS, o auditor fiscal do trabalho deve analisar se a conduta envolveu também a fraude perante o seguro-desemprego.

Em caso positivo, o empregador fica sujeito às penalidades do artigo 25 da Lei nº 7.998/90, cuja multa pode variar de R\$ 440,07 a R\$ 44.007,30. Os valores estão previstos no Anexo II da Portaria MTP nº 667/2021.

O trabalhador também fica sujeito a eventual penalidade caso fique comprovado o seu envolvimento. Nos termos do artigo 25-A da Lei nº 7.998/90, o empregado que houver recebido indevidamente parcela de seguro-desemprego se sujeita à compensação automática do débito em um novo benefício.