

INSTITUTO BRASILIENSE DE DIREITO PÚBLICO  
ESCOLA DE DIREITO E ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA  
MESTRADO PROFISSIONAL EM DIREITO, JUSTIÇA E DESENVOLVIMENTO

Suzanne Teixeira Odane Rodrigues

**COMO DECIDE A JUSTIÇA DO TRABALHO?**  
UMA ANÁLISE ECONÔMICA DA EXISTÊNCIA DE VIÉS PROTETIVO DO  
TRABALHADOR NAS DECISÕES JUDICIAIS TRABALHISTAS

São Paulo  
2021

Suzanne Teixeira Odane Rodrigues

**COMO DECIDE A JUSTIÇA DO TRABALHO?**  
UMA ANÁLISE ECONÔMICA DA EXISTÊNCIA DE VIÉS PROTETIVO DO  
TRABALHADOR NAS DECISÕES JUDICIAIS TRABALHISTAS

Dissertação de Mestrado, desenvolvida sob a orientação do Professor Dr. Luciano Benetti Timm, apresentado para obtenção do Título de Mestre em Direito, Justiça e Desenvolvimento.

São Paulo

2021

Suzanne Teixeira Odane Rodrigues

**COMO DECIDE A JUSTIÇA DO TRABALHO?**  
UMA ANÁLISE ECONÔMICA DA EXISTÊNCIA DE VIÉS PROTETIVO DO  
TRABALHADOR NAS DECISÕES JUDICIAIS TRABALHISTAS

Dissertação de Mestrado apresentada ao Programa de Mestrado Interdisciplinar Profissional em Direito, Justiça e Desenvolvimento do IDP, como requisito para obtenção do título de Mestre em Direito, Justiça e Desenvolvimento.

São Paulo, 09 de abril de 2021.

**BANCA EXAMINADORA**

---

**Prof. Dr. Luciano Benetti Timm**  
Doutor em Direito  
Instituto Brasiliense De Direito Público – IDP

---

**Thomas Victor Conti**  
Doutor em Economia  
Instituto Brasiliense De Direito Público – IDP

---

**Prof. Dr. Fábio Rodrigues Gomes**  
Doutor em Direito  
Universidade do Estado do Rio de Janeiro

*Aos meus pais, com todo o meu  
amor e gratidão pelo incansável apoio no meu  
crescimento pessoal e profissional.*

## **AGRADECIMENTOS**

À minha família, em especial, meus pais, Dagoberto e Claudine, pelo apoio irrestrito ao longo de toda minha trajetória acadêmica e profissional. Por todo o amor. Por cada gesto de carinho. Pelos valores ensinados. Sem vocês, não seria possível chegar até aqui.

Ao meu amor, Paulo André, pelo apoio incondicional, pela lealdade, companheirismo e por viver esse desafio ao meu lado, como se seu fosse. Por ser na minha vida a materialização do verdadeiro amor.

Aos meus queridos amigos, de infância, de colégio, de trabalho e de mestrado, que tornaram essa caminhada um tanto quanto mais leve e prazerosa.

Aos queridos amigos da Mendes Advocacia, a quem homenageio nas pessoas do Felipe, Luiza e Lucca, pelos ensinamentos diários e pela compreensão nos momentos difíceis e de ausência. Vocês são verdadeira fonte de inspiração para mim.

Ao meu orientador, Prof. Dr. Luciano Timm, por toda a humildade e gentileza em compartilhar, comigo, seu vasto conhecimento. Você é peça fundamental na concretização desta pesquisa.

## RESUMO

O presente trabalho tem o objetivo de examinar a existência de um viés judicial na Justiça do Trabalho que favoreça os trabalhadores, tendo em vista que, à luz da análise econômica do direito, as decisões judiciais interferem no comportamento dos agentes e do mercado de trabalho. Para cumprir a finalidade estabelecida, apresenta-se a teoria neoinstitucionalista de Douglass North, demonstrando como as instituições, principalmente as legais, são relevantes para o desenvolvimento de uma nação. Em seguida, apresentar-se-ão as razões do esgotamento do discurso puramente jurídico para regular as relações trabalhistas, o que evidencia a importância do diálogo multidisciplinar com outras ciências, como a econômica, e justifica a adoção da matriz filosófica do pragmatismo jurídico de Posner. O enfrentamento do problema proposto exigirá, principalmente, a análise empírica micro e macroscópica da Justiça do Trabalho, de seus magistrados e de suas decisões. As conclusões apontam para uma não-neutralidade dos magistrados trabalhistas, os quais consideram que possuem o dever de proteger a classe trabalhadora e, por conseguinte, criam direitos e deveres em prol destes para além do texto legal. Ao final, constata-se que o desconhecimento dos magistrados sobre as consequências econômicas de suas decisões ocasionam um efeito oposto ao esperado: desproteção da classe trabalhadora e aumento das taxas de informalidade e desemprego no país.

**Palavras-chave:** viés judicial; insegurança jurídica; Justiça do Trabalho.

## **ABSTRACT**

This work aims to examine the existence of a judicial bias in the Labor Court that favors workers, considering that, in the light of the economic analysis of the law, judicial decisions interfere with the behavior of agents and the labor market. In order to fulfill the established purpose, Douglass North's neoinstitutionalist theory is presented, demonstrating how institutions, especially legal ones, are relevant to the development of a nation. Then, the reasons for the exhaustion of purely legal discourse to regulate labor relations will be presented, which highlights the importance of multidisciplinary dialogue with other sciences, such as economics, and justifies the adoption of the philosophical matrix of Posner's legal pragmatism. Facing the proposed problem will require, mainly, the micro and macroscopic empirical analysis of Labor Justice, its magistrates, and their decisions. The conclusions point to a non-neutrality of the labor magistrates, who consider that they have a duty to protect the working class and, therefore, create rights and duties for them beyond the legal text. In the end, it appears that the lack of knowledge of the magistrates about the economic consequences of their decisions causes an opposite effect to that expected: the lack of protection of the working class and an increase in informality and unemployment rates in the country.

**Keywords:** judicial bias; Judicial Insecurity; Labor Court.

## LISTA DE ILUSTRAÇÕES

<b>Figura 1</b> - Índice de Acesso à Justiça 2019 dos Tribunais da Justiça do Trabalho .....	35
<b>Figura 2</b> - Volume de reclamações trabalhistas transitadas em julgado entre os anos de 2014 e 2021 por tipo de desfecho.....	71
<b>Figura 3</b> - Relação entre o valor da causa e o valor do acordo nas reclamações trabalhistas transitadas em julgado entre os anos de 2014 e 2021 e que tiveram o “Acordo” como desfecho.....	72
<b>Quadro 1</b> - Mudanças jurisprudenciais realizadas na Semana do TST, em 2011, e suas correspondências com o texto legal.....	80
<b>Quadro 2</b> - Mudanças jurisprudenciais realizadas na Semana do TST, em 2012, e suas correspondências com o texto legal.....	81
<b>Quadro 3</b> - Súmulas do TST afetadas pela reforma trabalhista.....	87
<b>Quadro 4</b> - Quadro com as ações de controle concentrado de constitucionalidade inseridas na agenda política da Anamatra em 2019. ....	99
<b>Tabela 1</b> - Opinião dos magistrados sobre os limites do Direito positivo.....	64
<b>Tabela 2</b> - Identificação dos magistrados com tipos de Não-Neutralidade do Judiciário. ....	65
<b>Tabela 3</b> - Identificação da Não-Neutralidade dos Magistrados da Justiça do Trabalho. ....	67



## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO .....</b>	<b>9</b>
<b>1 DIREITO, INSTITUIÇÕES E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO.....</b>	<b>15</b>
1.1 A TEORIA NEOINSTITUCIONALISTA DE DOUGLASS NORTH .....	18
1.1.1 A incerteza nas transações econômicas .....	18
1.1.2 Os custos de transação .....	20
1.2.3 Instituições e desenvolvimento .....	24
1.2 O PAPEL DAS INSTITUIÇÕES LEGAIS .....	29
1.3.1 O Judiciário como instituição econômica.....	33
<b>2 A INSUFICIÊNCIA DO DISCURSO DE PROTEÇÃO DO TRABALHO PELA ÓTICA DO DIREITO E A CONTRIBUIÇÃO DO PRAGMATISMO JURÍDICO PARA AS DECISÕES JUDICIAIS TRABALHISTAS .....</b>	<b>38</b>
2.1 OS LIMITES DO DISCURSO JURÍDICO TRABALHISTA CONTEMPORÂNEO .....	38
2.2 O NECESSÁRIO CONSEQUENCIALISMO DAS DECISÕES JUDICIAIS TRABALHISTAS SOB A PERSPECTIVA DE POSNER .....	46
2.3 A TENDÊNCIA DA PONDERAÇÃO DAS CONSEQUÊNCIAS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO .....	54
<b>3 ANÁLISE ECONÔMICA DA JUSTIÇA DO TRABALHO.....</b>	<b>57</b>
3.1 O VIÉS SOB A PERSPECTIVA ECONÔMICA E JURÍDICA .....	58
3.2 COMO DECIDEM OS MAGISTRADOS TRABALHISTAS? .....	62
3.2.1. A visão dos magistrados sobre a não-neutralidade .....	63
3.2.2. Os primeiros dados empíricos sobre o tema .....	68
3.2.3 A jurisprudência do TST e a reforma trabalhista: uma relação de causa e efeito..	73
3.2.4 O ativismo extraprocessual dos magistrados trabalhistas.....	91
3.3 O EFEITO BUMERANGUE DAS DECISÕES JUDICIAS TRABALHISTAS .....	102
<b>CONCLUSÃO.....</b>	<b>105</b>
<b>REFERÊNCIAS .....</b>	<b>108</b>

## INTRODUÇÃO

A presente pesquisa busca evidenciar a relevância das instituições legais para o desenvolvimento de um país. Mais precisamente, sob o recorte da análise econômica do direito, lança-se um olhar sobre a Justiça do Trabalho, examinando como suas decisões judiciais interferem no comportamento dos agentes e do mercado de trabalho e avaliando se existe um viés protecionista do trabalhador pelos julgadores e quais as consequências deste para a sociedade.

Atualmente, o Brasil possui cerca de 210 milhões de habitantes e uma população economicamente ativa que representa cerca de 106 milhões de brasileiros. Não obstante, aproximadamente 45% dos trabalhadores estão na informalidade e, mais ainda, o país apresenta uma taxa de desemprego de aproximadamente 12% (BELMONTE, 2020). Não são necessários maiores esforços para perceber que o Direito do Trabalho pátrio, predominantemente fundamentado na Constituição Federal e na Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), não está conseguindo alcançar o objetivo originalmente proposto quando de sua criação: a proteção efetiva do trabalhador no mercado de trabalho.

O Poder Judiciário trabalhista também apresenta problemas. A Justiça do Trabalho é cara ao Estado e lenta para os fins que se propõe e nos moldes em que foi concebida, favorecendo o ajuizamento de demandas frívolas, perpetuando os conflitos entre capital e trabalho e gerando desincentivos para a cooperação entre empregadores e trabalhadores.

Os dados nos fornecem um panorama geral da situação. Desde 1941, o número de processos recebidos pela Justiça do Trabalho cresceu exponencialmente a cada ano que passou. No quadriênio 2011-2015, o Relatório Geral da Justiça do Trabalho, divulgado pelo Tribunal Superior do Trabalho (BRASIL, 2020), contabilizou expressivos 17.312.666 de novos processos. Coincidentemente, após a edição da reforma trabalhista (Lei 13.467/17), a Justiça do Trabalho experimentou a primeira queda considerável do número de novos casos desde 1941, recebendo 14.544.525 de processos no quadriênio 2016-2019.

Esse cenário configura o problema a ser enfrentado pela presente pesquisa. A partir da compreensão de que o ambiente institucional trabalhista, composto pelas normas jurídicas e pela Justiça do Trabalho, é ineficiente e pouco contribui para o desenvolvimento do país, buscar-se-á analisar a influência das decisões judiciais nesta esfera, em particular, a existência de viés protecionista nestas, principalmente em um cenário pós-reforma trabalhista.

Muitas razões já foram oferecidas para explicar a atual conjuntura do mercado e das relações trabalhistas brasileiras, inclusive em direções diametralmente opostas. Excesso (ou, há

quem diga, falta) de proteção da classe trabalhadora, políticas macroeconômicas ineficientes e legislação anacrônica são exemplos de algumas delas. Esforços têm sido despendidos para reconhecer o peso de cada uma das possíveis causas, bem como para buscar solucioná-las. Não obstante, a presente dissertação buscará enfatizar o papel do Judiciário e das decisões judiciais neste contexto e suas repercussões práticas.

O mau funcionamento da Justiça trabalhista, como é de se imaginar, também possui causas multifatoriais. Os obstáculos mais comuns ao bom funcionamento do Tribunal estão relacionados à imprevisibilidade, morosidade, amplo acesso garantido, independência e parcialidade dos magistrados. Problemas multifacetados exigem soluções igualmente plurais e complexas. Contudo, foge ao escopo do presente trabalho o aprofundamento em todas as causas ventiladas, assim como suas possíveis soluções.

Desse modo, em atendimento ao corte metodológico necessário para a consecução da pesquisa, aprofundar-se-á os estudos na avaliação da existência de viés protetivo em favor do trabalhador nas decisões judiciais e a necessidade dele decorrente em se observar as consequências práticas das decisões judiciais trabalhistas.

Nesse sentido, a incapacidade (ou a recusa) da autoridade judicial trabalhista de avaliar as consequências de longo prazo e as externalidades negativas de suas decisões provoca danos incalculáveis às relações laborais, especialmente à classe trabalhadora, em sentido oposto ao que pretende este ramo do direito (YEUNG; TIMM, 2015). Os efeitos podem ser vistos, principalmente, no aumento da taxa de desemprego e de informalidade, tendo em vista que, quanto mais caro o contrato de trabalho for, menos adesão ele terá. Prova disso é a Súmula 244 do Tribunal Superior do Trabalho, segundo a qual a empregada grávida goza de estabilidade no emprego mesmo em contratos por prazo determinado. Como consequência, após a edição da Súmula, constatou-se uma redução na contratação de mulheres temporárias no período de festas de final de ano. Surge, assim, o efeito bumerangue das decisões trabalhistas, que a pretexto de proteger a classe trabalhadora, acabam por gerar efeitos perniciosos ao mercado de trabalho e aos próprios trabalhadores (YEUNG; TIMM, 2017). Surge, assim, uma classe “privilegiada” de trabalhadores que possui inúmeros direitos em detrimento de uma maioria marginalizada na informalidade e desemprego.

A partir dessa apresentação contextual, coloca-se o seguinte problema descritivo: existe um viés protetivo do trabalhador nas decisões judiciais da Justiça do Trabalho?

O problema será abordado pela ótica da *Law and Economics*, ou simplesmente Análise Econômica do Direito, representando o diferencial da presente pesquisa. Em geral, os estudos das relações do trabalho sob as perspectivas jurídica e sociológica as compreendem como

predominantemente conflituosas, razão pela qual cumpre ao Direito criar regras que atenuem a divergência entre capital e trabalho, normalmente, favorecendo a parte mais fraca. Em contrapartida, os estudos puramente econômicos do tema enxergam os empregadores e trabalhadores como vendedores e compradores, que buscam unicamente auferir benefícios materiais. Assim, preocupam-se com o nível de emprego e renda, produtividade, lucros, etc. Como uma alternativa equilibrada, a Análise Econômica do Direito incorpora as características de ambos os modelos, reconhecendo que a relação de trabalho não é puramente econômica, bem como que as partes se deparam com diversos incentivos e restrições nas tomadas de decisões (YEUNG, 2017).

Da mesma forma, a discussão sobre o mau funcionamento do Poder Judiciário reflete diretamente no desempenho da economia. Nenhuma sociedade capitalista contemporânea alcançou o desenvolvimento econômico sem um sistema jurídico amplo e complexo, que garanta a existência de mercados impessoais e reduza o custo das transações econômicas. Assim, a partir do estudo do movimento da Nova Economia Institucional, discutir-se-á o papel desempenhado pelas instituições, incluindo as legais, na promoção do desenvolvimento de um país.

Um ambiente jurídico estável, mais do que um conjunto sólido de regras, deve contar com tribunais que interpretem e apliquem as leis consistentemente, de modo que os agentes econômicos possam avaliar as consequências das suas decisões em um cenário de longo prazo. Dentro de um sistema legal, tão importante quanto as normas jurídicas produzidas é a qualidade com elas serão aplicadas, o que pode variar substancialmente, com consequências notórias para a economia. Por isso, fundamental a compreensão dos problemas que circundam a atividade jurisdicional e a proposição de soluções para eles, fortalecendo as instituições legais e, por conseguinte, acelerando o desenvolvimento econômico (CASTELAR, 2003).

Na perspectiva neoinstitucionalista, o Poder Judiciário representa o *enforcement* das instituições legais. E mais, por meio dele, é possível identificar o impacto econômico do sistema jurídico, na medida em que é o responsável por aplicar e interpretar as leis e regulamentos. Em outras palavras, o Poder Judiciário fornece a estrutura material e processual para favorecer a transação de direitos sobre bens materiais e imateriais (BUSCAGLIA, 1999).

Sherwood (2004) realizou um estudo comparativo entre sete países e estimou que a taxa de crescimento do Brasil estava 20% abaixo de seu potencial, assim como a disponibilidade de crédito reduzida para 10%, em virtude da disfuncionalidade do Poder Judiciário brasileiro.

Nesse sentido, a literatura é majoritária em sustentar que um Poder Judiciário forte, célere e independente contribui para o desenvolvimento de uma nação (e.g., North, 1990;

Pinheiro, 1996, Gico Júnior, 2004). Sucede que no Brasil, assim como se verifica em outros países da América Latina, a aplicação e interpretação das leis são imprevisíveis e um processo judicial pode se estender por anos (e até décadas). E mais: não há qualquer preocupação da autoridade judicial, especialmente na seara trabalhista, com as consequências práticas da decisão tomada em um caso concreto.

Em virtude disso, atualmente, o Brasil é considerado detentor de um dos piores ambiente de negócios do mundo. O desestímulo ao investimento e à realização de negócios reflete diretamente na taxa de emprego e notadamente na qualidade dos postos de trabalho. São, portanto, bastante deletérias as consequências do atual ambiente institucional do Direito e da Justiça trabalhista.

A intuição fundamental que sustenta esta pesquisa, bem como serve de hipótese a ser examinada e testada, é a seguinte: a existência de viés protetivo em favor do trabalhador no Judiciário trabalhista subestima a análise das consequências práticas das decisões judiciais, o que, sob o ponto de vista da Análise Econômica do Direito, é prejudicial ao desenvolvimento.

Desde logo, algumas premissas precisam estar bem marcadas. Não se imagina que a adoção do consequencialismo nas decisões judiciais trabalhistas sejam a única solução para os problemas oriundos do Direito e Judiciário trabalhistas. Assim como em todos os problemas complexos, raramente a resolução percorre um único caminho, ainda mais se tratando da Justiça do Trabalho, que absorve o conflito capital-trabalho e diversas questões sociais muito anteriores à sua própria criação no Brasil. Entretanto, a presente pesquisa pretende dar sua contribuição sob a perspectiva da Análise Econômica do Direito e sua teoria da argumentação jurídica das decisões judiciais.

Em segundo lugar, também é importante enfatizar que a presente pesquisa não advogará pela inexistência de vieses nas decisões judiciais, o que se acredita não ser possível. O referencial teórico utilizado, em especial a teoria pragmática de Posner, sustenta que os magistrados são, invariavelmente, agentes políticos, e, como membros da sociedade, não estão passíveis de proferir julgamentos isentos de qualquer valor ou crença. A presente pesquisa pretende demonstrar, a partir dessa premissa, que o viés protetivo existente na Justiça do Trabalho é ineficiente para a consecução dos objetivos do Direito do Trabalho (proteção do trabalhador e regulamentação do mercado de trabalho), o que acaba por formar uma instituição legal insatisfatória para o desenvolvimento do país, sob a lente da Análise Econômica do Direito.

O objetivo geral do trabalho é examinar, a partir da Análise Econômica do Direito, indícios da existência de viés protetivo do trabalhador nas decisões judiciais da Justiça do Trabalho.

Os objetivos específicos são: compreender o Direito como instituição fundamental para o desenvolvimento das nações; avaliar a realidade da Justiça do Trabalho brasileira e a insuficiência do discurso jurídico trabalhista; apresentar o modelo teórico pragmático e consequencialista de Posner; compreender a definição de viés protetivo; analisar indícios de viés protetivo do trabalhador nas decisões judiciais trabalhistas.

A principal contribuição desta pesquisa está na abordagem econômica do problema. Durante muito tempo, a literatura apontou uma falsa incompatibilidade entre a proteção do trabalho e a economia. Parte disso se dá em razão de o mercado de trabalho sofrer forte influência de questões sociais e políticas, enquanto a economia possui caráter positivo, ocupando-se com a busca da eficiência atribuída aos agentes econômicos. Sob este enfoque, a relação entre o direito trabalhista e a economia seria sempre conflituosa.

Com este trabalho, busca-se desmistificar essa premissa. Em suma, a sociedade depende tanto da proteção do trabalho, quanto da economia para se desenvolverem plenamente. Desse modo, ambos devem andar justos, não sendo possível garantir uma proteção ao trabalho efetiva sem lançar um olhar para seu impacto no mercado.

Para enfrentar a problemática proposta, a estrutura do trabalho contempla, no primeiro capítulo, o debate sobre desenvolvimento das nações e o que explica a heterogeneidade na trajetória de crescimento de diferentes países. Para tanto, explorar-se-á Nova Economia Institucional, capitaneada por Douglass North, que justifica as disparidades de desenvolvimento econômico entre as sociedades através das instituições. O ponto de partida do modelo é a noção de que as instituições e a estrutura produtiva oriunda de processos históricos singulares resultam em dinâmicas socioeconômicas diferentes. Para melhor compreender a teoria, o estudo da incerteza nas transações econômicas e dos custos de transação, dois conceitos fundamentais que constituem a base da formulação feita por North, faz-se necessário. Em seguida, analisar-se-á a relevância do ambiente jurídico para o desenvolvimento econômico, sob a ótica neoinstitucionalista.

No segundo capítulo, buscar-se-á compreender o estado da arte do Direito e Justiça trabalhista, demonstrando os limites do discurso jurídico, insuficiente para atender aos anseios das relações trabalhistas e que, em última análise, aumenta os índices de informalidade no mercado de trabalho e acirra o conflito entre o capital e o trabalho, fugindo da cooperação perseguida pela ciência econômica. Em seguida, como proposta de nova abordagem do

problema, apresentar-se-á o pragmatismo e consequencialismo jurídico de Posner e como eles podem ser úteis em um ramo do direito com alta carga de valores abstratos, como o trabalhista. Para tanto, um estudo mais incisivo de Richard Posner, principal expoente do pragmatismo jurídico, é fundamental.

Ainda neste capítulo, importante compreender como o ordenamento jurídico pátrio, atualmente, absorve o consequencialismo das decisões judiciais. Demonstrar-se-á que a preocupação com o aumento da discricionariedade da aplicação do direito no Brasil introduz, cada vez mais, dispositivos legais que buscam freá-la, a exemplo do artigo 20 da Lei de Introdução às Normas do Direito brasileiro.

Por fim, no terceiro capítulo, a partir do recorte conceitual sobre o que se entende por viés, analisar-se-ão indícios da existência da tendência protetiva da classe trabalhadora, tida como a mais fraca da relação contratual, pelos magistrados trabalhistas. Para tanto, a criação de direitos e deveres pelo Tribunal Superior do Trabalho, o posicionamento institucional da Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho, o comportamento dos magistrados e outras variáveis serão analisadas a fim responder o problema proposto.

Ao final, espera-se concluir que a Justiça do Trabalho tem consigo um viés protecionista notório, seja pela forma de posicionamento da principal Associação que representa os magistrados deste órgão, seja pelos argumentos adotados nas próprias decisões. Decisões essas que não refletem sobre os impactos e as consequências práticas da solução, como determina a doutrina da Análise Econômica do Direito. Tal constatação pode justificar, por vezes, a existência de um efeito bumerangue das decisões trabalhistas, isto é, a pretexto de proteger o trabalhador em um caso concreto, o julgador promove a desproteção de toda a classe, que se materializa em altas taxas de desemprego e informalidade. Será atingido, portanto, o objetivo de propor a adoção do consequencialismo nas decisões judiciais trabalhistas, como exigência de eficiência e em prol do desenvolvimento do país.

A motivação deste trabalho parte da concepção de que embora a relevância de um Poder Judiciário eficiente para o desenvolvimento econômico seja bem aceita, as pesquisas sobre o tema ainda são escassas. No Brasil, os esforços acadêmicos têm sido reiteradamente centrados na dogmática jurídica trabalhista, deixando-se de lado os impactos do capital jurídico sobre a economia e o mercado de trabalho. Somente a partir da compreensão interdisciplinar do contexto em que estamos inseridos é que será possível refletir sobre a necessidade de eventuais reformas legislativas ou judiciais.

A pesquisa desenvolvida é teórica, adotando, como metodologia, a revisão de literatura, por meio de levantamento bibliográfico, que abrange a utilização de livros e artigos

científicos de autores nacionais e estrangeiros, buscando referências que contribuam, de forma relevante, para a abordagem do tema.

Como dito, uma análise adequada do tema tratado não pode se limitar a aspectos dogmático-jurídicos, devendo ser abordados, também, sob uma perspectiva econômica, vez que o estudo da ciência do Direito deve buscar substrato em outros ramos do conhecimento, em especial quando emerge, como conceito-chave, a inobservância das consequências práticas das decisões judiciais. Nesse sentido, para entender a gênese do problema é imperioso verificar os fatos sob o ponto de vista econômico. Evidencia-se, assim, a obrigatoriedade de uma análise interdisciplinar para entender as consequências do problema, bem como para buscar as soluções possíveis.

## **1 DIREITO, INSTITUIÇÕES E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO**

O debate sobre o desenvolvimento das nações desperta grande interesse em pesquisadores e formuladores de políticas públicas. Afinal, o que determina a riqueza e a pobreza das nações? Como explicar a heterogeneidade na trajetória de crescimento dos países?

Sob a perspectiva histórica, a pobreza tem sido uma condição natural da humanidade, não a exceção. Contudo, desde 1820, pode-se afirmar que o desenvolvimento mundial tem sido dinâmico. A renda per capita mundial aumentou mais de oito vezes, ao passo que a população cresceu mais de cinco vezes (MADISON, 2006, p. 17).

O processo de crescimento, contudo, foi desigual ao longo do tempo e espaço. Nesse sentido, o incremento da renda e da expectativa de vida, por exemplo, foi notadamente mais rápido na Europa Ocidental, América do Norte, Australásia e Japão. Em 1998, o nível de renda de tais países era sete vezes maior do que o restante do mundo. Em 2006, a diferença entre os Estados Unidos e a África era de vinte vezes (MADISON, 2006).

Outro exemplo relevante de transição da pobreza para o desenvolvimento é o caso da Coreia do Sul, relatado por Gico Júnior (2017, p. 112):

Um dos exemplos de transição mais marcante é a Coreia do Sul, por não envolver a entrada em blocos econômicos, como é o caso da República Tcheca, da Hungria, da República Eslovaca e da Eslovênia. Em 1960, o PIB per capita da Coreia do Sul era aproximadamente igual ao de Gana, todavia, em 2005, o PIB per capita da Coreia do Sul ajustado pela paridade do poder de compra era oito vezes maior que o de Gana (MADDISON, 2006). Até hoje há debates acerca de como a Coreia do Sul conseguiu tamanho avanço (CHANG, 2008 [2007]) e porque outros países não conseguiram.



As disparidades no desempenho das economias e sua constância ao longo do tempo não foram satisfatoriamente explicadas pelo senso comum. Esse questionamento também é posto por Acemoglu e Robinson (2008, p. 1), quando investigam a razão pela qual alguns países são muito mais pobres que outros, assim como o motivo pelo qual algumas nações terem alcançado um crescimento econômico notável, enquanto outros permanecem em estagnação.

Segundo Acemoglu e Robinson (2012), o senso comum elenca três motivos pelos quais algumas nações prosperam e outras não: geografia, cultura e ignorância. Não é aderente ao propósito deste trabalho discorrer exaustivamente sobre cada fator, contudo, alguns apontamentos gerais se fazem necessários.

A partir da constatação de que a riqueza se concentra em regiões de clima temperado, enquanto os países que estão em regiões mais quentes do planeta são mais pobres, há quem defenda que a geografia pode ser a explicação. Entretanto, afirmam Acemoglu e Robinson (2012), os defensores desta teoria ignoram a desigualdade existente em países fronteiriços como, por exemplo, Coreia do Norte e Coreia do Sul e Alemanha Ocidental e Oriental (antes da queda do muro de Berlim).

O segundo principal fundamento para a disparidade entre os países é a cultura, extraída do pensamento de Max Weber no livro “Ética protestante e o espírito do capitalismo”. Nesta hipótese, relaciona-se a ética cristã com a prosperidade econômica. Evidentemente, um simples olhar para a economia contemporânea nos revela que o fundamento não é plausível, principalmente em razão da prosperidade crescente do leste asiático, que não adota o cristianismo. Neste ponto, merece destacar que os autores não refutam por completo a hipótese cultural, contudo, não acreditam que é a única variável determinante para o desenvolvimento. Sendo assim, afirmam:

Será que a hipótese cultural é útil para compreender a desigualdade mundial? Sim e não. Sim, no sentido de que as normas sociais, que são relacionadas à cultura, exercem profunda influência e podem ser difíceis de mudar – além de, por vezes, darem sustentação às diferenças institucionais que, segundo este livro, são o que explica as desigualdades mundiais. Em sua maior parte, porém, não, à medida que os aspectos culturais que se costuma enfatizar – religião, ética nacional, valores africanos ou latinos – não têm importância para entendermos como chegamos até aqui e por que as desigualdades do mundo persistem. Outros aspectos, como até que ponto as pessoas confiam umas nas outras ou são capazes de colaborar, são importantes, mas constituem basicamente um resultado das instituições, não causas independentes (ACEMOGLU; ROBINSON, 2012, p. 54).

Por fim, a terceira teoria popular para justificar por que algumas nações são pobres e outras ricas é a ignorância, sendo esta compreendida como a falta de conhecimento do governo e da sociedade sobre quais políticas adotar para o desenvolvimento. Acemoglu e Robinson (2012, p. 61-62) refutam esta teoria, afirmando que, no máximo, ela pode explicar uma pequena parte das desigualdades mundiais. Para além disso, exemplificam que não foi por diferença de conhecimento que o México, ao final do século XIX, optou por criar instituições econômicas que garantiriam o enriquecimento das elites, seguindo um caminho oposto do adotado pelos Estados Unidos.

Para além destas explicações, há quem sustente, como possível causa para o subdesenvolvimento dos países, a falta de investimentos e inovação tecnológica, a ausência de políticas macroeconômicas pró-mercado e a falta de capital humano.

Novamente nenhuma dessas hipóteses é suficiente para transformar países subdesenvolvidos em desenvolvidos, tampouco para justificar o *status quo* de cada um. Em verdade, pode-se afirmar que estas são as consequências do processo de desenvolvimento, não suas causas (GICO JR., 2017, p. 113).

No tocante ao investimento, nas palavras de Gico Júnior (2017, p. 113), este “apenas estimula o crescimento quando há oportunidades econômicas e incentivos para empreender produtivamente”. Desse modo, em países subdesenvolvidos, onde os custos relacionados à criação de negócios são altos e somente as elites dominantes se beneficiam do ambiente ineficiente, a economia é personalista, o que afasta a existência de investimento como determinante do sucesso de um empreendimento.

Desde logo já é possível notar que a estrutura jurídica de um país possui papel fundamental para a forma como os investimentos irão gerar ou não riqueza para um povo. Um capital jurídico ruim, não apenas reduz os investimentos, mas tem o potencial de distorcê-lo, gerando empresas menos eficientes, o que, no limite, impedem a inovação e o crescimento (GICO JR., 2017).

O mesmo raciocínio pode ser aplicado para as políticas macroeconômicas. A título exemplificativo, o Brasil é um dos países que mais investe no sistema educacional, contudo, inexistindo incentivos para aumentar a qualidade do ensino, o valor despendido não tornará o país mais desenvolvido em comparação ao que investe menos.

Seja como for, uma das razões pelas quais as hipóteses elencadas acima não conseguem explicar a disparidade das economias ao longo do tempo, é porque elas ignoram sumariamente o papel das instituições na sociedade, conforme se verá no tópico seguinte.

## 1.1 A TEORIA NEOINSTITUCIONALISTA DE DOUGLASS NORTH

A essa altura, fica claro que a geografia, cultura, ignorância ou a falta de investimentos e políticas macroeconômicas pró-mercado não explicam satisfatoriamente o desenvolvimento.

Igualmente, a teoria neoclássica não conseguiu explicar de forma eficiente a razão pela qual as nações possuem diferentes performances ao longo do tempo. A suposição de que as trocas ocorrem sem custos de transação, com direitos de propriedade bem definidos e com racionalidade ilimitada, restringem a compreensão dos diferentes níveis de desenvolvimento pelas economias (COSTA, 2019, p. 68).

A partir dessas constatações e tomando como pressuposto que a incerteza e os custos de transação estão sempre presentes nas relações humanas, o que demanda um amplo esforço cognitivo dos agentes, a Nova Economia Institucional, capitaneada por Douglass North, busca justificar as disparidades de desenvolvimento econômico entre as sociedades através das instituições.

Na obra *Institutions, Institutional Change and Economic Performance*, de 1990, a partir da análise histórica desenvolvida em trabalhos anteriores (1973 e 1981<sup>1</sup>), North enuncia um novo modelo de desenvolvimento econômico. Ampliando o *insight* de Coase, discorre sobre como as instituições reduzem os custos de transação em um sistema econômico. De acordo com a abordagem neoinstitucionalista, o crescimento de longo prazo de uma sociedade está diretamente relacionado à evolução de suas instituições.

O ponto de partida do modelo é a máxima de que as instituições e a estrutura produtiva oriunda de processos históricos singulares resultam em dinâmicas socioeconômicas diferentes entre os países (NORTH, 1990).

Antes, contudo, de aprofundar os estudos na teoria neoinstitucionalista propriamente dita, imprescindível a compreensão de dois conceitos fundamentais que constituem a base da formulação feita por North: incerteza e custos de transação.

### 1.1.1 A incerteza nas transações econômicas

Para desenvolver sua teoria, North tem como conceito primário a incerteza. Rejeitando a *rational choice* da teoria neoclássica, o autor argumenta que a incerteza é uma condição

---

<sup>1</sup> NORTH, Douglass; THOMAS, Robert P. *The Rise of the Western World: A New Economic History*, Cambridge University Press, Cambridge, 1973 e NORTH, Douglass. *Structure and Change in Economic History*, Norton, New York, 1981.

natural das relações humanas, e sua existência impossibilita ou dificulta consideravelmente a realização de transações econômicas entre os agentes (GALÍPOLO *et al.*, 2008). Em outras palavras, não é incomum que os *sets* de escolha e de interação social estejam eivados de informações imperfeitas e incompletas.

A complexidade impossibilita que os agentes processem, organizem e utilizem as informações pertinentes à uma certa tomada de decisão. Além disso, a incompletude informacional inviabiliza que os agentes efetivamente conheçam todas as informações disponíveis. Por conseguinte, no plano concreto, não há como se falar em decisões ótimas, do ponto de vista da maximização da riqueza.

Neste ponto, merece destaque que, em sua obra, North não discorre acerca do tipo de incerteza a que se refere. Ora trata como problemas computacionais dos agentes (NORTH, 1990, p. 25), ora como uma situação de realidades mutáveis (NORTH, 1999, p. 16).

No primeiro caso, o autor aborda uma visão de incerteza epistemológica, isto é, como a ausência do instrumental analítico necessário para conhecer e processar as informações relevantes para a tomada de decisão.

Por outros momentos, North provoca fortes indícios de que a incerteza a que se refere é ontológica, surgindo a partir da constatação de que a realidade é a todo o momento mutável. Assim, parte da premissa de que o mundo econômico é não-ergódico, ou seja, passivo de mudanças contínuas, repentinas e atípicas, que demandam um grande esforço cognitivo dos agentes para a compreensão dos fenômenos econômicos e sociais (NORTH, 1990).

Independentemente da visão de incerteza adotada, para os fins da presente pesquisa, importa saber que tal fator obsta a compreensão do rol de possibilidade de escolha por um agente de forma *ex ante*, provocando um “mal-funcionamento” nas transações econômicas (DEQUECH, 1999) e impedindo a tomada de decisões ótimas (GALA, 2003, p. 94).

Nas relações de trabalho, a incerteza se mostra ainda mais evidente. Considerado um mercado especial, pode-se afirmar que no mercado de trabalho as incertezas são a regra. Na relação entre empregado e empregador, existe assimetria de informação de ambos os lados, externalidades, desigualdade nas negociações e no poder de barganha, bem como monopólios e monopsônios (YEUNG, 2017, p. 907). Desse modo, todos esses fatores prejudicam a ampla cognição das possibilidade de escolha em uma tomada de decisão, o que pode gerar transações ineficientes e alheias à realidade dos fatos.

Para North, a maximização simplista da *rational choice* não é capaz de responder, para além do problema de decifração do ambiente, alguns comportamentos atinentes às ciências sociais (GALA, 2001, p. 21). O altruísmo, ideologias, questões éticas, políticas e religiosas

exercem influência destacada na motivação do comportamento dos agentes (COSTA, 2019, p. 67), mas parecem ser deixados de lado na teoria neoclássica.

Assim, o conceito de racionalidade assume um papel fundamental na construção da dinâmica institucional de North. Contudo, a racionalidade por ele defendida muito se difere da tomada de decisão ótima, dizendo respeito ao comportamento mais razoável possível, dada a incerteza dos agentes (GALA, 2003, p. 94).

A partir da compreensão da incerteza e da racionalidade limitada, das quais decorre uma pobreza informacional, North formula sua teoria para o desenvolvimento econômico.

Nesse sentido, as instituições, ao imporem restrições formais e informais à sociedade, bem como ao estruturar incentivos, reduzem a incerteza das trocas. Isto porque criam um arranjo institucional previsível de ação, coordenando as expectativas dos agentes e criando padrões de comportamentos que estabelecem limites para o conjunto de escolhas dos indivíduos (COSTA, 2019, p. 69).

Da mesma forma, as instituições legais trabalhistas atuam como incentivos (ou desincentivos) para a tomada de decisão dos agentes que integram a relação de trabalho. Assim, leis trabalhistas mais brandas podem inflamar as falhas já existentes no mercado, como a existência de monopólios e monopsonios. Doutro modo, leis trabalhistas mais severas podem inviabilizar as negociações privadas e desestimular a criação e manutenção de postos de trabalho.

### **1.1.2 Os custos de transação**

Do conceito de incerteza, ou como consequência deste, deriva a noção dos custos de transação. Isto porque, conforme melhor veremos adiante, ao reduzir-se a incerteza, reduz-se, igualmente, os custos da transação econômica.

Neste ponto da teoria neoinstitucional de North, identifica-se uma clara herança da construção de Ronald H. Coase, segundo a qual a incerteza sobre as vontades dos agentes aumenta os custos dos contratos celebrados pelas firmas.

Frisa-se, contudo, que não há uma única definição para custos de transação e própria literatura desenvolveu inúmeras interpretações ao logo dos anos<sup>2</sup>. Desse modo, para os fins desta pesquisa, adotaremos a noção mais corrente, extraída das consagradas pesquisas de Coase em *The Nature of the Firm*, publicada em 1937.

---

<sup>2</sup> Para uma melhor análise dos diferentes usos e significados do termo, vide: ALLEN, Douglas W. Transaction costs. *Encyclopedia of Law and Economics*. 2009.

Na oportunidade, Coase (1937) buscou compreender a razão de algumas transações serem realizadas através do mecanismo de preços, isto é, por meio do mercado, enquanto outras eram realizadas dentro das organizações. Assim, Coase trouxe para a teoria econômica a noção dos custos de transação, demonstrando que os agentes escolhem realizar transações através do mercado quando menos custosas, da mesma forma que optam pelo uso de mecanismos internos quantos estes implicam em menores custos (YEUNG, 2010, p. 14).

Coase utiliza a expressão “custos de transação” para os diferentes obstáculos que a negociação privada pode vir a enfrentar. Isto é, são todos os “custos em que se incorre para adquirir, proteger e transferir direitos de propriedade” (PINHEIRO; SADDI, 2005, p. 73). É inegável o caráter aberto do conceito. Entretanto, a literatura apresenta alguns exemplos de custos que costumam ser necessários para a realização de uma transação: custos de busca, de negociação e de monitoramento (PINHEIRO; SADDI, p. 62).

Em síntese, os custos de busca representam o esforço de se perquirir informações sobre as regras de distribuição de preço, o tempo despendido para buscar, organizar e integrar as informações com o que já se sabe, a busca por potenciais compradores e vendedores, bem como informações de como esses se comportam e em que circunstâncias operam.

Por não configurar uma concorrência perfeita, o mercado de trabalho também possui custos de busca. Assim, empregados e empregados enfrentam custos para harmonizar e adequar necessidades e atributos que são considerados relevantes no momento da contratação. Existindo altos custos de busca de emprego, é compreensível o trabalhador se dispor a receber abaixo de sua produtividade. Do mesmo modo, o empregador também possui custos informacionais e de busca no momento da contratação, na medida em que também despende tempo na procura por um trabalhador mais aderente às suas necessidades.

Os custos de negociação, como o próprio nome sugere, diz respeito às atividades e fatores inerentes às tratativas dos agentes. Nesse sentido, informações abertas ou fechadas, direitos de propriedade claros ou incertos, o número de negociantes, o tipo de relacionamento e comportamento dos agentes influenciam sobremaneira na transação. Basta imaginar uma negociação entre uma tribo indígena e madeireiros, na qual os custos de transação são altos principalmente em virtude do tipo de relacionamento e do comportamento das partes.

Nas relações trabalhistas, os custos de negociação são ainda mais evidentes, na medida em que a CLT e a Constituição Federal impedem a livre negociação e impõe compulsoriamente as regras do jogo que regerão a relação entre empregado e empregador. Soma-se a isso às decisões judiciais que, por vezes, anulam as negociações privadas e impactam de forma determinante no resultado econômico. Trata-se do exemplo perfeito da situação em que a

intervenção do Estado, por meio da legislação e jurisprudência, é mais ineficiente que a ausência de intervenção em si. Como bem afirma Yeung (2017, p. 916), os trabalhadores, como agentes econômicos racionais, sabem o que lhes é mais benéfico, logo, garantias as condições mínimas para a negociação, o resultado desta será mais eficiente do que as regras dispostas na lei.

É verdade que a Lei 13.467/2017 (reforma trabalhista), de maneira tímida, alterou o cenário das negociações trabalhistas, elencando no artigo 611-A da CLT<sup>3</sup> um rol exemplificativo de direitos que podem ser negociados diretamente entre as partes, sem a intervenção (direta) do Estado. Alia-se a isso a introdução do Título IV-A, que trata da representação dos empregados dentro das empresas. Ao determinar a criação da comissão de representantes dos empregados nas empresas, a reforma trabalhista reduz os custos de transação e auxilia na equiparação dos poderes de barganha.

Assim, conforme já defendia Yeung (2007) antes da reforma trabalhista, a criação de leis que incentivem a formação de organizações de representação no nível da empresa, no lugar dos sindicatos, é uma importante forma de se alcançar a maior eficiência e bem-estar no local de trabalho, reduzindo os custos de negociação. Isto porque a tomada de decisão neste nível assiste melhor aos interesses dos empregados e empregadores.

Os custos de monitoramento, por sua vez, são influenciados pelo tempo – se é uma troca simultânea ou de longo prazo –, pela complexidade da transação e pela forma e preço da punição pelo descumprimento do acordado. A título de exemplo, pode-se mencionar os contratos referentes à transposição do rio São Francisco, cuja duração é alta, a concorrência é baixa e há uma clara dificuldade de monitoramento, o que decerto contribuiu para os conhecidos desastres de Mariana e Brumadinho. Neste ponto, vale destacar que as relações de trabalho, por

---

<sup>3</sup> Art. 611-A. A convenção coletiva e o acordo coletivo de trabalho têm prevalência sobre a lei quando, entre outros, dispuserem sobre:

I - pacto quanto à jornada de trabalho, observados os limites constitucionais;

II - banco de horas anual;

III - intervalo intrajornada, respeitado o limite mínimo de trinta minutos para jornadas superiores a seis horas;

IV - adesão ao Programa Seguro-Emprego (PSE), de que trata a Lei no 13.189, de 19 de novembro de 2015;

V - plano de cargos, salários e funções compatíveis com a condição pessoal do empregado, bem como identificação dos cargos que se enquadram como funções de confiança;

VI - regulamento empresarial;

VII - representante dos trabalhadores no local de trabalho;

VIII - teletrabalho, regime de sobreaviso, e trabalho intermitente;

IX - remuneração por produtividade, incluídas as gorjetas percebidas pelo empregado, e remuneração por desempenho individual;

X - modalidade de registro de jornada de trabalho;

XI - troca do dia de feriado;

sua própria natureza, são de caráter duradouro, o que implica em um incremento natural dos custos de monitoramento.

Há quem mencione, ainda, outros fatores que podem contribuir para o aumento dos custos de transação, como por exemplo: problemas de agência, dispersão de risco, problemas de *hold-up*, flexibilidade e sonegação de impostos (CONTI, 2019). Pinheiro e Saddi (2005) mencionam, igualmente, os custos para a realização e correta aplicação dos contratos.

Note-se, portanto, que os custos de transação são determinados (i) pelas incertezas inerentes ao processo de transacionar, aqui entendida pela impossibilidade ou dificuldade de compreender todos os fatores relevantes para a tomada de decisão; (ii) pela frequência das operações realizadas, isto é, se recorrentes ou não eventuais; (iii) e pelo nível de especificidade dos ativos, ou seja, os custos relacionados à impossibilidade de utilização de um mesmo ativo em diversas transações (THIELMANN, 2013, p. 4)

Ao tratar dos custos de transação, North (1990) apresenta uma divisão entre custos de *measurement* e de *enforcement*. O primeiro diz respeito aos obstáculos que os agentes possuem para conhecer efetivamente o objeto da transação. Para Galípolo et. al. (2008, p. 199), “o ponto crucial aqui está na impossibilidade do conhecimento da qualidade do produto de forma *ex ante* pelo agente comprador em uma transação; fato que, no limite, pode abortar a troca, anulando possíveis ganhos de comércio”. Por outro lado, os custos de *enforcement*, relacionam-se à incerteza que os agentes possuem sobre a propriedade do bem a ser transacionado (NORTH, 1990, p. 32) e que, conseqüentemente, recaem na legitimidade da transação (GALÍPOLO et. al., 2008, p. 199).

Em ambos os conceitos, o pressuposto da incerteza se faz presente. Ela aumenta os custos de medição dos atributos do objeto da transação, assim como os custos para monitorar, proteger e fazer cumprir o acordo firmado. Tais custos, segundo North (1990), são a chave do surgimento das instituições sociais, políticas e econômicas.

Pelo exposto, a percepção da teoria neoclássica possui pouca utilidade para compreender alguns aspectos da atividade econômica, especialmente os relacionados aos contratos, organizações e às instituições legais, haja vista a adoção de uma hipótese simplista que nega a relevância prática dessas instituições da economia, ignorando o que se observa na prática (PINHEIRO; SADDI, 2005, p. 91).

Segundo Coase (1998), na teoria neoclássica, os consumidores não possuem humanidade, empresas não possuem organização e existem trocas sem mercado. Pinheiro e Saddi (2005, p. 91) comparam a referida teoria aos modelos da física que assumem a



inexistência de atrito: são pertinentes para compreender diversos conceitos, mas não as situações em que a existência de atrito é a principal explicação para o fenômeno em estudo.

Por outro lado, a incerteza e os custos de transação são os fios condutores da teoria neoinstitucionalista, na medida em que se defende que o papel das instituições é justamente reduzir o valor de tais custos. Assim, para compreender a razão de ser das instituições, bem como elas se estruturam, é imprescindível estudar como elas influenciam os agentes a transacionar a custos mais baixos.

Neste momento, fica claro que quando os custos de transação são elevados, as transações podem ser inviabilizadas, a menos que se estructurem que instituições que reduzam os custos *ex ante*, ou, ainda *ex post*, corrigindo resultados ineficientes. Para North (1990, p. 12), “quando é custoso realizar transações, instituições importam”.

Com este novo olhar, nasce a nova economia institucional, incorporando à tradicional teoria econômica a ideia de que os conceitos de incerteza, custos de transação e instituições influenciam no resultado econômico final (YEUNG, 2010, p. 15).

Contudo, conforme se verá adiante, uma intervenção mal feita provoca resultados mais deletérios que a própria inexistência de intervenção. No caso das relações de trabalho, por vezes o problema está justamente nessa má intervenção. Assim, compete às instituições legais trabalhistas equilibrar falhas como as assimetrias de informações e a desigualdade nas negociações privadas, o que, em última análise, auxilia no desenvolvimento econômico do país ao promover a criação e manutenção dos empregos de maneira sustentável ao longo do tempo (YEUNG, 2017, p. 906).

### **1.2.3 Instituições e desenvolvimento**

A partir do conceito de custos de transação, North passa a discorrer sobre a dificuldade que os agentes econômicos enfrentam em virtude da incerteza e como as instituições podem atenuar tal problema, promovendo a coordenação econômica e social. Para o autor, o cerne do problema econômico não está nas disparidades do avanço tecnológico, tampouco na acumulação de capital, mas sim nos arranjos institucionais que estimulam ou inibem atividades nesse sentido (GALA, 2003, p. 93).

Nas palavras do economista, “instituições são as regras do jogo de uma sociedade, ou, mais formalmente, são as restrições criadas pelo homem para moldar a interação humana” (NORTH, 1990, p. 3, tradução livre).

Ao mesmo tempo em que impõem restrições que limitam o *set* de escolhas do indivíduo, as instituições estruturam incentivos para as trocas, sejam elas de ordem política, social ou econômica. Elevam, por conseguinte, grau de previsibilidade dos resultados, o que, no limite, reduz a incerteza. Por conseguinte, prossegue North (1990, p. 3):

In consequence, they structure incentives in human exchange, whether political, social, or economic. Institutional change shapes the way societies evolve through time and hence is the key to understanding historical change.

Em que pese as instituições reduzirem a incerteza, criando uma estrutura estável para as relações humanas, estas não serão obrigatoriamente eficientes do ponto de vista social (COSTA, 2019, p. 69). Em outras palavras, a existência de um arcabouço institucional não implica, necessariamente, em desenvolvimento e eficiência econômica. Pelo contrário, há muitas sociedades, como a brasileira, que estão presas a um sistema institucional ineficiente que cria inúmeros obstáculos para o desenvolvimento econômico.

Como mencionado no item anterior, a atual configuração das instituições legais trabalhistas não resulta em desenvolvimento, tampouco numa relação eficiente entre empregado e empregados. Apesar de limitar o *set* de escolhas dos agentes, a legislação e jurisprudência trabalhistas não cumprem seu papel de pacificar e ordenar as relações laborais, ao revés, o excesso de regulamentação e protecionismo tem causado diversas distorções e estimulado o conflito entre capital-trabalho, em oposição à cooperação perquirida pela ciência econômica.

Desse modo, verifica-se, por um lado, que em algumas nações as instituições contribuíram para aumentar a eficiência da economia, o que permitiu maiores ganhos de trocas. Doutro, as instituições criaram obstáculos à troca, mantendo a economia de determinados países em estágio embrionário por longos períodos (YEUNG, 2010, p. 19).

Por esta razão, a contribuição de North se baseia, principalmente, na análise do papel cumprido pelas instituições ao longo da história do desenvolvimento econômico dos países. Existe um viés histórico na trajetória de cada nação, oriunda da forma como sua matriz institucional foi criada e desenvolvida. Portanto, segundo Costa (2019, p. 70), as instituições são dependentes de suas trajetórias prévias, são portadoras da história, haja vista que se relacionam fortemente com suas configurações historicamente herdadas.

Por conseguinte, para compreender o caminho percorrido por nações desenvolvidas, é imperioso analisar sua matriz institucional e o surgimento das regras formais e informais que a compõem e moldam as escolhas dos agentes, assim como as instituições de *enforcement*.

Com vistas a reduzir o grau de abstracionismo do seu modelo, North reduz seu campo de aplicação às interações econômicas entre os agentes. Nesse sentido, as instituições exercem um papel de restrição da escolha dos agentes na sua atividade econômica, não obstante também possam assumir uma função construtiva (DEQUECH, 2001, p. 8).

Em todas as sociedades, das mais primitivas às mais complexas, as pessoas criam restrições para estruturar as relações entre si. Isso porque, como já vimos, em condições de incerteza e carência de informação, as restrições reduzem os custos da interação humana. A abordagem de North diferencia as instituições pelo grau de formalidade, sendo assim, as divide em formais e informais.

As instituições informais dizem respeito aos códigos de conduta, normas de comportamento e convenções criadas no bojo de uma sociedade. Elas nascem de informações transmitidas entre gerações e fazem parte da cultura de um determinado povo (NORTH, 1990, p. 36). Logo, são uma fonte de continuidade, visto que transmitem para o presente as soluções utilizadas nas trocas do passado (BARBOSA, 2009, p. 35).

As instituições informais possuem o condão de modificar, suplementar e até mesmo substituir as regras formais, visto que se constituem como normas de comportamento sancionadas por toda a sociedade que possuem um *self-enforcement*, isto é, são autorreguláveis (BARBOSA, 2009, p. 35). Gico Júnior (2017, p. 116) fornece um interessante exemplo de instituição informal, que bem elucidada o conceito apresentado por North:

Em Genebra, Suíça, ao se aproximar das esteiras, os passageiros se mantêm a uma distância de 2 a 3 metros da esteira. Não há faixas no chão ou guardas que imponham essa distância, mas todos parecem segui-la rigorosamente. Mesmo estrangeiros, como este Autor, que não sabem de início da regra informal, rapidamente a percebem e se ajustam ao comportamento social. Já no aeroporto de Guarulhos, em São Paulo, a conduta é completamente diversa. A maioria dos passageiros se espreme e se aperta para sair rapidamente do avião e se posicionam da forma mais próxima possível da esteira. Aqueles que assim não procedem, rapidamente são bloqueados por outros passageiros que se esgueiram por qualquer brecha para ficar colados na esteira.

O exemplo acima demonstra que o ambiente institucional das nações é composto não somente por regras formais, mas igualmente por regras de comportamentos que foram internalizadas ao longo do tempo. Estas, por sua vez, podem persistir mesmo quando conflitam com o próprio interesse do agente (GICO JR., 2017, p. 117).

O Direito do Trabalho, doutro modo, nos fornece inúmeros exemplos de instituições informais que, no decorrer do tempo, em virtude de uma postura protecionista e paternalista

dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, transformaram-se em instituições formais, como o pagamento da gratificação natalina (13º salário).

As instituições formais, por sua vez, correspondem às regras políticas, judiciais, econômicas e as oriundas de contratos (NORTH, 1990, p. 46). O arcabouço formado pela Constituição, leis, estatutos, regras e contratos individuais define as restrições gerais até as mais específicas. Em geral, tanto os governos como as firmas podem criar regras formais. No Direito do Trabalho, as principais instituições formais são a Constituição Federal e a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT).

Como visto, segundo a abordagem neoinstitucionalista, as instituições possuem o relevante papel de reduzir a incerteza e os custos de transação. Nas instituições formais, tal objetivo fica muito claro quando se visualiza a hierarquia das regras: quanto maior o patamar hierárquico (e. g. Constituição Federal), mais custoso é sua alteração. Caso contrário, estaríamos diante de uma instabilidade como se regra formal não houvesse.

Mesmo em sociedades mais complexas e desenvolvidas, as instituições formais constituem uma pequena quota do conjunto de restrições que moldam as escolhas dos agentes. Nesse sentido, para North (1990, p. 46), a diferença entre restrições formais e informais é de grau. Na medida em que uma sociedade ganha em complexidade, tradições e costumes caminham em sentido unidirecional para a sua formalização, entretanto, as instituições formais ainda formam um pequeno percentual da matriz institucional.

Restrições formais, portanto, tem o potencial de complementar e aumentar a eficácia das restrições informais. De igual forma, instituições formais podem ser editadas para modificar, revisar ou substituir as informais, apesar desta transformação ser mais dificultosa (NORTH, 1990, p. 46).

Ao lado das instituições formais e informais, os mecanismos de *enforcement* são um conceito fundamental na estrutura institucional. Estes, por sua vez, são os mecanismos pelos quais as instituições são aplicadas, cumpridas. Geralmente, os mecanismos de *enforcement* são criados e monitorados pelo Estado, contudo, também podem ser controlados pelas firmas ou, tratando-se de restrições informais, podemos estar diante de mecanismos de *self-enforcement*, como no exemplo do procedimento para retirada de bagagem no aeroporto.

Seja como for, o cumprimento dos acordos ao longo do tempo e espaço é fundamental para a criação de mercados eficientes. Por esta razão, o Estado tem papel fundamental na teoria de North, haja vista define e controla o *enforcement* das principais instituições formais de uma sociedade, trabalhando diretamente para sua manutenção e (GALÍPOLO et. al, 2008, p. 200).

O arcabouço de restrições formais e informais forma a matriz institucional de uma sociedade, conceito fundamental na teoria que ora se apresenta. A partir da matriz, estipulam-se os estímulos para o surgimento das organizações, que, por sua vez, são os principais agentes de mudança e representam os *players* de uma sociedade. Nesse sentido, discorre Gala (2003, p. 101):

Originalmente, as organizações surgem do *framework* institucional de uma sociedade num momento do tempo. Daí por diante, passam a interagir com outras organizações, com as próprias instituições e com as tradicionais restrições da teoria econômica. Dessa interação resulta a *economic performance* das diversas sociedades, bem como sua evolução institucional.

Existe, portanto, uma relação de interdependência entre as instituições e as organizações, haja vista que o panorama institucional determina as organizações que são desenvolvidas. Estas, por sua vez, figuram como os principais agentes da mudança institucional, pois investem em conhecimento (de todos os tipos), modificam, de forma direta, as restrições formais, pelas vias políticas, e, de forma indireta, modificam as restrições informais como um subproduto da maximização de suas atividades (NORTH, 1990, p. 78).

Voltando ao problema central dos estudos de North, qual seja, por que algumas nações traçam trajetórias de prosperidade e riqueza, enquanto outras permanecem no subdesenvolvimento, fica evidente o papel das instituições no processo de desenvolvimento das nações, assim como o fato delas se originarem a partir de processos históricos singulares resultarem em dinâmicas socioeconômicas totalmente distintas entre os países. Isso também explica o fato de a legislação trabalhista ser tão diferente entre os países.

Ao contrário do que imaginava a teoria neoclássica, o mercado não funciona igualmente em todas as sociedades. Segundo Gico Júnior (2017, p. 117), “a depender do arcabouço institucional vigente, uma solução que foi bem-sucedida em uma dada comunidade pode fracassar miseravelmente em outra”. Logo, as instituições importam para o desenvolvimento das nações. Por conseguinte, afirma Costa (2019, p. 68):

O desenvolvimento econômico é um fenômeno eminentemente institucional, resultante de complexas interações entre forças econômicas, políticas e culturais da qual fazem parte distintos arranjos institucionais, que conferem diferenças nas trajetórias de desenvolvimento, bem como na forma de organização das diversas organizações da sociedade.

A cosmovisão analítica desenvolvida por North nos leva a concluir que o subdesenvolvimento é resultado de instituições socialmente ineficientes, e que países

subdesenvolvidos somente conseguirão traçar um caminho rumo ao desenvolvimento por meio de uma mudança institucional, na medida em que as nações estão inseridas em um processo histórico de evolução institucional permanente (COSTA, 2019, p. 70).

Ao tratar do subdesenvolvimento, sob o ponto de vista neoinstitucionalista, Gico Júnior (2017, p. 112) afirma que a ausência de investimentos, políticas nocivas e a falta de capital humano são apenas explicações secundária. Assim, sustenta que, em última instância, o subdesenvolvimento decorre “das escolhas que cada sociedade faz e tais escolhas são formatadas e limitadas pelas instituições (regras e normas) que estruturam a interação humana em uma dada comunidade”.

Por outro lado, nações desenvolvidas são sempre marcadas por uma matriz institucional que facilita a realização de trocas complexas, assim como por sistemas jurídicos estáveis e maduros, como se verá mais adiante.

Nesse contexto, em linhas gerais, é possível explicar o porquê da Inglaterra, que adotou um sistema político descentralizado que protege a propriedade e os contratos e que, no limite, garante o bom funcionamento do mercado, se desenvolveu. Ao passo em que países da América Latina, que perpetuaram um regime centralizado, com a manutenção de um governo comandado por um grupo de interesses e incapaz de incentivar a realização de negócios, permaneceram subdesenvolvidos.

A este ponto, já está claro que uma das instituições mais importantes nas economias contemporâneas, senão a mais, é o direito, este compreendido como o capital jurídico formado pelo conjunto de regras jurídicas, oriundas da seara legislativas ou não.

A partir do contexto teórico construído até o momento, passa-se a analisar a relevância do direito para o desenvolvimento econômico de uma nação.

## 1.2 O PAPEL DAS INSTITUIÇÕES LEGAIS

A partir da internalização das instituições como variáveis de análise, volta-se o estudo para a relação entre o desenvolvimento econômico e o ambiente jurídico institucional, aqui entendido como o conjunto de regras legais e o Poder Judiciário.

Os estudos que se dedicam à influência das instituições legais sobre a economia, fundamentando-se na literatura neoinstitucionalista, enfatizam que nenhuma sociedade capitalista contemporânea alcançou o desenvolvimento econômico sem um arcabouço jurídico amplo e complexo, que garanta, ao mesmo tempo, a existência de um mercado impessoal e proteja os cidadãos das tentativas de dominação das elites (GICO JR., 2017, p. 119).

Conforme uma sociedade ganha em complexidade, menor o conhecimento dos indivíduos sobre as circunstâncias sob as quais deve agir. Isto é, o conhecimento se apresenta disperso, incompleto e frequentemente contraditório, espalhado entre diversos indivíduos independentes (HAYEK, 2013). Como visto no item anterior, a incerteza aumenta os custos de transação, o que desacelera as transações econômicas e, em última análise, o desenvolvimento.

Por esta razão, defende-se que a base da prosperidade é a cooperação humana. Quanto mais os indivíduos dividem trabalhos e se especializam, promovem uma alocação mais eficiente dos recursos, por conseguinte, aumentando a riqueza. Para tanto, é imprescindível que os agentes possuam clareza a respeito do direito de propriedade, que os acordos sejam cumpridos e que exista mecanismos eficientes de *enforcement* em casos de descumprimento.

Nas relações trabalhistas, não é preciso pesquisar afundo para identificar que a cooperação entre empregado e empregador e quase nula. A começar pela legislação, que centraliza a organização do trabalho e, na prática, desestimula a negociação privada entre as partes, ou, ainda, do empregador com o Sindicato representante da categoria. O Judiciário também assume sua parcela de culpa, na medida em que anula e desconsidera o ajuste feito entre as partes em prol de uma “justiça social”<sup>4</sup>.

À vista disso, Pinheiro e Saddi (2005, p. 14) sustentam que o Direito afeta diretamente a economia ao influir no desenho da política econômica, por determinar os direitos de propriedade, o direito dos contratos e sua aplicação pelo Poder Judiciário. Igualmente, North bem sintetiza a ligação entre o ambiente institucional e o desenvolvimento econômico:

No mundo ocidental, a evolução dos tribunais, dos sistemas legais e de um sistema judicial relativamente imparcial desempenha um papel preponderante no desenvolvimento de um complexo sistema de contratos capaz de se estender no tempo e no espaço, um requisito essencial para a especialização econômica (NORTH, 1981, *apud* PINHEIRO E SADDI, 2015, p. 14).

Nota-se, portanto, o papel fundamental do Direito para a estruturação de instituições formais que solucionem problemas básicos oriundos da cooperação humana.

É verdade, entretanto, que algumas sociedades foram mais bem-sucedidas que outras. Em certos países, como o Brasil, é notório que o Direito se estruturou, em grande parte, para proteger o interesse de determinados grupos dominantes, o que decerto influencia na sua condição de subdesenvolvimento.

---

<sup>4</sup> Sobre o tema, vide pesquisa realizada por VIANNA, L. W. *et al.* **O perfil do Magistrado Brasileiro**, Projeto de Diagnóstico da Justiça, AMB/IUPERJ, 1996.

Além disso, a incerteza proveniente da aplicação da lei diante do poder discricionário e uma má administração da justiça contribuem para prejudicar o ambiente de negócios, pois aumentam os custos de transação e fomentam a corrupção (BUSCAGLIA, 1999, p. 3). E, cabe mencionar, o aumento dos custos de transação prejudicam principalmente o pequeno e médio empresário, que não possuem estrutura administrativa e financeira para arcar com eles.

Em um cenário econômico como este, onde as empresas pertencentes a um grupo excluído são penalizadas com altos os custos de transação, transparecidos na forma de burocracia, incerteza e insegurança, um resultado natural é o crescimento exponencial da informalidade. Esta, por sua vez, que é um traço representativo de países subdesenvolvidos, gera diversos custos provados e sociais. Isto porque, diante dos altos custos de transação, muitos indivíduos e empresas escolhem não entrar no mercado ou, ainda, entrar à margem da lei (GICO JR., 2017, p. 114).

Trazendo à discussão para o mercado de trabalho, que circundará a presente pesquisa, segundo o IBGE, a informalidade no Brasil (soma de trabalhadores sem carteira, por conta própria, domésticos não registrados e empregadores sem CNPJ) representou, em 2019, 41,1% da população ocupada, o que representa 38,4 milhões de pessoas. Além do mais, por estarem à margem da lei, negócios informais devem se manter acanhados, o que frustra seu crescimento.

Em seus estudos, Yeung (2010, p. 28) sintetiza bem os impactos perversos de um sistema legal ineficiente sobre a economia: aumento da desigualdade entre empresas, maior intervencionismo estatal, decréscimo dos investimentos e do valor dos ativos empresariais e aumento dos níveis de desemprego e informalidade.

De igual forma, Buscaglia (1999, p. 1), ao definir a instabilidade institucional que afeta o desenvolvimento econômico, elenca um rol exemplificativo de fatores prejudiciais, como confiscos, alta tributação, definição obscura das obrigações contratuais, ausência de uniformidade na aplicação das leis, corrupção, dentre outros. Por conseguinte, se as instituições legais são defeituosas e instáveis, os arranjos contratuais igualmente se tornarão mais arriscados, o que compromete o investimento privado e a ampliação de mercados.

Por outro lado, países desenvolvidos invariavelmente desfrutam de um ambiente jurídico institucional estável, com regras que se aplicam a todos, e não apenas aos integrantes de grupos econômicos influentes e dominantes. Como dito, a transformação econômica que países desenvolvidos vivenciaram foi acompanhada de uma maior complexidade nas relações contratuais. Desse modo, imprescindível um arcabouço jurídico capaz de aprimorar a gestão do risco das transações econômicas.



Ao aprofundar os estudos sobre os mecanismos institucionais que auxiliam o processo de crescimento, afirma Buscaglia (1999, p. 4):

Uma moderna economia de mercado requer leis que sejam constantemente capazes de redefinir os direitos e relações de mercado quando novas formas de estruturas corporativas emergem; de fornecer as determinações de obrigações contratuais em eterna mudança e estendê-las par anovas formas de instrumentos financeiros, propriedades tangíveis e intangíveis; de redefinir e fazer valer o direito das vítimas de novas tecnologias e atividades enquanto protege o ambiente da emergência de novos riscos.

Buscando demonstrar empiricamente a relação entre a boa estruturação jurídica de um país e seu desempenho econômico, Yeung (2010) cita as pesquisas de Scully (1998), as quais evidenciaram que os países em que o Estado observava os direitos individuais experimentaram um aumento médio de 2,75% em suas economias. Em contrapartida, países nos quais os direitos individuais não eram respeitados pelo Estado, o crescimento foi somente de 1,23%.

No mesmo sentido, Schapiro (2010, p. 219) defende que um processo bem-sucedido de desenvolvimento presume a existência de um arcabouço jurídico que traga regras claras, previsibilidade e calculabilidade para as transações privadas. Desse modo, regras que protegem a propriedade privada, a coercitividade para o cumprimento dos ajustes contratuais e a confiança no bom funcionamento do Poder Judiciário tornaram-se variáveis indispensáveis em uma sociedade.

A par da teoria, o Direito e a Justiça trabalhista alimentam-se de diversos valores e princípios jurídicos com alto grau de abstração. Soma-se a isso a nossa Constituição Federal, que, genericamente, protege os valores do “trabalho” e da “livre iniciativa privada”, de modo que os operadores do Direito podem se utilizar do cardápio constitucional conforme seu interesse na resolução da demanda. Como resultado prático, evidencia-se uma postura pouco cooperativa nas relações de trabalho e contratos que podem ser anulados a qualquer momento, o que retrai as ações tanto do empregado, quanto principalmente do empregador, que teme sofrer as consequências econômicas de um ajuste anulado futuramente.

Por todo o exposto, fica claro que instituições importam e, por conseguinte, as instituições jurídicas, consubstanciadas nas regras formais e no Poder Judiciário, exercem papel primordial no processo de desenvolvimento econômico das nações, tendo em vista seu potencial de reduzir a incerteza e os custos de transação, bem como estruturar o comportamento dos agentes, limitando-o.

### 1.3.1 O Judiciário como instituição econômica

Neste ponto, um olhar mais detido aos procedimentos legais e os meios pelos quais as normas são obedecidas e interpretadas pelo Poder Judiciário se faz necessário, notadamente para a melhor compreensão da problemática que orienta a presente pesquisa, qual seja, as decisões judiciais e seu impacto no desenvolvimento de uma nação.

Como dito, a estrutura jurídica de uma sociedade possui grande importância para a geração de riqueza, e nela se insere não somente as leis escritas, mas a forma em que elas são efetivamente praticadas. Na perspectiva neoinstitucionalista, o Poder Judiciário representa o *enforcement* das instituições legais.

A complexidade e a constante mutação das relações sociais contemporâneas refletem diretamente nos conflitos e suas soluções, tornando-os igualmente mais complexos em medida significativa. Além disso, o crescente aumento das transações econômicas pelo mercado, distante da esfera pública do Estado, expandiu significativamente a exigência da esfera privada por uma melhor definição dos direitos e obrigações.

Por esta razão, o Poder Judiciário constitui-se como um elemento-chave do desenvolvimento econômico. Por meio dele, é possível identificar o impacto econômico do sistema jurídico, na medida em que é o responsável por aplicar e interpretar as leis e regulamentos. Em um determinado mercado, o Poder Judiciário fornece a estrutura material e processual para favorecer a transação de direitos sobre bens materiais e imateriais (BUSCAGLIA, 1999).

Segundo Gico Júnior (2017, p. 122), dentre as coisas que as sociedades capitalistas contemporâneas têm em comum está a presença de um judiciário forte e independente, que permite que os agentes econômicos negociem livremente e, havendo o descumprimento do acordo, o indivíduo seja compelido a fazê-lo ou compensar os prejuízos decorrentes.

Para que uma sociedade possua um ambiente institucional estável, para além da existência de um conjunto sólido de regras, é indispensável que os tribunais interpretem e apliquem as leis consistentemente, de modo que os agentes econômicos possam avaliar as consequências das suas decisões em um cenário de longo prazo.

Neste sentido, a partir da disciplina da análise econômica do direito, temos o sistema processual pátrio como conformador de um mecanismo de incentivos, apto a criar estímulos e desestímulos para o comportamento dos agentes processuais, o que pode levar a um desempenho mais ou menos eficiente da atividade jurisdicional (TIMM et. al., 2019, p. 4).

Quanto mais lenta e ineficiente a atividade jurisdicional, maiores os riscos do aparecimento de comportamentos escusos e oportunistas, resultando no ajuizamento de ações frívolas.

É o que Gico Jr. (2014) chama de tragédia do Judiciário, em alusão aos estudos e da metáfora feita pelo biólogo Garret Hardin (1968) chamada “tragédia dos comuns”. O autor afirma que, considerando que os indivíduos buscam sempre maximizar seus benefícios individuais, em cenários de escassez, eles utilizam todo o recurso comum até sua extinção. Assim, a combinação de um livre acesso e uso de um certo recurso comum faz com que cada indivíduo internalize os benefícios da sua utilização e, ao mesmo tempo, externalize os efeitos negativos da exploração (TIMM et. al., 2019, p. 5).

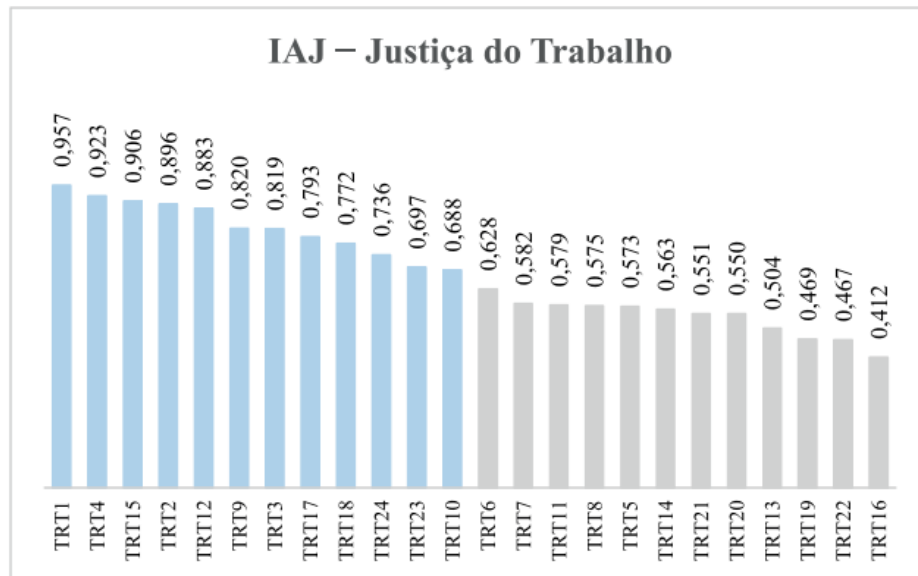
No que interessa a presente pesquisa, a Justiça do Trabalho é um recurso comum, de livre e amplo acesso por todos. Juridicamente falando, grande parte dos incentivos e políticas públicas são no sentido de reduzir os custos judiciais e ampliar ainda mais seu acesso, pois este é considerado um objetivo social. E, como visto acima, quanto mais pessoas demandam a Justiça do Trabalho, menos ela será útil para a coletividade, pois sua capacidade de prestar serviços públicos adjudicatórios será reduzida.

Somente no ano de 2019, 1.842.351 processos foram recebidos nas Varas do Trabalho, ao passo que 2.188.483 processos foram julgados. Resta, ainda, um resíduo de 3.733.865 processos pendentes somente no âmbito das Varas trabalhistas, para além das centenas de milhares de processo que tramitam nos Tribunais Regionais do Trabalho e Tribunal Superior do Trabalho.

Nota-se, portanto, que um dos grandes problemas que circunda o judiciário trabalhista atualmente é direcionar a lente somente para o acesso puro e simples ao Judiciário, como se isso bastasse para garantir o desenvolvimento e a satisfação social, quando em verdade dever-se-ia refletir sobre a possibilidade de efetivamente receber a prestação jurisdicional. O problema é, justamente, a super-litigância e qualidade da prestação do serviço.

Para além disso, na Justiça do Trabalho, inexistem pesquisas empíricas que buscaram analisar detalhadamente a população jurisdicionada. Não obstante, recentemente o Conselho Nacional de Justiça criou um índice de acesso à justiça (de zero a um) que envolve indicadores de educação, vulnerabilidade, acesso à serviços públicos, perfil da população, padrões de resolução de conflitos, dentre outros.

A partir dos resultados obtidos, verificou-se que os Tribunais Regionais do Trabalho que possuem um maior índice de acesso à justiça são os dos estados do Rio de Janeiro, Rio Grande do Sul, São Paulo, Paraná e Minas Gerais, entes federativos que concentram a população mais rica do país (CNJ, 2021).

**Figura 1 - Índice de Acesso à Justiça 2019 dos Tribunais da Justiça do Trabalho**

Fonte: Conselho Nacional de Justiça, 2020.

Soma-se a isso o fato de os maiores litigantes da Justiça do Trabalho serem as grandes empresas e entidades públicas: Petrobrás, Banco do Brasil, Caixa Econômica Federal, União, Banco Bradesco e Correios, para citar apenas as seis primeiras (TST, 2020). Em um cenário onde a prestação jurisdicional é ineficiente, imprevisível e ruim, os agentes começam a utilizar o Judiciário para fins não legítimos. Isto é, pessoas que de fato são titulares de direitos deixam de usá-lo e, doutro lado, os devedores valem-se dele para postergar ou anular suas obrigações (GICO JR. 2014).

Dito isso, imperioso que o sistema judicial controle os abusos do governo e de grupos dominantes, assim como proteja os direitos individuais básicos. A criação de um ambiente propício para o desenvolvimento de economias de mercado e com níveis de conflitos sociais reduzidos também são tarefas do sistema judicial (YEUNG, 2010).

Neste contexto, discorre Buscaglia (1999, p. 23), “um sistema judicial ideal é composto por instituições capazes de aplicar e interpretar as leis de forma equitativa e eficiente”. De forma mais específica, o autor elenca os seguintes elementos básicos para um sistema judicial eficaz:

Resultados relativamente previsíveis dentro dos tribunais; acessibilidade dos tribunais por parte da população, independentemente do nível de renda; tempo

razoável para a alienação; e soluções judiciais adequadas (BUSCAGLIA, 1999, p. 23).

Sucedem que no Brasil, assim como se verifica em outros países da América Latina, a aplicação e interpretação das leis são imprevisíveis e um processo judicial pode se estender por anos (e até décadas). Na contramão do que nos ensina a teoria, países subdesenvolvidos comportam um setor judicial sucateado, lento e corrupto, o que desestimula a realização de transações benéficas. Segundo Buscaglia (1999, p. 23), inexistindo um judiciário imparcial e eficiente, as transações econômicas dependem da presença de uma reputação preexistente e de trocas recorrentes. Como é de se imaginar, tal exigência inviabiliza inúmeras transações potencialmente benéficas entre agentes que não se conhecem. Em última análise, a imprevisibilidade das decisões judiciais e a morosidade do judiciário inflacionam ainda mais os custos de litigar e de fazer negócios.

O Poder Judiciário, sob a perspectiva econômica, possui a função de atuar como um terceiro imparcial e desinteressado capaz de impor aos litigantes, *ex post*, as obrigações assumidas *ex ante*. Ao final, garante que o comportamento desviante traga um retorno negativo. Assim, tal comportamento deixa de ser benéfico ao agente infrator e os acordos realizados passam a ser mais confiáveis, fomentando-se, assim, a confiança recíproca e a cooperação humana (GICO JR., 2012, p. 37).

Assim, pode-se dizer que no Brasil, um dos principais problemas para o desenvolvimento econômico é oriundo do Poder Judiciário, que deveria garantir a uniformidade do direito aplicável, mas, pelo contrário, profere decisões judiciais distintas, imprevisíveis e após um longo período, causando um verdadeiro imbróglio no ambiente jurídico-institucional.

É a partir da aplicação reiterada das regras jurídicas pelo Poder Judiciário que os agentes sociais são capazes de prever como seu conflito seria dirimido judicialmente. Essa segurança jurídica, portanto, permite que os agentes moldem seu comportamento. Quando, em um ordenamento, admitem-se julgamentos divergentes sobre o mesmo tema, de forma ampla e irrestrita, o efeito econômico, da perspectiva do ajuste de expectativas, é que nenhum dos agentes conseguirá prever o desfecho de sua demanda.

Como visto no item anterior, sob a perspectiva econômica, as regras jurídicas, nelas compreendida a jurisprudência, são capazes de alterar de sobremaneira os incentivos (e desincentivos) privados dos agentes processuais.

Assim, conforme se verá no último capítulo, a insegurança jurídica oriunda das decisões da Justiça do Trabalho, que por vezes decorre da presença de vieses políticos e

ideológicos nas decisões – objeto do presente estudo –, representa um obstáculo para as transações econômicas e para o ambiente de negócios como um todo, o que, no limite, prejudica o desenvolvimento econômico.

Compreendido o arcabouço teórico neoinstitucional que fundamenta a presente pesquisa, no capítulo seguinte passaremos a analisar mais detidamente as decisões judiciais e a necessidade da aplicação do consequencialismo jurídico e, em última análise, da estabilidade do ambiente jurídico institucional.

## **2 A INSUFICIÊNCIA DO DISCURSO DE PROTEÇÃO DO TRABALHO PELA ÓTICA DO DIREITO E A CONTRIBUIÇÃO DO PRAGMATISMO JURÍDICO PARA AS DECISÕES JUDICIAIS TRABALHISTAS**

Evidenciou-se no capítulo anterior que a existência de um arcabouço jurídico amplo e complexo, que atenda às necessidades da sociedade e do mercado, são imprescindíveis para o desenvolvimento econômico de um país. É, como visto, papel fundamental do Direito estruturar instituições formais que solucionem problemas básicos oriundos da cooperação humana, nas relações trabalhistas não é diferente.

O problema emerge quando o Direito se torna incapaz de fornecer tal suporte, acirrando a rivalidade entre capital e trabalho e tornando-se ineficiente para a regulação das relações humanas e, em especial, as da seara trabalhista.

A seguir, apresentar-se-ão as razões do esgotamento do discurso jurídico de proteção do trabalho, demonstrando seu anacronismo com a realidade das relações laborais contemporâneas e seu reflexo no Poder Judiciário. Em seguida, explorar-se-á uma nova perspectiva para a solução do problema, a partir da interseção do Direito e da Economia e, especificamente, da observância do pragmatismo e do consequencialismo nas decisões judiciais trabalhistas.

### **2.1 OS LIMITES DO DISCURSO JURÍDICO TRABALHISTA CONTEMPORÂNEO**

A abordagem puramente jurídica das relações entre capital e trabalho, inegavelmente, não é capaz de promover a cooperação entre os agentes econômicos. Nesse sentido, a dogmática e a legislação trabalhista construídas ao longo das últimas décadas esbarram em questões que fogem do seu limite cognitivo, como, por exemplo, a explicação do porquê da legislação e Judiciário trabalhistas não serem aptos a coibir as práticas delituosas nas relações laborais, assim como do porquê de mais da metade da população economicamente ativa do país permanecer à margem da proteção celetista, na informalidade. Tais constatações evidenciam que o discurso jurídico, de forma isolada, não consegue responder a todos os anseios sociais referentes às relações de trabalho.

Não há como discutir o estado da arte do Direito e Judiciário trabalhista, contudo, dissociado do contexto político, histórico e social em que ambos foram criados, ainda que não seja o foco da presente pesquisa tal remonte.

Nesse sentido, em apertada síntese, a fase de institucionalização das leis trabalhistas no Brasil nos remete à 1930, coincidindo com a Era Vargas. Não se pode separar a criação dos direitos trabalhistas do processo de urbanização e industrialização que se instalava no Brasil. As cidades se tornaram o novo cenário econômico, com o surgimento de novas classes sociais, em especial, a operária. O projeto de industrialização era o interesse comum entre a burguesia e os operários, e o populismo foi a forma encontrada por Vargas para aproximar os grupos de interesse. Diante disso, o corporativismo nas relações laborais foi o método empregado por Vargas para intervir substancialmente na vida dos trabalhadores.

Inspirada na Constituição de Weimar, bem como no modelo corporativista italiano – que propunha a intervenção do Estado nas condições de trabalho para regular, fiscalizar e solucionar os conflitos decorrentes da relação de trabalho – a Constituição de 1934 reestruturou a ordem jurídica trabalhista no Brasil. A carta constitucional elevou, pela primeira vez, os direitos trabalhistas ao status constitucional, apresentando disposições sobre o descanso semanal, férias anuais remuneradas, limitação da jornada de trabalho, proteção do trabalho dos jovens e das mulheres, dentre outros direitos. Desse modo, o Direito do Trabalho brasileiro deve seu crescimento à intervenção direta do Estado nas relações laborais, desenvolvendo instituições por meio de intensa atividade normativa.

O populismo e corporativismo de Vargas culminaram na edição da Consolidação das Leis do Trabalho, em 1943, uma legislação claramente paternalista, onde se nota a essência do Estado Novo. Apesar das boas intenções, a legislação tornou as relações trabalhistas engessadas e a mão-de-obra altamente custosa. Não há dúvidas de que, ao regular pormenorizadamente os vínculos laborais, o Estado influenciou em questões outras, como o custo de produção das empresas.

Diante dessa postura intervencionista e paternalista do Estado, bem como da politização do movimento trabalhista, a legislação laboral brasileira estruturou-se de forma a coibir negociações privadas e a garantir tantos direitos quanto possíveis à classe trabalhadora, independentemente do reflexo que isso traria às novas contratações e ao mercado de trabalho como um todo.

Feitos tais apontamentos históricos, é possível concluir seguramente que o Direito, como principal instituição formal do país, não está cumprindo com o seu papel de fornecer os incentivos para a cooperação entre as classes empresária e trabalhadora. Pelo contrário, existe, atualmente, incentivos para que os conflitos existam (YEUNG, 2007, p. 12).

Em 2017, a Lei 13.467, denominada de reforma trabalhista, buscou modernizar as normativas das relações trabalhistas e atenuar a rivalidade entre capital e trabalho, aumentando



o poder de negociação entre as partes e prevendo, dentre outras coisas, novas formas de contratação.

Destaca-se, por oportuno, a inclusão dos artigos 611-A e 611-B à CLT e a introdução da noção de prevalência do negociado sobre o legislado. A negociação na seara trabalhista sempre foi autorizada pela legislação, mas tão somente para favorecer o trabalhador, por meio da concessão de direitos e vantagens não previstos no ordenamento jurídico ou aprimorando o mínimo estabelecido. A partir da reforma trabalhista, é autorizada a negociação, inclusive, para a redução dos direitos e benefícios do trabalhador. Trata-se de iniciativa positiva, na medida em que em todos os países onde houve o desenvolvimento da economia, a relação entre os indivíduos passou a ser cada vez menos dependente do Estado (COOTER; ULEN, 2002).

A tentativa de modernização da CLT trouxe, ainda, novas modalidades de contratação, como o teletrabalho, o trabalho intermitente e o em tempo parcial. São iniciativas positivas, embora insuficientes. Para Yeung, em um cenário ideal, as leis trabalhistas devem ser flexíveis suficientemente para atender ao tipo de especificidade do conhecimento técnico e do tipo de relação do trabalho entre os empregados. Isto porque, a depender destes fatores, os custos e o interesse pela continuidade da relação são diferentes, razão pela qual a legislação deveria adequar-se. Contudo, uma legislação detalhista e federal, como a brasileira, dificilmente conseguirá satisfazer este ponto (YEUNG, 2007).

A novidade legislativa, portanto, se mostrou tímida e insuficiente para os objetivos perquiridos. Somente uma reforma que lance um olhar sobre os verdadeiros desafios do mercado de trabalho brasileiro promoverá a eficiência e o bem-estar da sociedade.

À vista disso, não se pode mais compreender o Direito e o pensamento jurídico como autônomos diante das demais ciências, especialmente a econômica. Dessa forma, os elementos estranhos à norma jurídica, verificados a partir da subsunção da regra ao fato, não devem ser sumariamente ignorados, como o são pelo paradigma jurídico tradicional.

Em outras palavras, em uma abordagem eminentemente jurídica, basta que um dado comportamento humano se amolde na descrição de uma norma jurídica válida para que esta seja aplicada, inexistindo discussões aprofundadas acerca da consequência de sua aplicação no contexto social ou ainda da (in)efetividade da norma ou da própria sanção. Neste contexto, ao tratar da sua Teoria Pura do Direito, de caráter eminentemente positivista, afirma Kelsen (2009, p. 1):

Quando a si própria se designa como “pura” teoria do Direito, isto significa que ela se propõe garantir um conhecimento apenas dirigido ao Direito e

excluir deste conhecimento tudo quanto não pertença ao seu objeto, tudo quanto não se possa, rigorosamente, determinar como Direito.

De acordo com o pensador austríaco, pouco importa para a Ciência Jurídica se a aplicação de seus mandamentos é reconhecida ou comprovada no contexto fático, visto que seus mecanismos não pretendem tal confirmação (CARDOSO, 2011, p. 64). A preocupação do Direito seria, portanto, tão somente a internalização das condutas humanas e sua remodelação a partir de dogmas pré-concebidos.

O cenário pós-positivista e neoconstitucionalista, igualmente, oferece objeções. A crescente força normativa das constituições e princípios jurídicos transformaram valores não positivados em regras que podem influenciar a decisão judicial (ALVES, 2019, p. 119). Dito de outro modo, esse movimento jusfilosófico reintroduziu os valores jurídicos abstratos ao ordenamento jurídico brasileiro, revestidos sob o manto de princípios, com a finalidade de autorizar a tomada de decisões neles fundamentadas.

No âmbito trabalhista, princípios como o da proteção do trabalhador e o da irrenunciabilidade dos direitos trabalhistas exemplificam bem o que se chama de valores jurídicos abstratos. Não raro, tais princípios são utilizados pelos magistrados trabalhistas para desconsiderar o ajuste contratual prévio, bem como para ampliar a tutela jurisdicional, com a criação de direitos que sequer estão previstos na legislação.

Um clássico exemplo, que felizmente foi extinto pela reforma trabalhista, é a remuneração pelas horas *in itinere* (horas de trajeto), que nada mais é que a obrigação, criada pelo Tribunal Superior do Trabalho, de pagamento pelo tempo despendido pelo empregado até o local de trabalho e o seu retorno para a casa quando a empresa se localizasse em local de difícil acesso. Certamente, ao criar este precedente, a Corte trabalhista não analisou as consequências práticas e econômicas que tal obrigação causaria, onerando o processo produtivo e desestimulando contratações.

Observa-se, portanto, que o protecionismo dos hipossuficientes foi se cristalizando e gerou um excesso de proteção, que, diante dos custos de sua aplicação, por vezes prejudica o próprio trabalhador, ocasionando um efeito bumerangue. Isto porque, ao elencar uma série de direitos que encarecem e geram complexidade ao contrato de trabalho, mais difíceis serão as transações nesse aspecto, o que faz aumentar exponencialmente as taxas de informalidade e desemprego.

Seja sob a concepção positivista de Kelsen, seja pela perspectiva pós-positivista, atualmente, não há mais como sustentar um modelo que almeje a regulamentação do mercado

de trabalho a partir do pressuposto de que o Direito é capaz de responder às demandas sociais ainda que distante das consequências fáticas do dia a dia da sociedade. Para Faria (2005), o pensamento jurídico está próximo de uma “exaustão paradigmática”, justamente em razão da ausência de efetividade de diversas normas jurídicas, as quais não vislumbram sua instrumentalização no Direito. Nesse sentido, afirma:

Dada a impressionante rapidez com que muitos dos conceitos e categorias fundamentais até agora prevaletentes na teoria jurídica vão sendo esvaziados e problematizados pelo fenômeno da globalização, seus códigos interpretativos, seus modelos analíticos e seus esquemas cognitivos revelam-se cada vez mais carentes de operacionalidade e funcionalidade (FARIA, 2005, p. 39).

A título de exemplo da dissociação da lei com a realidade, cita-se a conhecida “PEC das Domésticas”. Trata-se, sucintamente, da emenda constitucional que equiparou os direitos dos domésticos aos dos demais empregados. Seis anos após sua aprovação, em 2018, o nível de formalidade no setor caiu para 28%, em comparação aos 31% anteriores à aprovação da emenda<sup>5</sup>. O objetivo de retirar os empregados domésticos da informalidade restou frustrado, evidentemente, e dentre as razões plausíveis para explicar a ineficácia da norma está justamente a ausência de percepção mais próxima do mercado e do contexto fático em que tal relação de trabalho é desenvolvida. Isto porque, ao que parece, os empregadores do setor reagiram ao incentivo em sentido oposto ao pretendido pela lei, ou seja, passaram a contratar diaristas ao invés de formalizar o vínculo de emprego doméstico.

Na seara laboral, a problemática não se limita a isso, vale pontuar. Como visto, o manto paternalista, intervencionista e corporativista da legislação, majoritariamente desenvolvida em um contexto histórico totalmente diferente do atual também podem explicar o cenário do mercado de trabalho contemporâneo.

De todo modo, fato é que a problemática recai nas decisões judiciais e na atuação da Justiça do Trabalho, seja pelo contexto histórico em que ela foi criada, seja pelo próprio teor das leis que deve aplicar. Como dito no capítulo anterior, o Poder Judiciário é fundamental para o desenvolvimento das nações, pois constitui um mecanismo de *enforcement* e é o responsável pela aplicação da legislação vigente. Logo, em última análise, dita os comportamentos a serem

---

<sup>5</sup> Dados extraídos da Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE. Disponível em: [https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/media/com\\_mediaibge/arquivos/0649bf9319de9f6b0f3f75e26dbce06d.pdf](https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/media/com_mediaibge/arquivos/0649bf9319de9f6b0f3f75e26dbce06d.pdf). Acesso em ago. 2020.

adotados pelos agentes. Por esta razão, as decisões judiciais também não podem estar dissociadas da realidade fática, tampouco ignorar os ensinamentos de outras ciências sociais.

A partir da existência de inúmeros princípios jurídicos abstratos, notadamente de viés protetivo, sua aplicação e interpretação pelos magistrados deve se adaptar à conjuntura econômica e social ora experimentada pela sociedade. Não se trata, contudo, de mitigar os direitos trabalhistas, mas tão somente adequá-los a realidade social, refletindo sobre as consequências da proteção excessiva do trabalhador por meio de princípios abstratos.

No âmbito processual, há que se destacar o princípio do livre acesso à justiça trabalhista, que se materializa na garantia de um Judiciário gratuito, sem custos, onde qualquer pessoa pode demandar, na maioria das vezes sem a presença de um advogado. Além disso, até a reforma trabalhista, a regra era a inexistência de honorários advocatícios de sucumbência em caso de derrota, somada à simplicidade do procedimento em comparação à justiça comum, tudo com o intuito de ampliar o acesso e atender a demanda de trabalhadores, independentemente da sua disponibilidade de pagar.

Por outro lado, a perspectiva econômica nos mostra que quanto mais pessoas utilizarem o Poder Judiciário, menos ele servirá para a coletividade, na medida em que sua capacidade de prestar serviços diminuirá. Dessa forma, o que uma análise eminentemente jurídica não vê é que o foco correto deveria ser a possibilidade de usufruir da prestação jurisdicional, e não no acesso puro e simples ao órgão (GICO JR., 2014).

Como se verá adiante, a incapacidade (ou a recusa) dos julgadores trabalhistas, campo do presente estudo, de refletir sobre os impactos e as externalidades negativas de suas decisões, gera inúmeros danos às relações laborais e, principalmente, aos trabalhadores brasileiros (YEUNG; TIMM, 2015). A prática interpretativa voltada para o protecionismo, portanto, não se mostrou capaz de acompanhar as variações e inovações do mercado e as novas demandas sociais.

Para ilustrar esta abordagem, em 2012, o Tribunal Superior do Trabalho firmou o precedente segundo o qual a empregada gestante possui direito à estabilidade provisória no emprego mesmo em se tratando de contratação por prazo determinado, isto é, em uma relação em que as partes já sabem, de antemão, por quanto tempo ela vigorará. De um lado, os Ministros imaginaram que assim estariam tutelando o direito da mulher e de seu filho. Doutro, na prática, constatou-se que, após a decisão, homens se tornaram a preferência para as famosas contratações temporárias nos finais de ano (MORALES, 2012).

Não são incomuns os casos em que os magistrados trabalhistas decidiram sobre questões exclusivamente de natureza econômica (ou com grandes reflexos econômicos) sem

buscar compreender as reais posições das partes e os efeitos práticos que a solução proposta ocasionaria no mercado e na sociedade como um todo. Nesse sentido, o garantismo exagerado das normas também reflete na aplicação da tutela jurisdicional.

A despeito da percepção acima, uma recente pesquisa da Associação dos Magistrados Brasileiros apresentou três alternativas sobre a neutralidade do Poder Judiciário para os magistrados entrevistados: a de que o Judiciário não é neutro e deve interpretar a lei no sentido de aproximá-la dos processos sociais substantivos; a de que a não-neutralidade do Judiciário ameaça as liberdades; e a de que o Poder Judiciário não é neutro e que o magistrado deve considerar as consequências de suas decisões. Essa última frase foi escolhida por 68,9% dos juízes de 1º grau – chegando a 73,9% entre os juízes federais da mesma instância – e por 62,7% dos de 2º grau (VIANNA, 2018). Entretanto, parcela considerável dos entrevistados (22,7% dos juízes ativos de primeiro grau, 26,7% dos juízes ativos de segundo grau e 17,6% dos Ministros) preferiu a primeira assertiva, fato este que merece atenção redobrada.

Esta realidade resta ainda mais evidenciada em momentos de crise, a exemplo da ocasionada pela pandemia do novo coronavírus. Em contextos de crise e de transformação das relações sociais, o Direito, como instrumento de pacificação social, é desafiado a atuar e buscar soluções inovadoras para dirimir os conflitos que exsurgirão do estado de calamidade pública (ARAS, 2020).

Nesse sentido, são claros os efeitos na economia e nas relações de trabalho. A determinação de fechamento de estabelecimentos pelas autoridades públicas afeta diretamente a vida dos trabalhadores, que são obrigados a interromper a prestação de serviços, por vezes de forma definitiva. Há que se mencionar, ainda, os trabalhadores autônomos, que não possuem previsibilidade financeira, tampouco de quando poderão auferir alguma renda novamente. Do mesmo modo, a população deixa de ser produtiva e de consumir, resultando em uma diminuição considerável na realização de negócios e transações, o que leva muitas empresas a perderem seu capital e fecharem as portas, em especial as de pequeno e médio porte.

A crise econômica transforma-se rapidamente em crise social, resultando em desempregos e aumento ainda mais da informalidade, que não oferece nenhuma proteção trabalhista que tanto o Estado tenta disciplinar (GOUVEA, 2000, p. 66). Como o Direito do Trabalho está intimamente relacionado aos fenômenos econômicos, políticos e sociais, possui papel fundamental na busca pela eliminação ou minimização dos efeitos da crise.

Nota-se, portanto, que são questões diretamente relacionadas às consequências e a realidade social, das quais o paradigma jurídico tradicional não se ocupa. Em razão disso, em busca de coerência e efetividade do discurso, imprescindível a adoção de outros instrumentos,

ciências ou teorias que articulem de forma mais satisfatória a relação entre as leis trabalhistas, os agentes econômicos e o mercado de trabalho.

Nesse sentido, nas palavras de Timm (2010, p. 204), a ciência jurídica deve ser mais ambiciosa do que tão somente proscreever ou apresentar o Direito. Faz-se necessário voltar os esforços para a análise da eficácia social como meio apto para a efetivação das regras jurídicas trabalhistas. Para atingir tal finalidade, indispensável abandonar a falsa autonomia do direito e lançar um olhar para as demais ciências, desenvolvendo um novo enfoque teórico multidisciplinar.

Além disso, o discurso jurídico, ao desconsiderar as contribuições teóricas das demais ciências, dentre elas a economia, priva-se de oferecer uma solução eficiente e equilibrada para um determinado problema, visto que se preocupa mais em elencar direitos e deveres do que realmente com sua função na sociedade (CARDOSO, 2011, p. 66), a exemplo dos conflitos em matéria trabalhista.

Surge, portanto, a necessidade do sistema jurídico dispor de concepções e mecanismos efetivos que promovam sua concretização, para além da legislação, sanção e jurisprudência consolidadas atualmente. E mais, saber se o capital jurídico efetivamente produz os efeitos esperados dentro do plano social. De acordo com as lições de Barroso (1993, p. 78):

Não mais a eficácia jurídica, como possibilidade de aplicação da norma, mas a eficácia social, os mecanismos para sua real aplicação, para sua efetividade, [uma vez que ela] representa a materialização, no mundo dos fatos, dos preceitos legais e simboliza a aproximação, tão íntima quanto possível, entre o dever-ser normativo e o ser da realidade social.

Por todo o exposto, sustenta-se a necessidade de uma mudança paradigmática na visão estritamente normativa do discurso jurídico, clamando por uma maior interdisciplinaridade entre as ciências, em especial a econômica. Esta, por sua vez, como visto, assume um importante papel nos estudos da redução das incertezas e dos custos de transação, possibilitando a articulações de soluções para a problemática das relações laborais.

Como visto, a marginalização da abordagem econômica pelo discurso jurídico trabalhista recai diretamente no Poder Judiciário, que acaba por julgar demandas com reflexos econômicos sem realizar a ponderação necessária. E, dentro do diálogo do direito e economia, no que pretende esta pesquisa, torna-se relevante o estudo do pragmatismo jurídico, o qual passa-se a discorrer.

## 2.2 O NECESSÁRIO CONSEQUENCIALISMO DAS DECISÕES JUDICIAIS TRABALHISTAS SOB A PERSPECTIVA DE POSNER

A partir do contexto apresentado no item anterior, fica evidente que a interpretação e a aplicação do Direito não pode prescindir um estreitamento interdisciplinar com outras ciências. Entretanto, especificamente no tocante o Direito do Trabalho, até os dias atuais, ainda persiste uma falsa incompatibilidade entre as normas que regulam o mercado de trabalho e a economia. Em uma análise superficial, sustenta-se que o direito trabalhista é orientado por ideais sociais e de justiça, ao passo em que a economia possui caráter positivo, ocupando-se com a busca da eficiência atribuída aos agentes econômicos. Para os defensores dessa posição, a orientação para o desenvolvimento econômico dificultaria a conscientização da sociedade para a proteção dos trabalhadores.

Entretanto, no mundo globalizado, não podemos mais pensar nessa clivagem de conteúdo epistemológico entre o direito e a economia. A análise econômica do direito, pois, compreende as instituições legais como endógenas ao sistema econômico, isto é, como variáveis a ele inerentes. Nesse sentido, a economia e o mercado de trabalho e, por conseguinte, a proteção dos trabalhadores, são totalmente dependentes, de tal modo que a degradação e o desamparo da classe trabalhadora representam igualmente um problema econômico, ao contrário do que acredita o senso comum. Dito de outra forma, a sociedade necessita tanto de um mercado de trabalho forte, quanto da economia para se desenvolver. Não há que se falar, portanto, na negação dos direitos trabalhistas pela ciência econômica.

Nesse contexto, os estudos de Richard Allen Posner, juiz do Tribunal de Apelações da 7ª Região da justiça federal estadunidense e professor da Universidade de Chicago, contribuíram de sobremaneira para a comunicação do Direito com outras ciências, ainda na década de 70. Segundo o autor (2007, p. 587), “a teoria jurídica interdisciplinar é inevitável”.

Em detrimento aos demais ramos do conhecimento, Posner elege a ciência econômica como a merecedora de maior atenção dos operadores do Direito, pois, em sua visão, por trás de quase todo raciocínio jurídico está presente a economia (POSNER, 2007). Trata-se, portanto, de um dos grandes expoentes do movimento de *Law and Economics* ou de *Economic Analysis of Law*, que busca identificar e inserir a lógica e as consequências econômicas nas instituições jurídicas, bem como compreender as causas econômicas das transformações jurídicas. Da mesma forma, busca orientar os agentes políticos, dentre eles os juízes, a adotarem mecanismos mais eficientes de regulamentação da conduta por meio do Direito (POSNER, 2011, p. 12).

No tocante à esfera judicial, como já mencionado, o Poder Judiciário tem o fundamental papel de reduzir os custos da transação econômica, auxiliando na promoção do desenvolvimento. Em razão disso, ao se deparar com várias soluções possíveis, cabe ao juiz realizar uma análise de custo-benefício para o futuro da nação. Trata-se de um tipo de análise importante em todos os níveis do pensamento, e com o raciocínio jurídico não é diferente (POSNER, 2007, p. 142).

Além disso, a decisão judicial deve incentivar a otimização de valores e expectativas financeiras e não-financeiras, promovendo, em última análise, a maximização da riqueza em sentido amplo (ZANON JÚNIOR, 2013). Como visto no capítulo anterior, atualmente, diversas decisões judiciais trabalhistas, e até mesmo precedentes formados pela Corte correspondente, causam o efeito reverso, acirrando o conflito entre capital-trabalho e desincentivando a cooperação produtiva e econômica.

Para cumprir tamanhos desideratos, Posner desenvolve a teoria pragmática de adjudicação jurisdicional, de perspectiva cotidiana. Para o autor, não há alternativa diversa senão utilizar um método de raciocínio jurídico similar ao utilizado pelos indivíduos cotidianamente em suas tomadas de decisões (POSNER, 2007). Assim, afastando-se do viés filosófico do pragmatismo e com fundamento no realismo jurídico norte-americano, na teoria comportamental behaviorista e na teoria econômica, Posner reformulou a prática jurídica nos Estados Unidos.

Nesse sentido, insta salientar que, para Posner, o pragmatismo em sua perspectiva filosófica se mostrou insuficiente para proporcionar uma diretriz pragmática na ciência jurídica. Sua contribuição, portanto, resulta na compreensão da dúvida como ponto de partida para a investigação, de modo que os julgadores se distanciem do viés dogmático e se aproximem da adjudicação pragmática (POSNER, 1988, p. 251). Para além disso, apesar do modelo filosófico refutar a autonomia da estrutura lógica do Direito, possibilitando que as decisões judiciais levem em consideração argumentos empíricos, este não oferece uma solução ao seu objeto de crítica, o que, de certa forma, a esvazia.

Segundo Posner, o viés filosófico do pragmatismo, se aplicado ao Direito, somente tem o condão de afastar a pretensão científica neutra dos julgadores de subsunção dos fatos à norma, ao invés da dedicação à atividade política de formular e aplicar o Direito (POSNER, 201). Desse modo, o pragmatismo jurídico, de viés cotidiano, diferencia-se do modelo filosófico ao se direcionar à prática, afastando-se de debates unicamente teóricos e contemplativos. Justamente por isso, Posner (2010) sustenta que o pragmatismo jurídico se



aproxima do que denomina de *everyday pragmatism* (pragmatismo cotidiano, em tradução livre), intrínseca à própria sociedade norte-americana<sup>6</sup>.

Para Zanon Júnior (2013, p. 127), o pragmatismo jurídico cotidiano, portanto, se apresenta como uma corrente de estudos que tem por finalidade auxiliar os operadores do Direito na tomada de decisões sobre políticas públicas que promovam a maximização da riqueza em sentido amplo, isto é, não simplesmente financeiro. Para tanto, a teoria defende a ponderação das futuras consequências, a partir de uma perspectiva de experimentação empírica despida de palpites filosóficos. Na perspectiva de Posner (2012, p. 358), o pragmatismo cotidiano deve ser compreendido como “a disposição para basear as decisões públicas em fatos e consequências, não em conceitualismos e generalizações”.

Na introdução da sua obra *Overcoming Law* (2000, p. 4), Posner apresenta o pragmatismo como uma postura prática e instrumental voltada ao que efetivamente funciona e se mostra útil. Além disso, é voltado para o futuro (*forward-looking*), de modo que o passado se torna tão somente uma referência, a ser utilizada a depender de sua pertinência nas questões presentes e futuras.

Antes de avançar no pensamento de Posner, importa destacar que o autor lança um olhar específico para o pragmatismo da decisão judicial, como se explicitará a seguir, não se debruçando sobre uma teoria da norma jurídica. Nesse sentido, de acordo com a teoria pragmática da decisão judicial de Posner, o trabalho adjudicatório dos juízes, aqui entendidos como agentes políticos, deve ser desenvolvido por meio de uma maximização de riquezas (novamente, em sentido amplo) e direcionada às consequências, atingindo, assim, um resultado razoável que denomina de *reasonableness*.

O autor não nega que os juízes são agentes políticos e, como tais, também possuem o papel de governar o país, por mais que não tenham sido eleitos para tanto. Não obstante, Posner defende que ao exercer sua função, os juízes devem considerar, notadamente, as consequências dos atos decisórios, fazendo um esforço efetivo para o aprimoramento do Direito e para o encontro da melhor solução para o caso sub judice. Assim conclui:

O importante é que os juízes e outros tomadores de decisões pensem em termos de consequências sem levar a sério a retórica do formalismo legal e sem esquentar a cabeça com a filosofia pragmática; que eles sejam, em suma, pragmatistas cotidianos.

---

<sup>6</sup> Neste ponto, cabe salientar que Posner desenvolveu sua teoria a partir do sistema jurídico norte-americano da *common law*, no qual os precedentes possuem importância central. Desse modo, não se pode dissociar a análise da sua teoria jurídica do sistema que ele leva em consideração, bem como do fato que nele os precedentes são fontes jurídicas determinantes, ao lado do direito legislado.

O juiz pragmatista é orientado por fatos e pelas consequências em se adotar uma ou outra decisão. Refuta, por esta razão, suposições oriundas do senso comum, as quais não foram submetidas a um processo de investigação, motivo pelo qual é caracterizado como empírico, da mesma forma que o raciocínio prático comum.

Entretanto, não significa dizer que a teoria pragmática rejeita os princípios legais. O cerne da questão é o nível de abstração que a eles é conferido. A investigação empírica também se utiliza de princípios, mas são diferentes daqueles utilizados para suplantá-la, como “justiça”, “liberdade” e “autonomia”, cujo grau de abstração é bastante elevado (POSNER, 2010, p. 58). Dito de outro modo, para o juiz pragmático, os princípios orientam sua investigação factual em vez de substituí-la, vez que é necessária para a resolução do caso.

Não é raro se deparar, na Justiça do Trabalho, com decisões fundamentadas unicamente em princípios e normas gerais abstratas. Prova disso é o já mencionado precedente do TST que outrora instituiu o pagamento das horas *in itinere* aos empregados, sem qualquer amparo legal direto. O cerne da questão, contudo, sob a perspectiva pragmática, é que tais argumentos principiológicos e abstratos, normalmente, substituem a análise factual, o que acaba por prejudicar a solução judicial ótima.

Soma-se a isso o fato de o pragmatismo jurídico ser caracterizado como antidogmático, pois visa manter sempre o debate aberto a novas perspectivas (MAIA, 2008, p. 30). Além disso, considerando que o pragmatismo adota uma investigação empírica, afastando-se do modo de pensar estritamente científico, se qualifica como experimental.

Entretanto, longe de ser um dogma, a análise pragmática de custo-benefício deve ser uma ferramenta útil para identificar as consequências práticas das decisões judiciais, buscando sempre a solução mais razoável. Tendo a razoabilidade como norte, Posner não defende a adjudicação pragmática *ad hoc*, que desconsidera eventuais consequências futuras. Em suas palavras, “‘visão curta’ não faz parte da definição de ‘pragmático’” (POSNER, 2010, p. 47).

As consequências que devem ser consideradas, de acordo com Posner (2010, p. 48), não são somente as de curto prazo ou as mediatas que atingem o caso *sub judice*, mas igualmente as que denomina de “consequências sistêmicas”, associadas ao dever de coerência, generalidade, imparcialidade e previsibilidade no gerenciamento dos direitos e deveres legais. Nas palavras do autor:

Significa uma devida consideração (não exclusiva, não obstando escolhas) pelo valor político e social da continuidade, coerência, generalidade,

imparcialidade e previsibilidade na definição e administração de direitos e deveres legais. Reconhece a desejabilidade não de extinguir, mas de circunscrever o arbítrio judicial (POSNER, 2010, p. 48).

Como exemplo de valor sistêmico a ser preservado, Posner cita a linguagem como um meio de comunicação efetivo. Isto é, os juízes devem buscar interpretar as normas e os contratos pelo significado efetivo que seu texto evidencia. Analisar casos comuns de relações contratuais e decidir conforma a letra expressa da lei é, portanto, pragmático, sob a perspectiva do autor. Por conseguinte, é natural que existam decisões pragmáticas fáceis e difíceis, a depender das circunstâncias do caso concreto.

Em verdade, na maioria dos casos fará mais sentido aplicar a linguagem da norma jurídica, mas não em todos, e a ênfase exagerada às consequências sistêmicas da decisão, pode induzir ao formalismo legal. Assim, compete ao magistrado ponderar as consequências positivas da adoção da norma jurídica, que resguarda a estabilidade, e as consequências negativas da inovação quando a norma jurídica não está apta a solucionar o caso (POSNER, p. 50).

Como vimos no primeiro capítulo, a modificação de posicionamentos pretéritos tende a quebrar a expectativa dos indivíduos, cuja importância para o desenvolvimento da nação não pode ser desprezada. Sendo assim, a despeito do pragmatismo jurídico estar voltado para o futuro, é inegável a necessidade de se olhar também para o passado. Nesse sentido, discorre Posner (2010, p. 4):

O juiz pragmático não nega a virtude das normas jurídicas padrão de generalidade, previsibilidade e imparcialidade, que, em geral favorecem uma abordagem oposta a mudança para novas controvérsias legais. Ele se recusa a reificar ou sacralizar essas virtudes. Ousa compará-las às virtudes adaptativas da decisão do caso em questão, de forma a produzir as melhores consequências para as partes e às outras partes circunstanciadas da mesma forma.

Nota-se que o ponto central da teoria pragmática de Posner é a análise tanto das consequências mediatas, quanto das sistêmicas, considerando o impacto da decisão à valores importantes como a coerência, previsibilidade e imparcialidade do ordenamento. Desse modo, a análise das consequências não exime o julgador de respeitar a previsibilidade do direito e o significado comum do texto normativo (ALVES, 2019).

A partir da perspectiva pragmática, é possível que a solução razoável para o caso seja justamente aplicar a norma jurídica posta. Desse modo, o juiz pragmatista deve ponderar tanto as consequências positivas oriundas da coerência com o direito pretérito, em respeito à

segurança jurídica, quanto as consequências negativas advindas da manutenção do entendimento mesmo quando o caso não se encaixa totalmente ao direito posto. Assim, questiona Posner (2010, p. 53):

A decisão de acordo com a norma é portanto não pragmática? Não porque o prejuízo de ignorar as consequências no caso particular deve ser pesado em relação ao ganho por simplificar a investigação, minimizar o arbítrio judicial, aumentar a transparência da lei e tornar as obrigações legais mais definitivas.

Portanto, sempre haverá casos em que, a partir do sopesamento dos efeitos negativos de julgar de forma contrária ao Direito preexistente, oriundos principalmente da quebra da segurança jurídica, a escolha pragmaticamente justificada será manter a coerência com este último. Igualmente, caso o julgador não saiba de maneira muito clara qual é a melhor decisão a ser tomada, a teoria pragmática defende a aplicação do precedente ou da lei, na medida em que afastá-los sacrificaria a segurança jurídica em detrimento de uma mera conjectura (MAIA, 2008, p. 34).

Aqui reside uma notável distinção entre formalistas e pragmáticos. O juiz formalista olha para trás buscando legitimar sua decisão, conferir a ela um *pedigree*, de modo que sua decisão seja dedutível de uma norma ou princípio preexistentes, enquanto o juiz pragmático olha para o passado porque valoriza a continuidade como um valor social, não porque possui algum senso de dever para com ele (POSNER, 2010, p. 55).

É preciso, pois, desmistificar a ideia de que o consequencialismo das decisões judiciais é incompatível com o sistema de precedentes ou com a estrutura legislativa brasileira. Da mesma forma, a norma jurídica não é rechaçada da teoria pragmática de Posner. Pelo contrário, nela são acrescentados diversos elementos que, ao lado da dogmática jurídica, irão compor o instrumental do processo decisório do Poder Judiciário.

Além do mais, Posner (2010) sustenta que não há hierarquia entre os tradicionais instrumentais decisórios e as demais fontes de informação oriundas da teoria ora proposta e da interseção do Direito com outras ciências, capazes de antever as consequências da decisão. Pelo contrário, não sendo catastróficas, afirma o autor, é mais racional proferir uma decisão judicial de acordo com a lei, contrato ou precedente, preservando as expectativas dos agentes e os mecanismos tradicionais de adjudicação.

Não há, entretanto, uma fórmula mágica para equilibrar perfeitamente as consequências sistêmicas e as específicas do caso concreto. Por esta razão, Posner (2010, p. 50)

defende que o juiz pragmático deve proferir a decisão mais razoável que puder, sopesando prós e contras e tendo em vista o desejo de preservação dos valores da norma jurídica.

A atividade interpretativa dos juízes deve ser, nas palavras de Posner, uma reconstrução imaginativa (*imaginative reconstruction*). Significa dizer que compete ao juiz, no momento de proferir uma decisão judicial, buscar compreender quais foram as razões pelas quais o legislador ou os juízes pretéritos optaram por uma determinada solução em detrimento da outra. A partir deste marco, devem refletir sobre as consequências práticas e sistêmicas do caso que está sob sua competência (POSNER, 2007).

Porém, alerta Posner (2010, p. 53), não é papel do juiz, em regra, questionar os julgamentos de políticas legislativas que ensejaram a criação de uma lei constitucional. Compreender o propósito da lei é justamente o guia que irá delimitar as consequências a serem consideradas pelos magistrados, resguardados os casos em que seguir o propósito da lei produziria resultados tão negativos que a decisão ortodoxa seria despropositada (POSNER, 2010, p. 53).

No caso específico das normas legisladas, Posner (2009, p. 397) ressalta que seus significados não resultam somente do texto propriamente dito, ao revés, o significado da norma surge a partir do momento em que os critérios e as experiências linguísticas e culturais são aplicados ao texto. Desse modo, a reconstrução imaginativa e a busca pelo significado da norma perpassa pela análise “tanto do contexto quanto das propriedades semânticas de outras propriedades formais dos enunciados linguísticos” (POSNER, 2007, p. 361).

Não se pode, pois, exigir que o legislador de 1940 tenha refletido nas novas formas de produzir e trabalhar que modificaram as relações de trabalho nos últimos anos. Atualmente, em uma chamada “indústria 4.0”, novos postos de trabalho e profissões são criados cada vez mais rápido. O conceito de subordinação da CLT não mais se adequa à dinâmica laboral – basta pensar na prestação de serviços de entrega por meio de plataformas de intermediação. Não diferente, as relações trabalhistas também estão precisando se reinventar, de modo a se adaptar ao novo contexto social e tecnológico.

Em casos como esse, as consequências advindas da situação concreta influenciam diretamente no processo de tomada de decisão, ou, ao menos, deveriam. De acordo com a teoria pragmática de Posner, o maior erro de um julgador é acreditar que imbróglis assim podem ser analisados e decididos tão somente pelo arcabouço jurídico existente. Arcabouço este, vale dizer, criado por legisladores da década de 1940 e julgadores que sequer refletiram ou imaginaram o atual contexto social que se vive. Inevitável, portanto, que decisões assim sejam

pautadas na razoabilidade, até porque, sendo uma demanda jurídica nova, não envolve sólidas expectativas das partes.

A partir de sua teoria pragmática, Posner defende que os juízes não são meros aplicadores da lei, ao revés, a elaboram, razão pela qual os denomina de *rulemakers*. Não é demais lembrar que o autor construiu sua teoria no sistema anglo-saxônico, de modo que a própria atividade interpretativa dos juízes e a força dos precedentes evidenciam que o Poder Judiciário também cria o Direito.

Assim, critica o ponto de vista de Hart, para o qual os magistrados somente criam Direito na ausência das tradicionais fontes de decisão. Segundo Posner (2010, p. 62), Hart limita o arbítrio pragmático do juiz ao fazer tal afirmação. Para o juiz pragmático, não há distinção entre aplicar e criar a lei, assim como a lei não é passível de lacunas, pois não é um objeto, é a atividade dos juízes e demais órgãos oficiais.

Por fim, sem o objetivo de esgotar a teoria de Posner na presente pesquisa, insta reiterar que, sob a perspectiva do autor, a reflexão pragmatista não tem vez somente quando o material convencional de adjudicação (leis e jurisprudência) for insuficiente. Pelo contrário, haverá casos em que o cenário é tão crítico que pressiona de forma incisiva a metodologia formalista, a qual não possui prioridade absoluta sobre as demais fontes de informação (POSNER, 2010, p. 64). Inevitável, neste ponto, não voltar a mencionar a crise que o país (e o mundo) está vivendo em razão da pandemia do novo coronavírus, que desafia as instituições legais, principalmente o Poder Judiciário, a atuarem e buscarem soluções inovadoras para solucionar os conflitos que surgem do cenário calamitoso.

À vista disso, defende-se a adoção de uma linha de argumentação amparada pelas bases teóricas do pragmatismo jurídico de Posner nas decisões judiciais trabalhistas como exigência de eficiência e com o intuito de auxiliar o desenvolvimento do país, sob o ponto de vista da Análise Econômica do Direito.

Até o momento, já é possível notar as consequências deletérias que emergem quando os operadores do Direito, em especial do Poder Judiciário, proferem decisões sem considerar os efeitos multifacetados sobre os demais agentes da sociedade. É o que Yeung e Timm (2015, p. 44) denominam de visão da “árvore e não da floresta”, cujos resultados podem ser contrários ao que inicialmente se busca, prejudicando, não raras vezes, a classe trabalhadora, por exemplo, que tanto se almeja proteger.

Para os autores, em geral, a ciência jurídica possui um olhar para a árvore, ao passo em que a ciência econômica se assemelha a um olhar para toda a floresta. Desse modo, na ânsia imediatista de solucionar tão logo quanto possível o problema que lhe é posto, o operador do

Direito, muitas vezes, não atenta para o fato de que sua tomada de decisão causará impactos diretos e indiretos sobre outras questões e pessoas. Trata-se das externalidades de uma ação ou decisão, na linguagem econômica (YEUNG, TIMM, 2015, p. 38).

Como dito anteriormente, o fenômeno da ausência de consideração das consequências é muito presente no Direito e no Judiciário trabalhista. Neste ramo, contudo, as externalidades negativas provoca danos imensuráveis aos próprios trabalhadores, resultado oposto ao que os juízes e legisladores pretendem. Nas palavras de Yeung e Timm (2015, p. 38),

De fato, a Justiça é cega: cega aos males que ela cria, em nome de uma suposta necessidade de “proteção dos mais fracos”. [...] Enquanto os agentes do Direito brasileiro continuarem com a miopia nas tomadas de decisões, ignorando as consequências efetivas de suas decisões, o ambiente de trabalho no Brasil continuará a ser marcado por conflitos, desincentivos para a cooperação produtiva, e sobretudo para os negócios. Nestes casos, não somente a empresa sofre, quem mais sofrerá das consequências é o próprio trabalhador, que não dificilmente encontrará garantias para seus postos de trabalho.

Por esta razão, enganam-se aqueles que pensam que os ensinamentos de Posner permanecem somente na teoria e no imaginário dos operadores do Direito brasileiro. A discricionariedade da aplicação do Direito e a ausência da reflexão sobre as externalidades negativas da decisão, como fatores impeditivos do desenvolvimento do país, clamam pela adoção do pragmatismo e consequencialismo nas decisões judiciais trabalhistas. Aliás, como se verá no item seguinte, trata-se de demanda cada vez mais presente no ordenamento jurídico brasileiro, que introduz, cada vez mais, dispositivos legais que demandam sua observância.

### 2.3 A TENDÊNCIA DA PONDERAÇÃO DAS CONSEQUÊNCIAS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Superada a apresentação da teoria contemporânea da argumentação jurídica de Posner, cabe demonstrar de que forma o ordenamento jurídico brasileiro, atualmente, caminha para a valorização do consequencialismo das decisões judiciais.

Como visto, o neoconstitucionalismo reintroduziu os valores jurídicos abstratos no ordenamento jurídico, agora sob a denominação de princípios, com o objetivo de consentir com decisões judiciais baseadas em parâmetros de justiça. Em contrapartida, aumentou consideravelmente a discricionariedade do órgão julgador e, conseqüentemente, tornou as decisões ainda mais imprevisíveis.

Não é demais lembrar que normas jurídicas abertas, como grande parte dos princípios do Direito do Trabalho, favorecem decisões judiciais contraditórias em casos semelhantes, na medida em que cada julgador interpreta, sopesa e avalia tais normas de maneira diferente. Por conseguinte, estamos diante de um problema que viola à mais básica noção de justiça.

Para além dos notórios problemas de insegurança jurídica, a valorização de princípios e valores abstratos é, de certa forma, antidemocrático, pois transfere a tomada de decisões que deveriam ser tomadas pelo Poder Legislativo para o Poder Judiciário, aumentando ainda mais as chances de arbitrariedades. Assim, sem dúvidas, os grupos dominantes assumem posição de vantagem na consecução de seus interesses.

Justamente para mitigar a discricionariedade judicial é que se percebe uma tendência cada vez maior no Brasil no sentido de valorização das teorias consequencialista da argumentação jurídica, conforme visto no item anterior. Não se trata, portanto, de uma temática estritamente teórica, sendo verificada na prática no ordenamento pátrio.

O mais recente avanço nesse sentido se verifica no artigo 20 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), introduzido pela Lei n. 13.655, de 2018, que veda decisões administrativas, controladoras e judiciais fundamentadas em valores jurídicos abstratos, em detrimento das consequências práticas da decisão. É verdade que esta última foi editada com o intuito de trazer previsões sobre segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público. Contudo, a preocupação do legislador pode evidenciar um possível caminho para todas as áreas do direito.

Nesse sentido, a referida lei partiu da constatação de que no âmbito do direito público (não diferente dos demais) existe uma discricionariedade judicial considerável, que acaba por produzir por vezes decisões antagônicas, mal fundamentadas e que atravessam a discricionariedade do próprio administrador. Em outras palavras, a legislação buscou introduzir um pouco do pragmatismo e da contextualização na interpretação das normas de direito público.

A nova disposição não está isenta de críticas, principalmente no tocante a nomenclatura utilizada (“valores jurídicos abstratos”). De fato, melhor seria se a lei se utilizasse de expressões normativas já conhecidas pelo ordenamento jurídico, como princípios, cláusulas gerais ou conceitos jurídicos abstratos. Entretanto, não é objeto do presente estudo a análise e crítica do referido dispositivo, mas tão somente demonstrar de que forma se caminha cada dia mais para o consequencialismo das decisões judiciais.

Para além disso, insta salientar que o novo artigo 20 representa um marco sem precedentes na teoria da decisão no ordenamento pátrio, incluindo de forma expressa o consequencialismo como um dos muitos critérios das decisões, o que, em última análise,



aperfeiçoa a argumentação jurídica destas. Percebe-se, portanto, que o dispositivo representa uma tentativa de incrementar a racionalidade das decisões e reduzir o grau de discricionariedade dos julgadores ao interpretar conceitos abstratos e indeterminados, tão presentes na realidade brasileira.

É preciso deixar bem pontuado. A introdução do artigo 20 na LINDB não traz consigo a ideia de que todas as decisões serão decididas exclusivamente com base no consequencialismo, em detrimento das disposições legais. O consequencialismo previsto na supracitada lei é mais restrito do que aquele defendido por Posner, nos moldes vistos no item anterior. Assim, o artigo somente admite a ponderação de consequências quando os parâmetros da decisão sejam somente valores jurídicos abstratos.

Em contrapartida, reconhece-se que, assim como os princípios, o julgador pode usar as consequências para fazer prevalecer, indiretamente, suas preferências pessoais, ainda que de forma mais velada. Para mitigar essa questão, indispensável que a decisão se fundamente em dados reais, concretos, bem como evidencie o porquê da solução de um determinado caso dever ser adequada àqueles dados.

A principal diferença do consequencialismo introduzido pela LINDB do sustentado por Posner é que no primeiro não há espaço para discutir as consequências nas zonas de certeza da norma, ainda que sua aplicação gere consequências drásticas. Não obstante, já representa um caminho inicial para a discussão aprofundada da matéria no âmbito brasileiro.

Ademais, antes de seguir para o próximo capítulo que as consequências aqui defendidas não estão congeladas no tempo. Explica-se. É natural que, com o passar do tempo, noções difundidas acerca do mercado de trabalho, regulação do salário-mínimo, dentre outros temas trabalhistas, sofram modificações de perspectiva. E, nesse sentido, compete ao julgador levar tais avanços em consideração, não se prendendo em ideais abstratos. O consequencialismo deve, portanto, se renovar no tempo.

### 3 ANÁLISE ECONÔMICA DA JUSTIÇA DO TRABALHO

No primeiro capítulo desta pesquisa, a partir dos ensinamentos de North (1990), ficou clara a relação entre um bom ambiente institucional e o desenvolvimento econômico. Por esta razão, concluiu-se que os países que possuem instituições mais consolidadas, principalmente instituições legais, experimentam melhores taxas de investimento e índices de crescimento.

Surpreendentemente, a reconhecida importância das instituições legais não é acompanhada pela atenção necessária ao tema. Nesse sentido, o sistema legal e o Poder Judiciário são tratados como única instituição, ignorando-se o fato de que são duas engrenagens distintas de uma mesma máquina (PINHEIRO, 2003).

Nas últimas décadas, contudo, a partir do reconhecimento do papel do Poder Judiciário para o funcionamento da economia, estudiosos da Análise Econômica do Direito passaram a publicar trabalhos focados na compreensão dos problemas que atingem este Poder, relacionando-os com as falhas no desenvolvimento econômico.

O Poder Judiciário brasileiro é uma instituição com sérias falhas, notadamente quando se refere a agilidade, parcialidade e imprevisibilidade. Não é à toa que uma pesquisa realizada em 2011 pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA) apurou uma percepção crítica da população brasileira quanto à Justiça. Para os entrevistados, a Justiça merece uma nota de 4,55, em uma escala de zero a dez. E, diga-se de passagem, a percepção social é generalizada, incluindo os diversos segmentos sociais (IPEA, 2011).

Indo mais além, ao avaliar a “honestidade dos seus integrantes e punição dos que se envolvem em casos de corrupção”, a “rapidez na decisão dos casos” e a “imparcialidade”, os entrevistados atribuíram ao Judiciário as notas 1,17, 1,18 e 1,18, respectivamente, em uma escala de zero a quatro. Restando evidente, portanto, problemas sérios no modo que a Justiça é vista pelos jurisdicionados.

A este ponto da pesquisa, passar-se-á a analisar indícios que denotem a existência de um óbice relevante e pouco discutido na prática: o viés das decisões judiciais trabalhistas em favor do trabalhador. Afinal, não é somente a escassez de recursos materiais e humanos, a morosidade e a péssima qualidade das leis que influenciam na ineficiência judicial e na insegurança jurídica. Decisões dúbias, enviesadas e mal fundamentadas contribuem igualmente para desalinhar as expectativas do jurisdicionado quanto a resolução de um conflito, o que provoca um estímulo ao litígio judicial.

Uma ressalva prévia se faz necessária. Por óbvio, a presente pesquisa não tem a pretensão de afirmar peremptoriamente que os magistrados trabalhistas proferem decisões

judiciais enviesadas em prol dos trabalhadores, isso sequer seria possível, pois o subconsciente de cada julgador é inacessível. O objetivo central é, portanto, ultrapassar os limites das discussões tradicionais sobre o tema e contribuir para a literatura científica, analisando a Justiça do Trabalho e as decisões judiciais por ela proferida sob a ótica da análise econômica do direito e das conexões que essa ciência nos permite fazer no caso em tela.

Não se pode ultrapassar, entretanto, a barreira da inexistência de dados empíricos no Brasil. A principal intuição dos economistas é de que as instituições legais importam, contudo, não sabem detalhar quais, como e o quanto importam (YEUNG, 2010). Novas áreas de pesquisa, como a análise econômica do direito, contribuem para a mitigação dessas incertezas, ainda que de modo incipiente. Espera-se com a presente pesquisa fomentar ainda mais os debates e a realização de estudos empíricos na própria Justiça do Trabalho, tendo em vista suas peculiaridades em relação aos demais órgãos judiciais brasileiros.

A nosso sentir, a revisão da literatura que será feita neste capítulo pode ser compreendida, por si só, como uma significativa contribuição acadêmica para a problemática, na medida em que serão reunidos diversos indícios que apontam para a existência de um viés protetivo do trabalhador na Justiça do Trabalho. Tal constatação leva à uma maior insegurança jurídica e, por conseguinte, produz fortes desincentivos para o ambiente de negócios do país.

### 3.1 O VIÉS SOB A PERSPECTIVA ECONÔMICA E JURÍDICA

O primeiro obstáculo para a discussão que será travada a seguir diz respeito ao conceito de viés. É possível defini-lo? De acordo com o dicionário da língua portuguesa, viés pode ser conceituado como “tendência ou caráter de algo; linha, trajetória ou direção oblíqua; distorção ou tortuosidade na maneira de observar, de julgar ou de agir”. Se o viés é uma distorção, como identificar a trajetória “direita”? Como afirmar que grande parte dos julgadores profere decisões “tortuosas”?

Como já havia adiantado Yeung (2010), o viés judicial não é algo que possa ser definido de forma objetiva, e sua existência jamais poderá ser afirmada com certeza, a despeito dos fortes indícios da sua presença. Não obstante, direcionando a lente para um cenário microscópico, como o da Justiça do Trabalho, é possível identificar um padrão na forma de decidir, especialmente se compararmos assuntos semelhantes.

Além do mais, utilizando-se como parâmetro a própria legislação que rege as relações de trabalho, se torna mais fácil a tarefa de identificar uma decisão judicial que tendencia para um dos lados, a despeito das normas positivadas sobre a matéria.

Para além das divergências doutrinárias, adotar-se-á o conceito de viés judicial extraído dos ensinamentos de Yeung (2010, p. 167), segundo a qual:

[O viés judicial] implica razões, implícitas ou explícitas, que fazem os juízes decidirem de forma consistente a favor de (ou contra) certos grupos de indivíduos da sociedade, **mesmo que as evidências e/ou regras contratuais indiquem que a decisão deveria ser do contrário.** (grifos nossos)

A parcialidade e viés dos julgadores, portanto, favorecem determinados grupos sociais para além do direito já conferido pela lei, na medida em que se baseiam na ideologia e valores pessoais subjetivos do próprio agente tomador de decisão.

No âmbito da Justiça do Trabalho, como se verá adiante, as decisões enviesadas se prolongam no decorrer do tempo, de modo que uma determinada classe social – nesse caso, os trabalhadores – são consistentemente tutelados, abraçados, pelas decisões judiciais. Não é à toa que no âmbito empresarial são inúmeras as críticas ao paternalismo judicial. E, como visto anteriormente, para que o Poder Judiciário, como instituição legal, contribua para o desenvolvimento econômico de um país, é imprescindível reagir todos os tipos de parcialidade, ainda que pontuais.

Quando se discute a conceituação de viés judicial, há autores que acreditam por bem diferenciá-lo do viés legislativo. Nesse sentido, para autores como Falcão, Schuartz e Arguelhes (2006), é preciso ponderar que existem vieses que não são criados pelo magistrado no exercício jurisdicional, mas sim anteriormente, pelo legislador, quando da formulação da legislação vigente. E, sendo assim, caberia ao juiz tão somente o dever de aplicar e respeitá-la. Em outras palavras, ainda que uma decisão judicial pareça enviesada, favorecendo uma das partes, deve-se refletir se o juiz somente cumpriu com seu dever de observância das leis ou se, de fato, favoreceu arbitrariamente uma ou outra parte.

Exemplos de viés legislativo nas leis trabalhistas não faltam. Se restringindo aos mais conhecidos, pode-se citar o direito ao recebimento de um terço da remuneração a mais quando do gozo das férias e o direito ao 13º salário. Nestes casos, evidentemente, uma sentença que condena um empregador a pagar tais verbas não pode ser considerada enviesada, tendo em vista que a legislação expressamente previu esta obrigação, com o intuito de tutelar o trabalhador. Diferente, contudo, seria uma decisão que determinasse o pagamento do 13º salário mesmo nas hipóteses não previstas em lei, sob o argumento do princípio da proteção e hipossuficiência do trabalhador. É dessas decisões tortuosas que essa pesquisa se refere.

Não se desconhece que é difícil estabelecer a distinção entre o viés legal e legislativo, tendo em vista que os magistrados podem justificar suas decisões por razões legais, sendo necessário um esforço interpretativo a mais para identificar se eles estão, de fato, seguindo a lei, ou aplicando-a de forma seletiva (SOUZA, 2019). Ao aplicar a lei seletivamente, os julgadores perdem sua neutralidade e tendem a se deixar influenciar por suas próprias preferências e convicções, resultando na proteção ilegítima de determinados grupos sociais.

Travada essa discussão e reconhecida a existência de um viés legislativo, não se pode deixar levar por abstracionismos. Explica-se. Ao decidir em favor do trabalhador, não deve (ou não deveria) o magistrado imputar deveres ao empregador sob o fundamento de que o trabalho é um direito social, ou que o princípio da proteção vigora no direito do trabalho pátrio, por exemplo.

Aliás, uma pesquisa recente revelou que das 300.000 decisões proferidas pelo Tribunal Superior do Trabalho durante um ano, metade delas citam a “dignidade da pessoa humana” para conceder um direito ao trabalhador, o que dá indícios da incorporação de princípios jurídicos abstratos nas decisões judiciais, para além da previsão legal (MARTINS FILHO, 2020).

Dessa forma, é preciso ter atenção, pois a discussão em torno do viés legislativo pode desencadear a aceitação de decisões judiciais fundamentadas em conceitos e princípios jurídicos abstratos, que, como visto no capítulo anterior, aumentam ainda mais a insegurança jurídica perante os agentes.

A presente pesquisa não pretende analisar criticamente as decisões judiciais em que o magistrado tão somente cumpre a legislação trabalhista, que, de fato, é protecionista e paternalista – tema que demanda um espaço reservado em pesquisas futuras. O ponto central de análise é justamente decisões trabalhistas que criam direitos e deveres não previstos na lei, ou deixam de aplicar a legislação fundamentando-se em princípios abstratos. Exemplo disso são as inúmeras decisões judiciais e manifestações públicas nas quais os magistrados trabalhistas afirmam peremptoriamente que não aplicarão os preceitos advindos com a reforma trabalhista, por incompatibilidade ideológica.

As evidências reunidas nas próximas linhas nos levam à conclusão que, no direito do trabalho, não é somente a Consolidação das Leis do Trabalho que merece levar a culpa pelo *status quo* ineficiente sob o ponto de vista da economia. Pelo contrário, as últimas alterações legislativas, ainda que tímidas, revelam a intenção do legislador em modernizar e adequar as normas trabalhistas para as formas de trabalho atuais, o que não é acompanhado pela Justiça do Trabalho.

Sob a perspectiva jurídica, as justificativas da existência do viés pró-trabalhador na Justiça do Trabalho são extensas e remontam ao próprio surgimento do Direito do Trabalho. Como visto no capítulo anterior, as primeiras normas trabalhistas surgiram com a Revolução Industrial, em um contexto de tratamento precário das relações de trabalho e um notório desequilíbrio econômico entre as partes. Desse modo, o viés da Justiça do Trabalho seria apenas um reflexo da construção teórica em torno da disciplina.

Soma-se a isso a constitucionalização do Direito e a existência de inúmeros princípios que devem nortear a atuação dos magistrados, como o da dignidade da pessoa humana, da proteção do trabalhador, da isonomia, do *in dubio pro misero*, dentre outros. A partir deles, é disseminada a ideia de que os magistrados possuem responsabilidade de usar o seu poder para redistribuir renda e promover a justiça social, conforme restará provado adiante.

Arida et. al. (2005), ao discorrer sobre o viés anticredor, afirma que fatores culturais e históricos facilitam a disseminação deste viés, o que é acirrado no Brasil em razão das profundas diferenças sociais e alta concentração de renda. Trata-se de argumento que pode, tranquilamente, ser aplicado à classe trabalhadora:

O devedor é visto de forma socialmente positiva, como uma entidade que gera empregos e riquezas e apela ao banco para fazer frente a condições adversas de vida. Esse viés [a favor dos devedores] pode ser observado mais ou menos em todos os lugares, mas é particularmente agudo no Brasil, provavelmente devido às profundas diferenças sociais e aos altos níveis de concentração de renda no país. Fatores culturais e históricos também poderiam ter facilitado a disseminação desse viés anticredor (ARIDA et. al., 2005, p. 270, tradução livre).

A partir do pressuposto de que o trabalhador é o agente hipossuficiente da relação e que não possui condições de negociar melhores condições de trabalho perante o empregador, tendo em vista que precisa daquela remuneração para sobreviver, os magistrados possuem ainda maiores justificativas para atribuir aos empregadores maiores responsabilidades nos dissídios contratuais.

Além disso, a própria teoria econômica elenca fundamentos que justificam o viés em favor do trabalhador. Isto porque, como se sabe, a relação entre o empregador e o empregado nada mais é que uma relação contratual formal, que, apesar de suas peculiaridades, pode ser analisada sob o prisma da teoria econômica dos contratos.

Para a economia, todas as vezes em que houver uma relação na qual um agente econômico promete algo para outro, a ser cumprido ao longo do tempo, surge naturalmente o risco do descumprimento. À vista disso, o contrato busca minimizar os riscos para as partes

oficializando os termos da promessa e prevendo punições para o seu descumprimento (YEUNG et. al., 2010).

Em um cenário ideal, o contrato de trabalho preveria todos os desfechos, alterações e possibilidade de uma relação contratual duradoura, prevendo *ex ante* e de forma precisa todas as circunstâncias e suas consequências para os agentes econômicos, resultando, pois, em um contrato completo.

Como é de se imaginar, contratos completos não existem. Aliás, o contrato de trabalho é propositalmente incompleto na medida em que um excesso de previsões desperdiçaria todo o potencial de interação, aprendizagem, correção de erros e todo o potencial de adaptação que se espera de uma relação contratual duradoura (ARAÚJO, 2016). Havendo lacunas no contrato, eventuais conflitos serão dirimidos *ex post*, pelas partes ou por um terceiro (juiz), que decidirá a melhor solução para o caso.

É aqui que reside a explicação econômica para a existência de um viés protetivo em prol da parte trabalhadora. Instaurado o conflito, analisando de forma economicamente eficiente, o julgador deverá alocar a responsabilidade dos danos causados ao “tomador de riscos eficiente”, que nada mais é que o agente que possui, de forma anterior, menores custos para prevenir uma quebra contratual (YEUNG, 2010). E, no contrato de trabalho, considerando que o empregado é tido como hipossuficiente, a figura do tomador de risco eficiente recai majoritariamente sobre o empregador (YEUNG et. al., 2020). Aliás, em regra, analisando relações contratuais comerciais típicas, como as consumeristas, a empresa será sempre a tal tomadora de riscos. A explicação reside no fato de que, em geral, a firma possui maiores conhecimentos técnicos e informações relevantes sobre o mercado (ou possui menores custos para obtê-las), resultando em uma assimetria de informações perante o outro agente econômico.

Por essa razão, sucintamente, se poderia justificar o viés a favor do hipossuficiente em situações de conflito judicial acerca de um contrato de trabalho, dado que o trabalhador é, na teoria, a parte mais vulnerável da relação.

Seja por qual perspectiva for, fato é que o que se vislumbra na prática trabalhista vai muito além de um viés protecionista do trabalhador na quebra de um contrato. Nota-se, pois, uma verdadeira advocacia pelos direitos do empregado, que é constantemente inflado pela jurisprudência, pelas razões mais diversas.

### 3.2 COMO DECIDEM OS MAGISTRADOS TRABALHISTAS?

Eis aqui o objetivo principal da presente dissertação: compreender e averiguar indícios de uma tendência protetiva do trabalhador nas decisões judiciais trabalhistas. Busca-se, pois, ir além do debate tradicional sobre a eficiência desta justiça especializada, que costuma apontar a falta de recursos materiais, a legislação e o próprio jurisdicionado como os responsáveis pela ineficiência verificada na prática. Inegável que tais fatores contribuem, sim, para o *status quo* atual, contudo, os problemas não se esgotam ali.

### **3.2.1. A visão dos magistrados sobre a não-neutralidade**

Ao abordar a existência de viés nas decisões judiciais trabalhistas, importante analisar, principalmente, a visão que os próprios magistrados possuem acerca da tutela jurisdicional. Não obstante, ainda são escassos os estudos que procuram avaliar a percepção desses agentes sobre a sua não-neutralidade.

A neutralidade, neste ponto, é entendida como a adesão do magistrado às normas positivadas, o seu compromisso com o conceito de certeza jurídica e com o primado do legislador sobre o seu próprio, esquivando-se de produzir o direito (VIANNA, 1997).

No Brasil, os primeiros trabalhos sobre o tema remontam o ano de 1995, quando Sadek, de forma inovadora, realizou uma pesquisa com 570 juízes estaduais e federais nos estados de São Paulo, Paraná, Rio Grande do Sul, Pernambuco e Goiás.

Os resultados obtidos por Sadek (1995) revelam que 73,7% dos magistrados que responderam a pesquisa “concordam inteiramente” ou “concordam muito” com a afirmativa segundo a qual o “o juiz não pode ser um mero aplicador das leis, tem de ser sensível aos problemas sociais”. Da mesma forma, 37,7% dos entrevistados concorda que “o compromisso com a justiça social deve preponderar sobre a estrita aplicação da lei”. Revelando, pois, traços ideológico-doutrinários dos magistrados entrevistados.



**Tabela 1** - Opinião dos magistrados sobre os limites do Direito positivo.

Afirmações	Sim (%)*
O juiz não pode ser um mero aplicador das leis, tem que ser sensível aos problemas sociais.	73,7
A maior parte da população não tem acesso à justiça.	48,1
O compromisso com a justiça social deve preponderar sobre a estrita aplicação da lei.	37,7
O saber jurídico está dissociado da realidade brasileira.	23,3
A aplicação das leis sempre beneficia os privilegiados.	14,2
O direito positivo não permite o espírito crítico.	11,1

(\* ) Soma das respostas “concorda inteiramente” e “concorda muito”.

Fonte: Sadek, 1995.

Um segundo diagnóstico empírico acerca do perfil do magistrado brasileiro foi feito em 1996, coordenado por Vianna et. al em parceria com a Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB) e o Instituto Universitário de Pesquisas do Rio de Janeiro (IUPERJ). Foram entrevistados 3.927 juízes, entre ativos, inativos, de 1º e 2º grau e Ministros dos Tribunais Superiores.

Dentre as diversas questões apresentadas, solicitou-se que os magistrados assinalassem a proposição com a qual mais se identificava, no tocante a não-neutralidade. A primeira afirmação dizia: “O Poder Judiciário não é neutro; em suas decisões o magistrado deve interpretar a lei no sentido de aproximá-la dos processos sociais substantivos e, assim, influir na mudança social”. A segunda, por sua vez, era a seguinte: “A não neutralidade do Judiciário ameaça as liberdades e a mudança social não deve ser objeto de apreciação por parte desse Poder”.

Restringindo a análise dos resultados para a Justiça do Trabalho, 84% dos juízes de primeiro grau, 89% dos juízes de segundo grau, 73% dos juízes inativos e 76,1% dos Ministros de Tribunais Superiores concordaram com a primeira afirmação, a qual sustenta a não-neutralidade do Poder Judiciário e a responsabilidade do órgão pela mudança social.

Um segundo questionamento sobre a não-neutralidade do Poder Judiciário foi feito por Vianna et. al (1996), no qual se solicitou para o magistrado indicar com qual tipo de atuação

social não-neutra ele se identifica mais. Os resultados obtidos mostram que 53,9% dos magistrados trabalhistas de 1º grau e 66,2% dos de 2º grau identificaram-se com a visão de que “o magistrado participa da consolidação democrática na medida em que age como fiel intérprete da lei, produzindo sentenças com independência das pressões sociais”.

Contudo, parcela representativa dos entrevistados (31,3% dos juízes de 1º grau e 22,7% dos juízes de 2ª instância) respondeu se identificar mais com a afirmativa segundo a qual “a magistratura que, por definição, não está comprometida com a representação de interesses deve exercer um papel ativo no sentido de reduzir as desigualdades entre regiões, indivíduos e grupos sociais”, o que evidencia uma tendência protetiva de grupos menos favorecidos na atuação jurisdicional.

**Tabela 2** - Identificação dos magistrados com tipos de Não-Neutralidade do Judiciário.

Assinale a proposição com a qual mais se identifica:	Juízes de 1º grau em atividade %	Juízes de 2º grau em atividade %
1. O Poder Judiciário — em uma sociedade atrasada e que favorece políticas de clientela e de dominação patrimonial — compõe uma elite que exerce ação pedagógica para a elevação dos padrões de cidadania.	4,5	6,5
2. As pressões sociais em favor da igualdade, em curso no atual processo brasileiro de democratização, podem tender a uma solução autoritária. A magistratura, como guardiã das liberdades, preserva os ideais igualitários em contextos democráticos.	10,3	5,2
3. A conquista do estado de direito democrático devolveu à sociedade a capacidade de decidir sobre o seu destino, especialmente por intermédio da representação partidária da vida associativa. O magistrado participa da consolidação democrática na medida em que age como um fiel intérprete da lei, produzindo sentenças com independência das pressões sociais.	53,9	66,2
4. A sociedade brasileira caracteriza-se por profundos desajustes estruturais. A magistratura que, por definição, não está comprometida com a representação de interesses, deve exercer um papel ativo no sentido de reduzir as desigualdades entre regiões, indivíduos e grupos sociais.	31,3	22,1

Fonte: Vianna et. al., 1996.

Em 2018, a AMB decidiu realizar nova pesquisa, com questões similares à primeira, com o objetivo de traçar um quadro amplo atualizado da magistratura. A nova investigação, também capitaneada por Vianna et. al., contou com uma amostra de 3.851 respostas de juízes ativos e inativos e ministros do STJ e STF.

Sobre a não-neutralidade do Poder Judiciário o questionário apresentou três afirmações, solicitando que os magistrados escolhessem aquela com a qual mais se identificava. Os resultados obtidos foram semelhantes ao de 1996, no sentido de os magistrados concordarem que o Poder Judiciário não é neutro. Contudo, adicionado um novo argumento à afirmativa explorada em 1996, 66,4% dos juízes trabalhistas de 1º grau ativos, 61,3% dos juízes trabalhistas de 2º grau ativos, 53,7% dos juízes e desembargadores inativos e 76,5% dos Ministros de Tribunais Superiores concordam mais com a afirmativa segundo a qual “O Poder Judiciário não é neutro; o(a) magistrado(a) deve considerar as consequências de suas decisões, com o cuidado de não ultrapassar sua esfera própria de atuação”.

Não obstante configurar a maioria dos entrevistados, uma parcela relevante (que não pode ser menosprezada) concorda mais com a afirmativa, similar à pesquisa anterior, segundo a qual “O Poder Judiciário não é neutro; em suas decisões o(a) magistrado(a) deve interpretar a lei no sentido de aproximá-la dos processos sociais substantivos e, assim, influir na mudança social”.

**Tabela 3** - Identificação da Não-Neutralidade dos Magistrados da Justiça do Trabalho.

Assinale a proposição com a qual mais se identifica:	1. O Poder Judiciário não é neutro; em suas decisões o(a) magistrado(a) deve interpretar a lei no sentido de aproximá-la dos processos sociais substantivos e, assim, influir na mudança social	2. A não neutralidade do Poder Judiciário ameaça as liberdades e a mudança social não deve ser objeto de apreciação por parte desse poder.	3. O Poder Judiciário não é neutro; o(a) magistrado(a) deve considerar as consequências de suas decisões, com o cuidado de não ultrapassar sua esfera própria de atuação
Juízes de 1º grau em atividade	23,4%	10,3%	66,4%
Juízes de 2º grau em atividade	32,3%	6,5%	61,3%
Juízes e desembargadores inativos	36,6%	9,8%	53,7%
Ministros de Tribunais Superiores	17,6%	5,9%	76,5%

Fonte: Vianna et. al., 2018.

Como se pode notar, considerando que as pesquisas de 1996 e 2018 foram feitas com quesitos diferentes, não é possível concluir, de imediato, se houve uma mudança de paradigma na visão dos magistrados. Conclusão assim requer estudos mais específicos e aprofundados sobre o tema.

Corroborando com os resultados acima, outra pesquisa feita com 741 magistrados brasileiros por Pinheiro, em 2000, buscou também compreender a visão dos magistrados sobre o desempenho do Poder Judiciário e sobre a economia. A pesquisa ilustrou que, a despeito de economistas e juristas concordarem sobre a importância do Poder Judiciário na econômica brasileira, na prática, ainda persiste uma discordância entre eles sobre a forma que este órgão deveria funcionar (PINHEIRO, 2003).

Nesse sentido, as respostas dos magistrados ilustraram a prevalência da politização ou não neutralidade do Judiciário frente à aplicação da lei. Uma das questões consignou: “Argumenta-se que o Judiciário tornou-se mais politizado em anos recentes, o que

frequentemente leva a decisões que são baseadas mais nas visões políticas do juiz do que em uma interpretação rigorosa da lei. Em sua opinião, quão frequentemente isso acontece?”. Ao responder, somente 3,9% dos juízes responderam que isso ocorria muito frequentemente, contudo, 20,2% afirmaram ser frequente e 50,2% que isso ocorria ocasionalmente (PINHEIRO, 2003).

Nota-se, portanto, que o fenômeno da não-neutralidade é familiar aos magistrados, de modo que não raras vezes as visões políticas dos julgadores prevalecem sobre a própria lei no momento de decidir o deslinde de uma demanda.

Ainda no tocante ao estudo realizado por Pinheiro (2003), vale destacar a Questão 8 da entrevista, em que se perguntou aos magistrados:

Na aplicação da lei, existe frequentemente uma tensão entre contratos, que precisam ser observados, e os interesses de segmentos sociais menos privilegiados, que precisam ser atendidos. Considerando o conflito que surge nesses casos entre esses dois objetivos, duas posições opostas têm sido defendidas: A. Os contratos devem ser sempre respeitados, independentemente de suas repercussões sociais; B. O juiz tem um papel social a cumprir, e a busca da justiça social justifica decisões que violem os contratos. Com qual das duas posições o(a) senhor(a) concorda mais?”

Diferentemente dos economistas, que certamente escolheriam a alternativa A, 73,1% dos magistrados concordam mais que o juiz possui um papel social a cumprir (posição B), ao passo que apenas 19,7% escolheram a alternativa A.

Desse modo, pode-se concluir que o magistrado trabalhista brasileiro acredita que não é dever do Poder Judiciário ser neutro na aplicação da lei, distanciando-se do clássico perfil de juízes de sistema de *civil law*, que são intérpretes de um direito produzido pelo Poder Legislativo. Ao contrário, as pesquisas nos mostram que os juízes trabalhistas, assim como os das demais áreas do direito, acreditam majoritariamente que além de interpretar o direito, competem a eles produzi-lo, por meio de uma atuação que leve em consideração a justiça e a necessidade de mudança social (PINHEIRO, 2003).

A partir da compreensão da própria visão dos magistrados sobre o tema, a análise acerca da existência ou não de viés protetivo do trabalhador na Justiça do Trabalho fica ainda mais clara.

### **3.2.2. Os primeiros dados empíricos sobre o tema**

As evidências acima já seriam suficientes para nos levar à conclusão de que os magistrados, principalmente da seara trabalhista, produzem decisões enviesadas em benefício de classes menos favorecidas. Principalmente porque restou demonstrado empiricamente que a maioria dos magistrados entende que seu papel é promover a justiça e a mudança social, ainda que isso signifique se sobrepor a lei.

Entretanto, buscando ir para além dos “achismos”, bem como para contribuir para o diagnóstico dos problemas da Justiça do Trabalho, pesquisas recentes, capitaneadas por Salama, Carlotti e Yeung (2019), concluíram por uma alta previsibilidade quanto à parte vencedora nas disputas judiciais trabalhistas, corroborando com a hipótese da presente pesquisa.

Buscando compreender se a super-litigância na Justiça do Trabalho se explica pela imprevisibilidade das decisões judiciais, os pesquisadores supracitados, utilizando-se da tecnologia *text mining*, analisaram aproximadamente 130 mil julgados de juízes da primeira instância do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª região, que abarca a grande São Paulo e capital, proferidas entre os anos de 2006 e 2016.

A partir da análise feita, restou claro que o reclamante sempre terá pedidos acolhidos pela Justiça. Os resultados nos mostram que em 88,5% dos casos os empregados possuem seus pedidos deferidos, total ou parcialmente. Em contrapartida, somente em 11,45% dos casos os empregadores possuem ganho total de causa. Por fim, demonstrou-se que o pedido de justiça gratuita foi deferido em mais de 99% das vezes em que foi solicitado.

Considerando os resultados obtidos, os autores sustentam que não se pode atribuir à imprevisibilidade a alta litigância da Justiça do Trabalho, tendo em vista que as partes sabidamente têm conhecimento que o reclamante quase sempre terá algum pedido deferido.

Entretanto, vale pontuar que a alta previsibilidade quanto à parte vencedora não nos autoriza a afirmar que a Justiça do Trabalho possui segurança jurídica, tampouco que a legislação é bem aplicada, fatos que demandam outro tipo de análise. Em outras palavras, alta previsibilidade não implica obrigatoriamente em alta segurança jurídica. Primeiro, porque os resultados da pesquisa de Salama, Carlotti e Yeung indicam apenas a parte vencedora do processo, sem analisar a razão pela qual ela venceu. A lei foi corretamente aplicada? Existe um viés protecionista na Justiça? Tratam-se de questões que devem ser perquiridas em outros tipos de estudo.

Além disso, a pesquisa supracitada revelou que em mais de 75% dos casos houve expressamente o pedido de justiça gratuita e, em mais de 99% das vezes, ele foi concedido. Como visto no primeiro capítulo, o Poder Judiciário é um bem comum e, por conseguinte, incentivos decorrentes do livre acesso estimulam sua sobreutilização, garantindo tão somente

um acesso aparente à justiça. Não à toa a reforma trabalhista promoveu alterações substanciais no regramento do benefício da justiça gratuita na Justiça do Trabalho, reduzindo o escopo de presunção e imputando o dever do beneficiário arcar com honorários periciais caso tenha obtido créditos em qualquer processo que possam suportar os custos.

Conclusões semelhantes à pesquisa acima podem ser extraídas da análise de decisões judiciais por meio do *software* de pesquisa *Data Lawyer*, especializado na realização de pesquisas de processos da Justiça do Trabalho, através da metodologia da jurimetria e inteligência artificial, com precisão de aproximadamente 94%.

A partir das possibilidades e combinações que o *software* permite fazer, filtrou-se, dentre os 13.457.934 processos trabalhistas existentes na base de dados, ajuizados entre os anos de 2014 e 2021, apenas os processos cuja classe processual são “ação trabalhista – rito ordinário”, “ação trabalhista – rito sumaríssimo” e “ação trabalhista – rito sumário” e que já transitaram em julgado, tendo em vista que seu desfecho não será mais modificado. A busca resultou em 5.385.272 processos.

Deste novo universo, filtrou-se apenas os processos que tiveram seu mérito analisado, isto é, que tiveram como desfecho: “acordo”, “improcedente”, “parcialmente procedente”, “procedente”, “procedência do pedido – reconhecimento pelo réu”, “pronúncia de decadência ou prescrição” e “extinção da execução ou do cumprimento de sentença”<sup>7</sup>, excetuando-se, portanto, os arquivamentos, desistências e demais hipóteses de encerramento do processo sem resolução do mérito. Na pesquisa, também não foram analisados os processos físicos e os que tramitam em segredo de justiça.

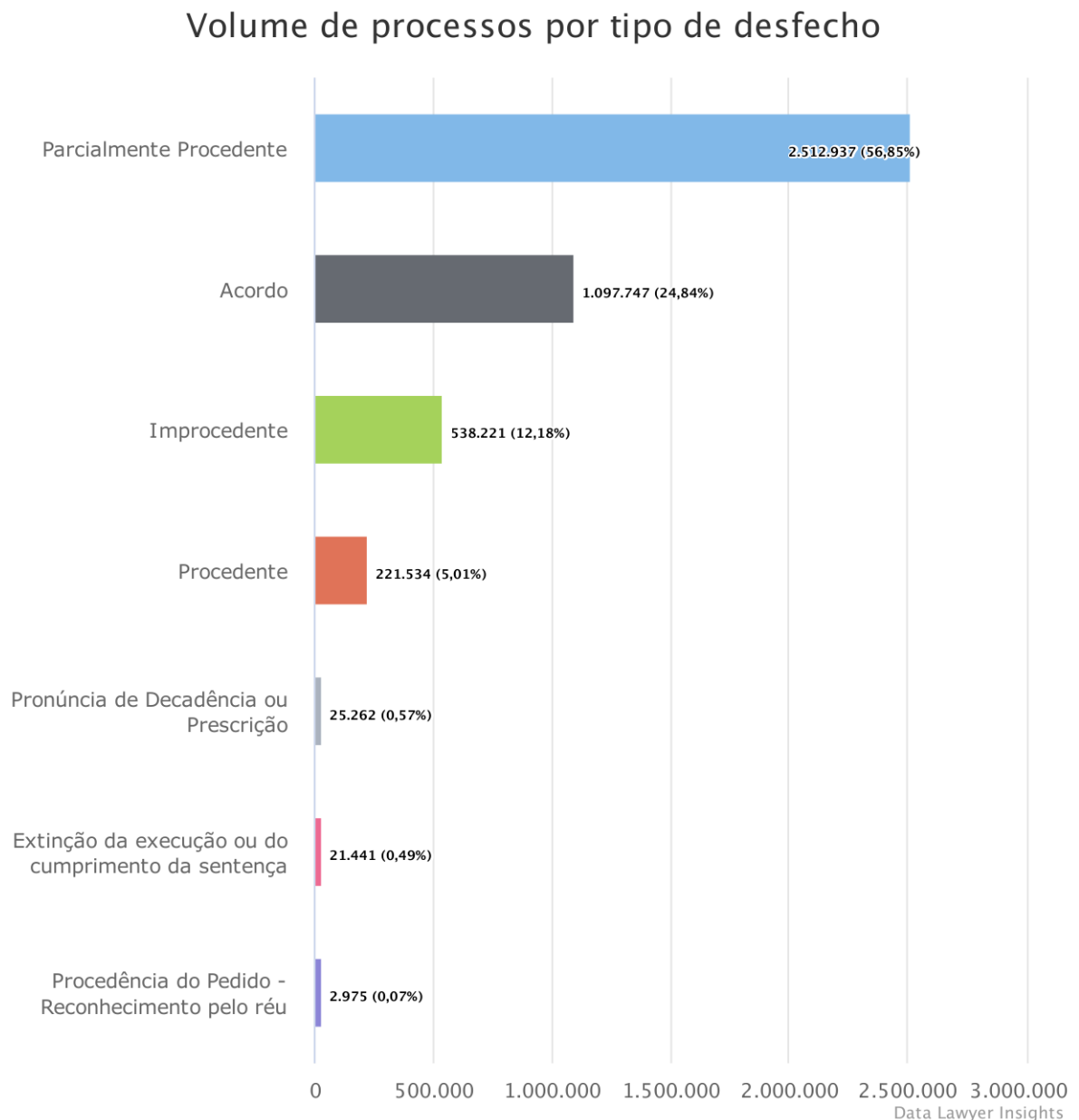
Da pesquisa executada pela inteligência artificial, resultaram 4.420.123 processos trabalhistas. Os dados obtidos revelam que 87,26% dos casos tiveram desfechos favoráveis à parte reclamante, ainda que parcialmente. Isto porque, do total de processos, 56,85% tiveram um desfecho parcialmente procedente ao reclamante; em 24,84% as partes chegaram a um acordo, que, por sua vez, pressupõe alguma concessão para o autor; 5,01% dos processos analisados foram julgados totalmente procedentes; 0,07% julgados procedentes por

---

<sup>7</sup> A plataforma esclarece que os desfechos dos processos não são dados retirados diretamente do sistema do Processo Judicial Eletrônico (Pje), logo, a análise é feita via modelo de inteligência artificial. Nesse sentido, verificado que o processo possui Acordo, este será o desfecho considerado e a verificação é encerrada. Não havendo acordo, a inteligência retira o resultado da sentença proferida no processo de conhecimento (procedente, improcedente ou parcialmente procedente). Caso o processo tenha sido remetido para a segunda instância, existem dois cenários que podem modificar o desfecho definido na fase anterior: se o desfecho for improcedente na primeira instância, mas o processo tenha sido transitado em julgado e tenha se iniciado a liquidação, hipótese na qual o desfecho é alterado para parcialmente procedente; e se o desfecho for procedente na primeira instância, mas tiver transitado em julgado sem início da liquidação, o desfecho será considerado improcedente.

reconhecimento pelo réu; e tão somente 12,18% dos processos trabalhistas foram julgados improcedentes.

**Figura 2** - Volume de reclamações trabalhistas transitadas em julgado entre os anos de 2014 e 2021 por tipo de desfecho.



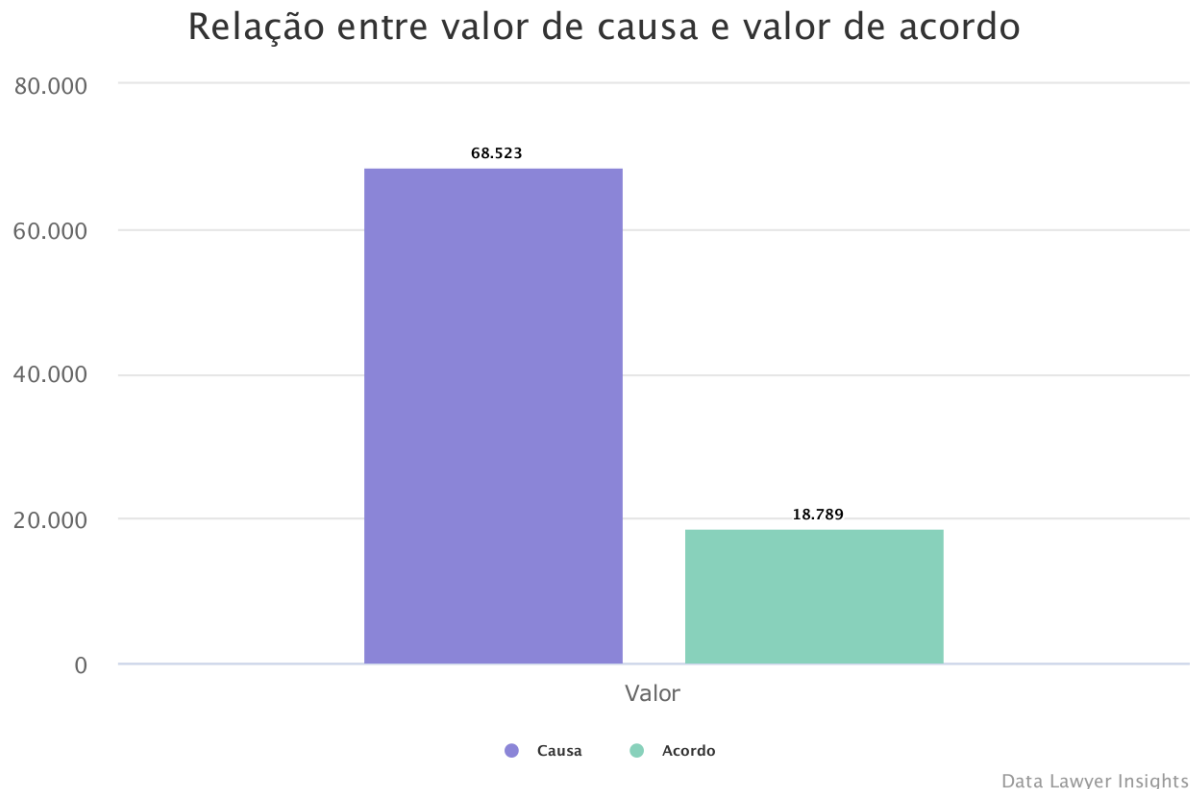
Fonte: Data Lawyer, 2021.

Nota-se, pois, que em menor ou maior grau, ao ajuizar uma demanda, o reclamante, que majoritariamente é o trabalhador, sempre sai vencedor em alguma medida. Considerando



o espectro dos processos que tiveram acordos homologados, o valor médio, segundo pesquisa no *software*, é de R\$ 18.789,00.

**Figura 3** - Relação entre o valor da causa e o valor do acordo nas reclamações trabalhistas transitadas em julgado entre os anos de 2014 e 2021 e que tiveram o “Acordo” como desfecho.



Fonte: Data Lawyer, 2021.

Cabe pontuar que o levantamento realizado pelo *software*, assim como a pesquisa de Salama, Carlotti e Yeung (2019), não respondem o motivo pelo qual os trabalhadores saíram vencedores em quase 90% dos casos, representando apenas um indício do comportamento da Justiça do Trabalho. Sem dúvidas, assim como o viés protetivo do trabalhador pode ser a explicação, o reiterado descumprimento da legislação trabalhista também deve ser levado em consideração.

Reconhece-se, portanto, que os dados acima obtidos ainda são insuficientes, isoladamente considerados, para levar à conclusão pela existência ou não de uma tendência favorável ao trabalhador na Justiça do Trabalho. Não obstante, ao lado da visão dos magistrados vista no item anterior, são indícios e nos mostram um caminho a ser percorrido e aprofundado

nos estudos desta justiça especializada, demandando novas e específicas pesquisas empíricas sobre o tema.

### **3.2.3 A jurisprudência do TST e a reforma trabalhista: uma relação de causa e efeito**

Ao lado dos dados empíricos, que nos fornecem indícios da existência de uma tendência protetiva do trabalhador no Poder Judiciário, uma avaliação qualitativa da atuação do maior órgão da justiça especializada, o Tribunal Superior do Trabalho, é capaz de nos fornecer igualmente informações valiosas para os fins da presente pesquisa.

Nesse sentido, dentro da discussão sobre o viés protetivo da Justiça do Trabalho, não há como deixar de mencionar as peculiares súmulas e orientações jurisprudenciais do Tribunal Superior do Trabalho que, não raras vezes, criam e restringem direitos e obrigações para além do texto normativo, sob a premissa de princípios abstratos protetivos do trabalhador.

Antes de adentrar ao debate, cumpre esclarecer que é dever dos Tribunais uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente. Inclusive, este dever de integridade está esculpido no artigo 926 do Código de Processo Civil<sup>8</sup>. Busca-se, assim, que o Poder Judiciário tenha uma única voz, de modo que os julgadores analisem as decisões pretéritas de maneira coerente, a despeito do seu posicionamento individual.

O direito, como meio de pacificação social, possui a função de promover a estabilidade, para que o jurisdicionado possa moldar sua conduta contando com certa dose de previsibilidade. Nesse sentido, a previsibilidade se apresenta como um postulado da segurança jurídica, e pressupõe a univocidade na qualificação das situações jurídicas para que o cidadão tenha segurança do comportamento que o Estado e demais cidadãos terão diante da sua conduta (SOUZA, 2014).

Em um contexto de hiperinflação legislativa como o brasileiro, a previsibilidade não decorre mais somente das regras codificadas, uma vez que identificamos que os magistrados podem extrair uma multiplicidade de interpretações de um mesmo dispositivo. Ressalta-se, portanto, a importância das decisões judiciais para o alinhamento das expectativas do jurisdicionado.

---

<sup>8</sup> Art. 926. Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente.

§ 1º Na forma estabelecida e segundo os pressupostos fixados no regimento interno, os tribunais editarão enunciados de súmula correspondentes a sua jurisprudência dominante.

§ 2º Ao editar enunciados de súmula, os tribunais devem ater-se às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação.

Sob a perspectiva econômica, Gico Jr. (2014) sustenta que a insegurança jurídica causada pela imprevisibilidade sobre a forma que as regras legais são aplicadas pode explicar, inclusive, a sobreutilização e o congestionamento do Poder Judiciário. Por isso, o investimento e a produção de capital jurídico (regras jurídicas de origem legislativa ou não) são imprescindíveis em um cenário de crise, como o vivenciado pelo Judiciário brasileiro, e isso passa necessariamente pela uniformização da jurisprudência.

Nota-se, portanto, que a valorização da jurisprudência, principalmente dos Tribunais Superiores, tem o condão de contribuir para a promoção da racionalidade, coerência e isonomia das decisões judiciais, visto que evitam que circunstâncias fáticas similares recebam respostas jurídicas diferentes pelo único motivo de terem sido apreciadas por juízes diversos (BARROSO, 2011).

Pelo exposto, a criação dos enunciados jurisprudenciais pela Corte é totalmente legítimo e possui um interesse válido no nosso sistema judicial. Sucede que a observação prática nos mostra, principalmente na Justiça do Trabalho, que os mecanismos de uniformização jurisprudencial são utilizados de forma atécnicamente e, por vezes, para fazer prevalecer entendimentos pessoais e ideológicos dos julgadores, sem qualquer amparo legal.

O TST possui uma metodologia de interpretação da lei e criação de jurisprudência peculiar. As situações mais emblemáticas que merecem destaque e uma análise mais detida são as chamadas “Semanas do TST”, ocorridas nos anos de 2003, 2011 e 2012, sendo as duas últimas mais relevantes do ponto de vista de mudança repentina da jurisprudência.

Coincidentemente após uma mudança substancial na composição do Tribunal Superior, com o ingresso de onze Ministros entre os anos de 2006 e 2011, realizou-se a “Semana do TST”, com a finalidade de “atualizar a jurisprudência consolidada e as normas internas da Corte, bem assim de propor aperfeiçoamentos da legislação de Direito Processual do Trabalho”, nas palavras do próprio órgão (BRASIL, 2011).

Um primeiro ponto já chama atenção. De acordo com o Regimento Interno do TST<sup>9</sup>, as proposições de edição, revisão ou cancelamento de súmulas, orientações jurisprudenciais e

---

<sup>9</sup> Art. 60. À Comissão de Jurisprudência e de Precedentes Normativos cabe:

I - zelar pela expansão, atualização e publicação da jurisprudência do Tribunal;

II - supervisionar o serviço de sistematização da jurisprudência do Tribunal, determinando medidas atinentes à seleção e ao registro dos temas para fim de pesquisa, bem como administrar a base de dados informatizada de jurisprudência, sugerindo ao Presidente as medidas necessárias ao seu aperfeiçoamento;

III - propor a edição, a revisão ou o cancelamento de súmula, de orientação jurisprudencial e de precedente normativo;

IV - inserir as orientações jurisprudenciais das seções do Tribunal que retratem a jurisprudência pacificada da Corte, indicando os precedentes que a espelham;

V - manter a seleção dos repertórios idôneos de divulgação dos julgados da Justiça do Trabalho;

VI - organizar os registros do Banco Nacional de Jurisprudência Uniformizada (BANJUR);

de precedentes normativos devem ser encaminhadas para a Comissão de Jurisprudência e de Precedentes Normativos, cuja responsabilidade é a emissão de parecer prévio e discussão em torno dos precedentes existentes. Não obstante, o protocolo não foi cumprido, as sessões ordinárias de julgamento foram suspensas e as discussões foram feitas em reuniões internas, sem a presença do jurisdicionado. As propostas que resultaram dos debates foram votadas pelo Tribunal Pleno em seguida.

Em segundo lugar, a atualização jurisprudencial por meio de reuniões entre os Ministros também parece peculiar sob o ponto de vista da teoria dos precedentes judiciais. De forma breve, salienta-se que a súmula é uma tentativa (muitas vezes mal sucedida) de enunciação destacada da *ratio decidendi* (razões de decidir) de um Tribunal (PEIXOTO, 2016). Em outras palavras, é uma tentativa de facilitar a identificação e compreensão da jurisprudência dominante de um Tribunal acerca de um tema.

Nesse sentido, as súmulas não podem ser confundidas com os precedentes, tampouco com a jurisprudência. Aquelas não possuem uma existência autônoma, apta a ensejar uma aplicação mecânica, a partir do seu texto, para a resolução dos casos concretos. A súmula somente pode ser aplicada e interpretada levando-se em consideração o julgado que a formou<sup>10</sup>. Contudo, no caso ora relatado, não se esteve diante de nenhum caso concreto ou sessão de julgamento, mas tão somente de discussões em torno de questões abstratas.

Na 1ª Semana do TST, que ocorreu entre os dias 16 e 20 de maio de 2011, foram alterados 24 anunciados jurisprudenciais, dentre súmulas e orientações jurisprudenciais (OJ). Destes, 16 alterações ampliaram o escopo de direitos trabalhistas e 8 restringiram direitos por ausência de previsão legal (MARTINS FILHO, 2020).

Dentre as ampliações de direitos não previstos em lei, destaca-se a criação da indenização pela supressão de horas extras habituais pelo empregador, feita pela Súmula 291<sup>11</sup>,

---

VII - nos termos do art. 171 deste Regimento, receber as propostas de edição, revisão ou cancelamento de súmula, de orientação jurisprudencial e de precedente normativo do Tribunal Superior do Trabalho e sobre elas emitir parecer no prazo de 30 (trinta) dias.

Art. 61. A Comissão de Jurisprudência e de Precedentes Normativos realizará reunião quinzenal ordinária, e extraordinária, quando necessário, para deliberar sobre propostas de edição, revisão ou cancelamento de súmula, de orientação jurisprudencial e de precedente normativo.

<sup>10</sup> Para uma discussão mais aprofundada sobre a distinção entre os institutos, vide: MENDES, Felipe Prata; RODRIGUES, Suzanne Teixeira Odane. A teoria dos precedentes no processo do trabalho e a alteração de súmulas do Tribunal Superior do Trabalho. In: Emilia de Fátima da Silva Farinha Pereira; Felipe Prata Mendes. (Org.). Direito do Trabalho brasileiro: inovações e perspectivas. 1ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 267-287.

<sup>11</sup> Súmula nº 291 do TST. HORAS EXTRAS. HABITUALIDADE. SUPRESSÃO. INDENIZAÇÃO.

A supressão total ou parcial, pelo empregador, de serviço suplementar prestado com habitualidade, durante pelo menos 1 (um) ano, assegura ao empregado o direito à indenização correspondente ao valor de 1 (um) mês das horas suprimidas, total ou parcialmente, para cada ano ou fração igual ou superior a seis meses de prestação de serviço acima da jornada normal. O cálculo observará a média das horas suplementares nos últimos 12 (doze) meses anteriores à mudança, multiplicada pelo valor da hora extra do dia da supressão.

ainda em vigor. Explica-se. Em regra, todo trabalho prestado em horas extras deve ser remunerado com um acréscimo de, no mínimo, 50% do valor da hora normal, ou compensado, nos termos previstos na CLT. A Súmula mencionada regula o trabalho de empregados que, por mais de um ano, prestaram serviços extraordinários, recebendo para tanto um acréscimo salarial. Neste caso, se o empregador optar pelo retorno do cumprimento da jornada de trabalho inicialmente pactuada e supressão das horas extras – que, como o próprio nome diz, são extraordinárias – deverá pagar uma indenização ao empregado que, em termos práticos, trabalhará menos e ainda receberá o valor de um mês das horas suprimidas.

Como consequência prática deste entendimento, os empregadores ficam ainda mais receosos de determinar a prestação de horas extras com habitualidade, visto que possuem o risco de terem que arcar com uma indenização não prevista inicialmente no pacto entre as partes.

Além disso, da 1ª Semana do TST resultou a Súmula 429<sup>12</sup>, que prevê o cômputo na jornada de trabalho do tempo necessário ao deslocamento do trabalhador entre a portaria da empresa e o local de trabalho na jornada, quando superior a 10 minutos diários. Registra-se que na legislação trabalhista não há nenhuma previsão similar que denote o interesse do legislador em criar tal direito ou regular o tempo que o empregado leva da entrada até o seu efetivo posto de trabalho.

Por sua vez, a 2ª Semana do TST, que ocorreu entre os dias 10 e 14 de setembro de 2012, recebeu propostas de 106 entidades, dentre elas associações de magistrados, advogados, sindicatos e Ministério Público do Trabalho. Não obstante, as discussões também se limitaram a reuniões internas entre Ministros. Ao divulgar o evento, o próprio órgão anunciou que estariam em pauta de discussão cinco propostas de alteração de artigo da CLT e uma proposta de revogação de artigo, em uma clara postura legiferante<sup>13</sup>.

Os resultados foram semelhantes à 1ª Semana. Foram alterados 28 enunciados jurisprudenciais. Destes, 22 resultaram em ampliação de direitos trabalhistas, ao passo que 6 resultaram em uma restrição, por ausência de expressa previsão legal (MARTINS FILHO, 2020).

---

<sup>12</sup> Súmula nº 429 do TST. TEMPO À DISPOSIÇÃO DO EMPREGADOR. ART. 4º DA CLT. PERÍODO DE DESLOCAMENTO ENTRE A PORTARIA E O LOCAL DE TRABALHO. Considera-se à disposição do empregador, na forma do art. 4º da CLT, o tempo necessário ao deslocamento do trabalhador entre a portaria da empresa e o local de trabalho, desde que supere o limite de 10 (dez) minutos diários.

<sup>13</sup> Notícia divulgada no site do próprio TST: <http://www.tst.jus.br/web/guest/-/2-semana-do-tst-analisa-propostas-apresentadas-por-106-entidades?inheritRedirect=true>. Acesso em 25 jan. 2021.

Para exemplificar, cita-se a extensão da estabilidade provisória do emprego da gestante também para os contratos por prazo determinado; a manutenção do pagamento do plano de saúde do empregado mesmo nas hipóteses de suspensão do contrato de trabalho; e proibição de flexibilização do intervalo intrajornada por negociação coletiva.

Por todo o exposto até aqui, fica claro que modificações como as supracitadas desequilibram os contratos de trabalho, aumentam os custos financeiros das contratações, o que, em última análise, gera um efeito bumerangue e prejudica os próprios trabalhadores, classe que o Tribunal pretende tutelar.

Para Martins Filho (2020), o exemplo mais emblemático das alterações jurisprudenciais das Semanas do TST foi o da Súmula 277, onde restou nitidamente evidenciado o exercício do poder legiferante por parte do órgão. Trata-se de verbete que versa sobre a integração e aplicação de normas coletivas no contrato de trabalho mesmo após o fim de sua vigência (instituto denominado de ultratividade).

Primeiramente, cumpre pontuar que a ultratividade das normas coletivas estava prevista no ordenamento jurídico até 2001, quando foi revogada pela Lei n. 10.192, de 14/01/2001, isto é, por expressa e positiva vontade do legislador. Anos mais tarde, em 2012, o TST rememorou o tema e editou entendimento sumular prevendo exatamente o oposto da vontade do legislador ordinário, a saber:

Súmula n. 277. Convenção Coletiva de Trabalho ou Acordo Coletivo de Trabalho. Eficácia. Ultratividade. As cláusulas normativas dos acordos coletivos ou convenções coletivas integram os contratos individuais de trabalho e **somente poderão ser modificadas ou suprimidas mediante negociação coletiva de trabalho.** (grifos nossos)

Ao contrário do trâmite legislativo no Congresso Nacional, onde ocorre o debate público da matéria, a aprovação do novo entendimento ocorreu em debates internos no Tribunal, sem respeitar, ao menos, o Regimento Interno da própria casa. Igualmente, a mudança de orientação ocorreu sem a existência de precedentes jurisprudenciais concretos para consubstanciar a análise.

Nas palavras do Ministro Gilmar Mendes no julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n. 323, que tratou sobre a matéria, o novo entendimento do TST representa a autêntica jurisprudência sentimental, assim entendida aquela que deixa de lado a boa hermenêutica e utiliza apenas argumentos humanos sociais com vistas a beneficiar a classe que deseja proteger (neste caso, os trabalhadores). Prossegue afirmando:

Também a Justiça do Trabalho não pode perder de vista a realidade e, a partir de visões próprias de mundo, focada a atingir determinado fim que entende nobre, atuar como o bom juiz Magnaud. Há limites que precisam ser observados no Estado democrático de direito e dos quais não se pode deliberadamente afastar para favorecer grupo específico (BRASIL, 2016).

Desse modo, não compete ao Tribunal Superior trabalhista agir excepcionalmente para alcançar qualquer objetivo que seja, ainda mais interpretando normas constitucionais de forma arbitrária e protegendo excessivamente uma das partes da relação laboral. Para Martins Filho (2013),

O caso é paradigmático de substituição ao legislador, e com contundente impacto no mundo jurídico, gerando, da noite para o dia, passivos trabalhistas, sem que se tivesse algum processo sendo julgado para se discutir a matéria, até com sustentações orais e entrega de memoriais. Em debate fechado - ao contrário do que aconteceria se a matéria fosse debatida no Congresso Nacional ou seguidos os trâmites regimentais para alteração de súmula, com parecer da Comissão de Jurisprudência (RITST, art. 163, §§ 1º e 2º) – criou-se direito novo ao operariado, que praticamente sepulta a negociação coletiva, **desestimulando a concessão de vantagens por parte do empresariado, sabendo que serão definitivamente incorporadas ao contrato de trabalho**, quando é da natureza da negociação ser periódica e limitada. (...) Esse caso é típico de ativismo judiciário e voluntarismo jurídico que transmuta a função do magistrado, de julgador para a de legislador, pois sequer houve caso julgado a dar supedâneo à nova súmula. (grifos nossos)

Em outras palavras, ao chamar para si a função legiferante, o TST restringiu o debate público e todos os trâmites e garantias do processo legislativo, de modo que passou a ditar a norma que criou, bem como seus limites, por conta própria.

Outro exemplo que impactou diretamente o ambiente de negócios, principalmente nas relações de trabalho tidas com os bancos, diz respeito ao item I da Súmula 372 do TST, que criou uma vantagem trabalhista sem fundamentação legal. De acordo com o entendimento, caso a empresa reverta a seu cargo efetivo um empregado que ocupa, a mais de 10 anos, uma função de confiança, este terá direito a manutenção da gratificação de função:

Súmula nº 372 do TST

GRATIFICAÇÃO DE FUNÇÃO. SUPRESSÃO OU REDUÇÃO. LIMITES.  
I - Percebida a gratificação de função por dez ou mais anos pelo empregado, se o empregador, sem justo motivo, revertê-lo a seu cargo efetivo, não poderá retirar-lhe a gratificação tendo em vista o princípio da estabilidade financeira.  
[...]

Dito de outra forma, caso um empregado assuma uma função de confiança como, por exemplo, de gerente financeiro, passados dez anos, o valor recebido a título de gratificação de função (devido pela maior responsabilidade do cargo) será incorporado ao seu salário e, mesmo que ele volte a exercer seu cargo original por determinação do empregador (sem justo motivo), continuará recebendo como se gerente fosse.

Conforme se infere da própria redação da súmula, o entendimento não possui respaldo legal, mas tão somente o abstrato “princípio da estabilidade financeira do empregado”. Da mesma forma, o período de 10 anos para a incorporação do valor ao salário do empregado também é discricionário, sem correspondências no ordenamento jurídico.

Para além das inúmeras críticas que o verbete sofreu ao longo dos últimos anos, atese-á a uma em especial: editada a súmula, o TST passou a ampliar sua interpretação, entendendo que empregados que estivessem prestes a alcançar os 10 anos no exercício da função (p. ex.: 9 anos e 6 meses), ou tivessem vários períodos que somados totalizassem os 10 anos, também fariam jus à incorporação salarial. Isto porque, pressupôs o Tribunal, que a atitude da empresa em reverter ao cargo original um empregado com quase 10 anos de função de confiança ou colocá-lo em tal função em períodos intermitentes é tomada maliciosamente para obstar o direito deste<sup>14</sup>.

Ora, para além de criar direito não previsto em lei, o TST vinha reiteradamente ampliando as condições de sua implementação. Realizou, por conseguinte, um verdadeiro

---

<sup>14</sup> Nesse sentido, vide os julgados: [...] GRATIFICAÇÃO DE FUNÇÃO RECEBIDA POR NOVE ANOS E CINCO MESES. SUPRESSÃO. INTUITO OBSTATIVO. INCORPORAÇÃO. SÚMULA Nº 372, ITEM I, DO TST MAL APLICADA PELA TURMA. VIOLAÇÃO DO ARTIGO 896 DA CLT CONFIGURADA. Discute-se, no caso, o direito do reclamante à incorporação da gratificação de função suprimida pela empregadora após ter sido percebida por nove anos e cinco meses. [...] De acordo com o quadro fático delineado no acórdão ora embargado, o reclamante foi revertido ao seu cargo efetivo após nove anos e cinco meses de exercício ininterrupto de função gratificada, com a consequente supressão da gratificação respectiva. **A supressão dessa parcela, quando o empregado está prestes a incorporá-la ao seu patrimônio jurídico, evidencia o intuito da empregadora de obstar a implementação da condição temporal – percepção por mais de dez anos - necessária à aquisição do direito em debate**, o que atrai a aplicação do artigo 129 do Código Civil, que dispõe: Reputa-se verificada, quanto aos efeitos jurídicos, a condição cujo implemento for maliciosamente obstado pela parte a quem desfavorecer, considerando-se, ao contrário, não verificada a condição maliciosamente levada a efeito por aquele a quem aproveita o seu implemento. Além disso, não é demais ressaltar que esta Corte superior, por muitos anos, ao tratar da questão referente à antiga estabilidade decenal, prevista no revogado artigo 492 da CLT, adotou o entendimento de que a despedida do empregado que alcançasse nove anos de serviço na empresa era presumidamente obstativa ao direito àquela estabilidade, conforme se extrai do teor da já cancelada Súmula nº 26 do TST: Presume-se obstativa à estabilidade a despedida, sem justo motivo, do empregado que alcançar nove anos de serviço na empresa. Apesar de esse verbete já ter sido cancelado, o princípio nele insculpido é totalmente pertinente à hipótese em exame, em que a reclamada claramente buscou impedir a aquisição do direito do reclamante à incorporação da gratificação de função, revertendo o empregado ao cargo efetivo após mais de nove anos ininterruptos no exercício de função gratificada, impossibilitando-o de preencher o requisito temporal de dez anos para tanto, na forma da Súmula nº 372, item I, do TST. [...] (TST-E-ED-RR-87340-65.2004.5.04.0014, Rel. Min. José Roberto Freire Pimenta, DEJT 28.03.2014. Data de Julgamento: 20/03/2014, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, Data de Publicação: 28/03/2014).



zigue-zague jurisprudencial, adotando interpretação que atenda seus entendimentos pessoais e proteja mais a classe trabalhadora. Não à toa que a reforma trabalhista, como se verá adiante, incluiu o § 2º ao artigo 468 da CLT<sup>15</sup>, em direção diametralmente oposta, deixando expresso que em tais casos o empregado não fará jus a incorporação da gratificação de função.

Neste ponto, Martins Filho (2020) sustenta que fica bastante evidente a estrutura da criação de direitos trabalhistas pela justiça especializada. Em um primeiro momento, invocam-se princípios jurídicos abstratos para justificar a criação de um novo direito trabalhista não previsto em lei. Por conseguinte, o Tribunal edita súmulas e orientações jurisprudenciais para consolidar a matéria (estas, por vezes, carecem até de precedentes no mesmo sentido). Em seguida, começa-se a interpretar de forma ampliativa os entendimentos jurisprudenciais, criando novamente direitos sem previsão legal.

Com o intuito de refletir sobre o impacto das Semanas do TST no ordenamento jurídico trabalhista, o quadro gráfico a seguir consolida todas as mudanças jurisprudenciais realizadas nos eventos de 2011 e 2012:

**Quadro 1** - Mudanças jurisprudenciais realizadas na Semana do TST, em 2011, e suas correspondências com o texto legal.

<b>Súmula/OJ</b>	<b>Temática</b>	<b>CLT/Lei</b>	<b>Sinalização</b>
85, V	Compensação de jornada – banco de horas só por negociação coletiva.	Art. 59, § 2º	Ampliação
291	Indenização por supressão ou redução de horas extras.	Art. 478	Ampliação
326	Marco prescricional total em complementação de aposentadoria.	Arts. 11 e 468	Ampliação
327 (OJ 156)	Prescrição parcial, bienal e quinquenal, complementação de proventos.	Arts. 11 e 468	Restrição
331, V	Terceirização. Responsabilidade Subsidiária da Administração Pública.	Art. 71 da Lei 8.666/93	Restrição pelo STF
331, VI	Terceirização. A responsabilidade subsidiária alcança todas as parcelas.	Art. 2º, caput	Ampliação
349	Cancelamento da flexibilização de jornada de trabalho insalubre.	Art. 60	Ampliação

<sup>15</sup> Art. 468, CLT - Nos contratos individuais de trabalho só é lícita a alteração das respectivas condições por mútuo consentimento, e ainda assim desde que não resultem, direta ou indiretamente, prejuízos ao empregado, sob pena de nulidade da cláusula infringente desta garantia.

§ 1º Não se considera alteração unilateral a determinação do empregador para que o respectivo empregado reverta ao cargo efetivo, anteriormente ocupado, deixando o exercício de função de confiança.

§ 2º A alteração de que trata o § 1º deste artigo, com ou sem justo motivo, não assegura ao empregado o direito à manutenção do pagamento da gratificação correspondente, que não será incorporada, independentemente do tempo de exercício da respectiva função

364, II	Cancelamento da flexibilização do adicional de periculosidade.	Arts. 9º e 193, § 1º	Ampliação
369, II	Estabilidade provisória também para o suplente de dirigente sindical.	Art. 543, § 3º	Ampliação
428 (OJ 49)	BIP, pager ou celular não caracterizam sobreaviso por si mesmos.	Art. 244	Restrição
429 (OJ 36)	Horas in itinere dentro da empresa.	Arts. 4º e 58, § 2º	Ampliação
OJ 18	Base de cálculo da complementação de aposentadoria do BB.	Regulamento do BB	Restrição
OJ 191	O dono da obra não responde nas empreitadas de construção civil.	Art. 455	Ampliação
OJ 273	Cancela a inaplicabilidade da jornada de telefonista para o telemarketing.	Arts. 8º e 227	Ampliação
OJT 4	Cancela a flexibilização da insalubridade da empresa Morro Velho.	Arts. 9º e 192	Ampliação
219, II e III	Honorários advocatícios na rescisória e substituição processual.	Art. 791/CLT e 8º, III, CF	Ampliação
OJ 215	Ônus da prova do empregador nos pedidos de vale-transporte.	Art. 818	Ampliação
OJ Pleno 7	Juros aplicáveis nos precatórios trabalhistas.	Art. 1º-F da Lei 9.494	Restrição
OJ 301	Ônus da prova do empregador nos pedidos de fundo de garantia.	Art. 818	Ampliação
74, III	Produção de provas pelo juiz nos casos de confissão de uma das partes.	Arts. 765 e 844	Ampliação
387	O ato por fac-símile não pode ser praticado entre particulares.	Lei 9.800/99	Restrição
426	Obrigatoriedade de efetivação do depósito recursal na conta do FGTS.	Art. 899, §§ 4º e 5º	Restrição
427	Intimação do advogado indicado em caso de vários procuradores.	Art. 272, § 1º	Ampliação
PN 120	Revogação da sentença normativa por ato superveniente.	Arts. 614 e 864	Restrição

Fonte: Martins Filho, 2020.

**Quadro 2** - Mudanças jurisprudenciais realizadas na Semana do TST, em 2012, e suas correspondências com o texto legal.

<b>Súmula/OJ</b>	<b>Temática</b>	<b>CLT/Lei</b>	<b>Sinalização</b>
244, III	Estabilidade da gestante também nos contratos a termo.	Art. 10, II, 'b', do ADCT	Ampliação
228	Suspensão do cálculo da insalubridade com base no salário contratual.	Art. 192/CLT e art. 7º, IV/CF	Restrição pelo STF
369, II	Dispensa comunicar a candidatura para aquisição de estabilidade sindical.	Art. 543, § 5º	Ampliação
441	Irretroatividade do aviso prévio proporcional ao tempo de serviço.	Art. 7º, XXI/CF e Lei 12.506/11	Restrição

OJ 173	Insalubridade por calor em atividade a céu aberto.	Art. 195 e NR 15, Anexo 7	Ampliação
428	Pagamento de sobreaviso por instrumentos de tecnologia.	Art. 6º, parágrafo único	Ampliação
437	Proibição de flexibilização do intervalo intrajornada por norma coletiva.	Art. 71, § 3º	Ampliação
431	Divisor 200 para cálculo de horas extras em jornada de 40 horas semanais.	Art. 64	Ampliação
124	Fator divisor 150 e 200 para o bancário se o sábado for dia de repouso.	Arts. 64 e 224, § 2º	Ampliação
OJ SDC 5	Negociação coletiva no setor público envolvendo cláusula social.	Convenção 151 da OIT	Ampliação
OJ 384	Cancelamento da prescrição bienal a cada serviço concluído pelo avulso.	Art. 7º, XXIX, da CF	Ampliação
277	Ultratividade da norma coletiva.	Arts. 614/CLT e 114, §2º/CF	Ampliação
378, III	Reconhecimento da estabilidade acidentária nos contratos a termo.	Art. 118 da Lei 8.213/91	Ampliação

Fonte: Martins Filho, 2020.

No total apurado nos dois anos, foram 52 alterações de entendimento. Destes, 38 ampliaram direitos originalmente previstos em lei em favor da classe trabalhadora. Os demais, foram “restritos” por não comportarem previsão legal (isto é, estavam sendo concedidos e aplicados a despeito de autorização da lei, o que por si só já não deveria existir).

Os dados acima são um primeiro sinal que corroboram com a hipótese da presente pesquisa. Fica evidente que nos últimos anos, anteriores à reforma trabalhista de 2017, o TST capitaneou uma verdadeira reformulação do direito do trabalho brasileiro pela via jurisprudencial, buscando favorecer ainda mais a classe que já é, naturalmente, protegida pela legislação celetista.

Por um lado, é inegável que a jurisprudência é fonte do Direito, notadamente quando interpreta de forma legítima as normas vigentes, esclarecendo o que estava obscuro. Doutro, não é admissível que o Poder Judiciário faça as vezes do Poder Legislativo, atuando como se legislador fosse, em detrimento às normas de separação dos poderes.

Engana-se quem pensa que a questão perpassa somente pelo Tribunal Superior. Conforme visto, pesquisas recentes revelam que o mesmo problema persiste no primeiro grau, onde os reclamantes, normalmente trabalhadores, majoritariamente são vencedores de reclamações trabalhistas contra seus ex-empregadores.

Dessa forma, a partir de uma análise qualitativa da postura ativa e excessivamente protetiva do Tribunal, materializada nas Semanas do TST e nas decisões que se sucederam ao

longo dos últimos anos, evidencia-se um indício do viés protecionista da Justiça do Trabalho em favor dos trabalhadores.

Como é de se esperar, a edição desenfreada de entendimentos enviesados a favor dos trabalhadores pelo Tribunal Superior desencadeou uma máxima na classe empresarial, segundo a qual a Justiça do Trabalho decide a favor daqueles, em detrimento dos direitos do empregador. Tal premissa, como visto, afeta diretamente o ambiente de negócios brasileiro, na medida em que eleva os custos de transação e o risco dos contratos de trabalho, bem como aumenta a incerteza das partes.

De igual forma, a atuação do Tribunal Superior contribuiu para acirrar a permanente tensão entre o Poder Legislativo e Judiciário. De um lado, o Legislativo, de representação popular, é responsável pela edição de leis. Doutro, o Judiciário, composto por membros não investidos da vontade popular, tem como função defender a Constituição, ainda que isso represente atuar contra o legislador. Na medida em que este último conquista cada vez mais protagonismo no cenário brasileiro, as discussões e tensões se tornam ainda mais evidentes.

Consequentemente, as entidades empresariais, principalmente as Federações das Indústrias, dos Bancos e de Transportadoras, por meio de seus representantes no Congresso Nacional, iniciaram um movimento de atualização da lei trabalhista, resultando na aprovação da Lei n. 13.429/17, que alterou significativamente as regras para a terceirização da mão-de-obra previstas na Lei n. 6.019/74<sup>16</sup>, e, principalmente, da Lei n.13.467/17, popularmente conhecida como a Reforma Trabalhista.

Em analogia à 3ª Lei de Newton, para a qual “a toda ação corresponde uma reação de igual intensidade e em sentido contrário”, Martins Filho (2020) defende que as reformas legislativas de 2017 representam uma reação direta à construção de um direito do trabalho sumular feito pelo TST. Inclusive, a redação de muitos dos dispositivos da reforma se assemelha aos textos das súmulas, mas em sentido oposto.

Para Matos e Bertolin (2019), a reforma trabalhista é o retrato mais recente do chamado efeito *backlash* no Brasil. Em poucas palavras, trata-se do fenômeno que representa a reação legislativa direta a um entendimento exarado pelo Poder Judiciário em certa temática, resultando em um estremecimento da jurisprudência em virtude da edição de uma nova lei em sentido contrário. A tensão, aqui, gira em torno de qual entendimento prevalecerá e quem terá a “palavra final”.

---

<sup>16</sup> Em suma, estipulou novas regras sobre a terceirização, autorizando, principalmente, a terceirização da atividade-fim da empresa tomadora de serviços.

O efeito *backlash* ocorre quando o Judiciário profere uma decisão em matéria que divide a opinião pública. Como consequência, a decisão é bombardeada pelos defensores de discursos contrários ao entendimento adotado e, com o apoio da mídia, o debate tem seu alcance ampliado. A crítica intensa à decisão judicial resulta em uma mudança na opinião pública, o que acaba por refletir igualmente nas escolhas eleitorais, de modo que os opositores são eleitos. Como é de se imaginar, o grupo eleito consegue aprovar leis favoráveis ao seu entendimento e contrário ao outrora decidido pelo Judiciário (FROTA, 2018). Por conseguinte, a nova legislação acaba prejudicando o grupo que a decisão judicial anterior buscava tutelar.

Tratando-se especificamente da reforma trabalhista, dentre as diversas novidades, o legislador alterou a metodologia de interpretação da lei e pacificação da jurisprudência pelos Tribunais trabalhistas. Vejamos:

Art. 8º. [...]

§ 2º - Súmulas e outros enunciados de jurisprudência editados pelo Tribunal Superior do Trabalho e pelos Tribunais Regionais do Trabalho **não poderão restringir direitos legalmente previstos nem criar obrigações que não estejam previstas em lei.**

Art. 702 - Ao Tribunal Pleno compete:

[...]

f) estabelecer ou alterar súmulas e outros enunciados de jurisprudência uniforme, pelo voto de pelo menos dois terços de seus membros, caso a mesma matéria já tenha sido decidida de forma idêntica por unanimidade em, no mínimo, dois terços das turmas em pelo menos dez sessões diferentes em cada uma delas, podendo, ainda, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de sua publicação no Diário Oficial;

[...]

§ 3º As sessões de julgamento sobre estabelecimento ou alteração de súmulas e outros enunciados de jurisprudência deverão ser **públicas**, divulgadas com, no mínimo, trinta dias de antecedência, e deverão **possibilitar a sustentação oral** pelo Procurador-Geral do Trabalho, pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, pelo Advogado-Geral da União e por confederações sindicais ou entidades de classe de âmbito nacional.

§ 4º O estabelecimento ou a alteração de súmulas e outros enunciados de jurisprudência pelos Tribunais Regionais do Trabalho deverão observar o disposto na alínea f do inciso I e no § 3º deste artigo, com rol equivalente de legitimados para sustentação oral, observada a abrangência de sua circunscrição judiciária. (grifos nossos)

Sob o ponto de vista jurisprudencial, buscou-se com a reforma trabalhista uma maior transparência e segurança jurídica no âmbito das decisões proferidas pelos Tribunais.

O artigo 8º da CLT foi originalmente editado para orientar o intérprete e o aplicador da norma quando da ausência de disposições legais ou contratuais expressas. À este dispositivo,

incluiu-se nova previsão no sentido de coibir que TRTs e TST editem súmulas ou outros enunciados de jurisprudência em sentido contrário à vontade do legislador.

Nesse ponto, a reforma entendeu necessário dizer o óbvio ao vedar a restrição de direitos legalmente previstos e a criação de obrigações pelos Tribunais que não estejam previstas em lei, por não ser essa a sua função.

No artigo 702, por sua vez, estatuiu-se exigências procedimentais mais contundentes para a criação ou alteração das súmulas e outros enunciados jurisprudenciais pelos TRTs e TST, notadamente quanto ao quórum de votação – que passa a ser qualificado, ao invés de maioria simples ou absoluta –, à obrigatoriedade da existência de um número relevante de precedentes unânimes sobre a matéria, proferidos em diferentes sessões de julgamento, e à necessidade de que a aprovação desses enunciados seja feita em sessões públicas, permitida a participação de autoridades e representantes dos interessados.

Por qual razão o legislador ordinário incluiu no ordenamento jurídico trabalhista normas tão exigentes para interpretação da lei e para uniformização de jurisprudência? Razão diversa não pode ser senão o seu receio de que os próprios Tribunais trabalhistas venham a adotar entendimentos que anulem as diversas alterações realizadas pela reforma trabalhista, bem como sua intenção de que cessem com a criação de precedentes que não guardam qualquer amparo legal, à semelhança dos que foram editados nas Semanas do TST, vistos a pouco.

Aliás, o próprio parecer técnico da Comissão Especial da Câmara dos Deputados destinada a discutir as alterações da reforma trabalhista ressaltou o que chamou de ativismo judicial dos tribunais trabalhistas:

Ocorre, porém, que temos visto com frequência os tribunais trabalhistas extrapolarem sua função de interpretar a lei por intermédio de súmulas, para, indo além, decidirem contra a lei. Assim, um instrumento que deveria ter a finalidade precípua de trazer segurança jurídica ao jurisdicionado, garantindo a previsibilidade das decisões, é utilizado, algumas vezes, em sentido diametralmente oposto, desconsiderando texto expresso de lei (BRASIL, 2017).

No mesmo sentido, a exposição de motivos do então Projeto de Lei 6.787/2016, que depois se transformou na reforma trabalhista, criticou a atuação dos tribunais trabalhistas no sentido de anular as negociações coletivas feitas entre empregadores e representantes legítimos dos empregados, afastando a autonomia de tais agentes muitas vezes para tutelar os interesses da classe trabalhadora, provocando uma enorme insegurança jurídica:

Categorias de trabalhadores como bancários, metalúrgicos e petroleiros, dentre outras, prescindem há muito tempo da atuação do Estado, para promover-lhes o entendimento com as empresas. Contudo, esses pactos laborais vem tendo a sua autonomia questionada judicialmente, trazendo insegurança jurídica às partes quanto ao que foi negociado. Decisões judiciais vem, reiteradamente, revendo pactos laborais firmado entre empregadores e trabalhadores, pois não se tem um marco legal claro dos limites da autonomia da norma coletiva de trabalho (BRASIL, 2016).

As mudanças legislativas não foram poupadas de críticas. Matos e Bertolin (2019) sustentam que não raro a legislação cria situações de difícil solução, que são solucionadas pela Justiça do Trabalho por meio de princípios, desenvolvendo conceitos abstratos, fixando as situações de inconstitucionalidade e limitando arbitrariedades ocorridas em uma relação de hipossuficiência.

É inegável a existência de casos difíceis que demandem uma atenção e uma interpretação analítica do ordenamento jurídico para que sejam solucionados. Contudo, esta não é a realidade da grande maioria dos casos que chegam à justiça laboral. Além do mais, como visto até então, por vezes o legislador deixa muito claras as normas e suas intenções, e mesmo assim direitos, deveres e obrigações são criados pelos Tribunais.

Da mesma forma, Delgado (2017), ao analisar os efeitos da reforma trabalhista, emite críticas no sentido de que a restrição à edição de súmulas e orientações jurisprudenciais pelo TST desrespeita o princípio da separação dos Poderes e o princípio constitucional da autonomia dos tribunais. Não obstante, é importante frisar que a reforma trabalhista foi aprovada justamente com a tônica da separação dos poderes e da autonomia entre eles, de modo a frear o ativismo judicial da Justiça Trabalhista, que recorrentemente invade a esfera do Legislativo.

Para além da restrição a edição de súmulas e orientações jurisprudenciais, a reforma trabalhista instituiu diversas disposições que caminham em sentido diametralmente oposto aos entendimentos sumulados no Tribunal Superior. Nesse sentido, 44 enunciados do TST foram diretamente atingidos pela reforma trabalhista. Destes, 34 restaram superados, devendo ser cancelados ou ter suas redações alteradas. O entendimento exarado nos outros 10 enunciados foram confirmados pela nova legislação, que positivou seus conteúdos na lei celetista.

Martins Filho (2020) elaborou um quadro comparativo onde elenca todas as súmulas afetadas pela reforma, bem como os dispositivos legais correlatos:

**Quadro 3 - Súmulas do TST afetadas pela reforma trabalhista.**

<b>Temas</b>	<b>CLT</b>	<b>Súmula</b>	<b>Mudança</b>
Tempo à disposição do empregador.	art. 4º, § 2º	366	Superada
Contrato de prestação de serviços. Legalidade.	art. 8º, § 2º	331	Superada
Anulação de cláusula de norma coletiva apenas por vício do ato jurídico.	art. 8º, § 3º	423, 437, 444, 449, 451	Superada
Prescrição total no descumprimento do contrato de trabalho.	art. 11, § 2º	294	Confirmada
Interrupção da prescrição apenas pelo ajuizamento de ação.	art. 11, § 5º	268 e OJ 392	Confirmada
Prescrição intercorrente.	art. 11-A	114	Superada
Horas in itinere.	art. 58, § 2º	90 e 429	Superada
Regime 12x36 horas por acordo individual com indenização do intervalo.	art. 59-B	437 e 444	Superada
Banco de horas por acordo individual.	art. 59, § 4º	85, V	Superada
Acordo individual de compensação, tácito ou escrito.	art. 59, § 6º	85, I	Superada
Pagamento apenas do adicional de horas extras na compensação irregular.	art. 59-B	85, III	Confirmada
A prestação de horas extras habituais não descaracteriza a compensação.	art. 59-B, p. único	85, IV	Superada
A jornada 12x36 em atividade insalubre não demanda autorização do MTb.	art. 60, p. único	85, VI	Superada
Pagamento de indenização apenas do tempo de supressão do intervalo.	art. 71, § 4º	437, I	Superada
Redução do intervalo intrajornada por negociação coletiva.	arts. 71, § 4º e 611-B, p. único	437, II	Superada
Responsabilidade exclusiva do sucessor, salvo se há fraude na sucessão.	art. 448-A	OJ 261 e 411	Confirmada
Diária de viagem não integra o salário.	art. 457, § 1º	101 e 318	Superada
Natureza indenizatória do auxílio-alimentação.	art. 457, § 1º	241 e OJ 413	Superada
Natureza indenizatória dos abonos.	art. 457, § 1º	OJ 346	Confirmada
Exclusão da equiparação salarial para empregados com quatro anos na empresa.	art. 461, § 1º	6, II	Superada
Dispensa a homologação do quadro de carreira para impedir equiparação.	art. 461, § 2º	6, II	Superada
No quadro de carreira, a empresa escolhe o critério de promoção.	art. 461, § 3º	6, I e OJ 418	Superada



Exclusão da possibilidade de equiparação salarial em cadeia.	art. 461, § 5º	6. VI	Superada
Não manutenção da gratificação de função, independentemente do tempo.	art. 468, § 2º	372, I	Superada
Atribuição de natureza salarial apenas às gratificações legais e comissões.	art. 457, § 1º	152, 203, 226 e 253	Superada
Dispensa de homologação rescisória perante o sindicato.	art. 477, § 1º (revogação)	330	Superada
Quitação plena do contrato por adesão a PDV previsto em norma coletiva.	art. 477-B	OJ 270	Superada
Necessidade de autorização para desconto da contribuição sindical.	arts. 579, 582 e 587	OJ SDC 17	Superada
Prevalência da negociação coletiva sobre a lei em matéria de gorjeta.	art. 611-A, IX	354	Superada
Prorrogação em atividade insalubre por negociação coletiva.	art. 611-A, XIII	85, VI	Superada
Estipulação de participação nos lucros por negociação coletiva.	art. 611-A, XV	OJT 73	Confirmada
O desconto assistencial só pode ser cobrado do não filiado que autorizar.	art. 611-B, XXVI	OJ SDC 17 (PN 119)	Confirmada
Proibição da ultratividade da norma coletiva.	art. 614, § 3ª	277	Superada
Pagamento dos honorários periciais pelo beneficiário da justiça gratuita.	art. 790-B, caput e § 4º	457	Superada
Proibição de adiantamento dos honorários periciais.	art. 790-B, 3º	OJ SDI-2 98	Confirmada
Honorários advocatícios de sucumbência.	art. 791-A	219	Superada
Apresentada a defesa, a desistência exige anuência do réu.	art. 841, § 3º	9	Confirmada
Não se exige que o preposto do empregador seja seu empregado.	art. 843, § 3º	377	Superada
Validade da defesa do réu ausente, caso presente seu advogado.	art. 844, § 5º	122	Superada
Limitação da execução previdenciária de ofício às parcelas da condenação.	art. 876, p. único	368	Confirmada
Depósito recursal em conta vinculada ao juízo.	art. 899, §§ 4º e 5º	426	Superada
Dispensa do depósito recursal para empresa em recuperação judicial.	art. 899, § 10	86	Superada
Terceirização ilimitada.	art. 4º-A da Lei 6.019	331, I e II	Superada

Fonte: Martins Filho, 2020.

Direitos criados jurisprudencialmente, como o pagamento pelas horas de percurso (horas *in itinere*), a incorporação da gratificação de função após 10 anos, a ultratividade das

normas coletivas e o pagamento integral do intervalo nas hipóteses de concessão parcial, foram expressamente revogados pela nova legislação, fazendo cair por terra as respectivas súmulas do TST.

Vale mencionar que a grande espinha dorsal da reforma trabalhista é a introdução do artigo 611-A na CLT, que estabeleceu uma série de direitos que podem ser negociados diretamente entre as partes, sem a intervenção (direta) do Estado. Trata-se de mais uma crítica direta ao comportamento dos tribunais trabalhistas.

Desde a redemocratização, em 1985, cresce cada vez mais o diálogo entre capital e trabalho, o que culminou, inclusive, na normatização das convenções e acordos coletivos de trabalho pela Constituição Federal de 1988. Como visto anteriormente na exposição de motivos do Projeto de Lei, categorias como metalúrgicos, bancários e petroleiros possuem uma forte representação sindical, de modo que há muito tempo não necessitam mais da tutela direta do Estado para conversar e negociar com as empresas. Entretanto, tais negociações coletivas vinham reiteradamente sido anuladas pela Justiça do Trabalho, limando a autonomia dos agentes e ocasionando ainda mais insegurança jurídica.

A constante anulação dos instrumentos coletivos pelo TST, que culminava em entendimentos jurisprudenciais excessivamente protetivos da classe trabalhadora, resultou na necessidade do legislador de valorizar expressamente na lei a negociação coletiva, em sintonia com o entendimento do Supremo Tribunal Federal, garantindo que o que foi pactuado entre empregadores e trabalhadores fosse mantido.

A reforma trabalhista – que, diga-se de passagem, também não é isenta de críticas – é produto da vontade do legislador e denota um exemplo de reação do poder político sobre o Judiciário, na medida em que suas disposições vão de encontro à jurisprudência sumulada do TST, como visto acima. Restava evidente, portanto, que a reforma trabalhista foi editada como uma resposta ao ativismo judicial dos Tribunais trabalhistas.

Não parece, contudo, ao menos em uma análise preliminar, que a solução adotada pela reforma trabalhista solucionará a essência do problema (proliferação de decisões divergentes), revelando-se, em verdade, uma medida paliativa, com o objetivo tão somente de evitar a edição desenfreada e atécnicamente de entendimentos jurisprudenciais pelos Tribunais trabalhistas, mas não sua uniformização. E nem esta medida paliativa vem surtindo efeito.

Aproximadamente três anos após a reforma trabalhista, pouca coisa mudou. As súmulas do TST que conflitam com as disposições da nova lei seguem vigentes no ordenamento, gerando insegurança jurídica para o jurisdicionado, tendo em vista que ainda não foram canceladas ou alteradas pelo órgão. Por maioria, os Ministros entenderam por bem

aguardar a manifestação do Supremo Tribunal Federal, nos autos da Ação Declaratória De Constitucionalidade n. 62<sup>17</sup>, sobre a constitucionalidade da nova redação do artigo 702 da CLT, para somente em seguida realizarem as alterações e revogações que se fizerem necessárias.

Diante desse cenário, a aplicação dos enunciados alterados pela reforma trabalhista ainda está em uma zona cinzenta, o que dá margem para que magistrados permaneçam aplicando-os enquanto não sobrevier o cancelamento ou alteração. E, sob o ponto de vista do comportamento dos agentes econômicos, enquanto houver uma chance positiva de êxito, os agentes continuarão a litigar, por ser a decisão mais racional a se fazer.

Por óbvio, o viés excessivamente protecionista do entendimento sumular trabalhista detectado por este estudo é generalizado e nem sempre afetará todos os magistrados, mas evidencia, sem dúvidas, uma tendência dominante. Tanto é que gerou uma reação agressiva da classe empresária e do Congresso Nacional, que teve sua competência usurpada ao longo do tempo.

Nesse sentido, a justiça laboral, sob a pretensão de fazer justiça, proteger os trabalhadores e promover o desenvolvimento social, acabou se tornando excessivamente paternalista, retirando dos agentes econômicos o seu protagonismo nas relações de trabalho, sua autonomia para firmar negociações coletivas e, em última análise, desequilibrando a convivência do capital e trabalho.

Seja pela anulação sistemática de instrumentos coletivos, seja pelo elastecimento de direitos dos trabalhadores fundamentados exclusivamente em princípios e normas abstratas, fato é que a jurisprudência, ao conceder vantagens adicionais, ampliou consideravelmente o rol de encargos trabalhistas para os empregadores, que muitas vezes não consegue custeá-lo e acabam por reduzir a oferta de empregos.

Reconhecida, portanto, a existência de uma diretriz interpretativa protecionista na Justiça do Trabalho, conclui-se que esta autoriza a flexibilização (e até afastamento) da legislação tão somente para ampliação de direitos trabalhistas, mas não para sua adequação à nova realidade econômica, social e tecnológica, o que se tornou um problema que a reforma trabalhista tentou minimamente solucionar (MARTINS FILHO, 2020).

Tal diretriz interpretativa, como visto nos capítulos anteriores, eleva ainda mais a insegurança jurídica e prejudica a celeridade processual, fazendo com que os agentes

---

<sup>17</sup> A ação pleiteia o reconhecimento da constitucionalidade dos dispositivos da Reforma Trabalhista de 2017 que fixam procedimento e regras para o estabelecimento e a alteração de súmulas e enunciados de jurisprudência pelo Tribunal Superior do Trabalho e pelos Tribunais Regionais do Trabalho.

econômicos criem falsas expectativas quanto ao deslinde da demanda e, conseqüentemente, continuem litigando de forma excessiva.

### **3.2.4 O ativismo extraprocessual dos magistrados trabalhistas**

Se a partir do exposto acima ainda restarem dúvidas acerca do viés protecionista da Justiça do Trabalho, estas serão sanadas a partir de uma avaliação microscópica do comportamento extraprocessual da magistratura, que se revela, principalmente, no discurso de representantes das entidades associativas desta classe.

É o que Assis (2011) denomina de “ativismo judicial extraprocessual”. O crescimento e fortalecimento institucional da Justiça do Trabalho resulta na extrapolação de sua atuação para além dos limites jurisdicionais, de modo que o protagonismo dos magistrados, representados por entidades de classe, se evidencia em diversos cenários sociais e políticos.

As primeiras entidades de juízes do trabalho surgiram a nível estadual, especificamente no Rio Grande do Sul e no Rio de Janeiro, no início da década de 1960. Anos mais tarde, em 1976, a partir da articulação das associações estaduais até então existentes, fundou-se a Associação Nacional dos Magistrados do Trabalho (Anamatra), grande protagonista no contexto jurídico atual. Com a finalidade precípua de congregar os juízes do trabalho do Brasil em torno de seus objetivos e interesses comuns, a Anamatra representa mais de 4.000 magistrados, o que evidencia sua relevante representatividade no ordenamento jurídico brasileiro (ALVES, 2016).

Naturalmente, a Anamatra, em atuação coordenada com as Associações Regionais de Juízes do Trabalho, trabalha para “defender as prerrogativas dos magistrados e zelar pelo prestígio da Justiça e do Direito do Trabalho, cuja disciplina é matéria-prima do conhecimento de seus magistrados”, nas palavras de sua própria presidência (ANAMATRA, 2016).

Entretanto, para além do escopo corporativista, inerente a qualquer associação profissional, a entidade de classe previu, no artigo 5º do seu respectivo Estatuto, o dever de:

[...] Atuar na defesa dos interesses da sociedade, em especial pela valorização do trabalho humano, pelo respeito à cidadania e pela implementação da justiça social, pugnando pela preservação da moralidade pública, da dignidade da pessoa humana, da independência dos Poderes e dos princípios democráticos (ANAMATRA, 1978).

Em princípio, vale pontuar que “valorização do trabalho humano”, “justiça social”, “moralidade pública” e “dignidade da pessoa humana” são conceitos jurídicos extremamente

abstratos, inexistindo unanimidade sobre suas definições e abrangência. Tem-se, pois, um mandamento bastante amplo, apto a justificar, inclusive, condutas que caminham em sentido oposto. Afinal, pode-se sustentar que se preservará a “dignidade da pessoa humana” ao proibir a redução salarial durante a pandemia ou, em contrapartida, sustentar que o princípio será preservado ao se autorizar a redução salarial, pois os empregos serão preservados.

Contudo, eventual dúvida acerca dos verdadeiros propósitos da entidade de classe pode ser sanada com seus posicionamentos públicos, bem como por meio da sua atuação em processos de jurisdição constitucional.

Nesse sentido, não raro depara-se com discursos como do então presidente, juiz Luciano Athayde Chaves, em 2009, ao sustentar que é dever dos magistrados exercer um papel proativo diante das transformações sociais trabalhistas, afirmando que “há valores constitucionais que devem ser respeitados. Temos que adaptar nossos olhares a essas mudanças, *somos agentes transformadores da sociedade*, temos que compreendê-la” (grifo nosso). Ainda no mesmo evento, afirmou o presidente:

Precisamos defender os mais elevados princípios universais de trabalho como a emancipação social e a dignidade da pessoa humana. É tarefa de todos nesses tempos incertos. [...] Não adianta anunciar direitos, temos que dar condições de realizá-los (CHAVES, 2009).

Aliás, merecem destaques eventos jurídicos organizados ou apoiados pela Anamatra, como o “Fórum Interinstitucional em Defesa do Direito do Trabalho e da Previdência Social”, cuja finalidade foi debater projetos de mudança na previdência e reforma trabalhista, bem como defender os direitos fundamentais previstos na Constituição da República.

Os posicionamentos ideológicos em favor do trabalhador ficaram ainda mais evidentes no processo de aprovação da reforma trabalhista, momento no qual foram recorrentes discursos públicos de discordância da nova legislação, sob o argumento de que feria direitos sociais do trabalhador e princípios constitucionais que protegem a classe operária.

Assim, de antemão os magistrados registraram que a aplicação das novas regras estaria condicionada aos princípios constitucionais e normas internacionais, o que, como visto no capítulo anterior, desagua em insegurança jurídica e interpretação tendenciosa da lei. Nesse sentido, afirmou a Ministra do TST Delaíde Arantes (2017):

Fizemos um juramento de julgar e vamos aplicar a lei ordinária que aprovou a reforma trabalhista, mas não vamos aplicá-la isoladamente. É uma lei

trabalhista que se insere à luz da proteção constitucional e à luz da legislação internacional

Igualmente, ao tratar da reforma trabalhista, Feliciano, Conforti e Porto, juízes do trabalho, sustentaram:

Restará agora, ao cidadão, confiar o que resta à Magistratura do Trabalho e ao controle difuso de constitucionalidade que por dever lhe incumbirá. Ao lado dele, o controle de convencionalidade. E, para além disso, os horizontes hermenêuticos – promissores ou não – que a novidade legislativa deixará entreabertos.

Em outras palavras, de nada adiantou a reforma legislativa, os debates no Congresso e a maioria parlamentar, pois tudo estará, ao final do dia, nas mãos dos magistrados trabalhistas.

Após a aprovação da nova lei, a Anamatra reuniu, nos dias 09 e 10 de outubro de 2017, Ministros do TST, magistrados, auditores fiscais do trabalho, procuradores e advogados, com o objetivo de discutir a interpretação dos novos dispositivos – de forma abstrata e extraprocessual, diga-se de passagem.

Ao final do evento, foram aprovados 125 enunciados, à semelhança de súmulas, para que servissem de parâmetro hermenêutico para a aplicação dos novos dispositivos, tanto em relação ao direito material do trabalho, quanto ao processual. Em outras palavras, os enunciados foram aprovados para que direcionem os magistrados na sua forma de julgar.

Dentre as teses aprovadas, está a que afirma que a reforma trabalhista é ilegítima formal e materialmente, além de ser incompatível com as normas internacionais<sup>18</sup>. Além disso, os enunciados reputaram inconstitucionais os novos artigos que versam sobre a cobrança de honorários periciais, de sucumbência, a prevalência do negociado sobre o legislado e a terceirização da atividade-fim das empresas. Isto é, os participantes da Jornada se insurgiram justamente contra as principais novidades trazidas pela reforma trabalhista, introduzidas com o objetivo de modernizar as ultrapassadas normas da CLT.

Nesse sentido, em crítica à nova legislação, a Anamatra rechaçou qualquer tentativa de fazer a letra da lei prevalecer sobre a interpretação dos magistrados. Isso fica claro quando o Enunciado n. 2<sup>19</sup> afasta a ideia de imputar ao magistrado o dever de interpretar a reforma

<sup>18</sup> Enunciado n. 1: Reforma Trabalhista. Lei 13.467/2017. Incompatibilidade vertical com as convenções da OIT. Ausência de consulta tripartite. Ofensa à convenção 144 da OIT. II. Ausência de consulta prévia às organizações de trabalhadores. Ofensa à Convenção 154 da OIT, bem como aos verbetes 1075, 1081 e 1082 do Comitê de Liberdade Sindical do Conselho de Administração da OIT.

Enunciado n. 6: A Lei 13.467/2017 é ilegítima, nos sentidos formal e material.

<sup>19</sup> Enunciado n. 2: Interpretação E Aplicação Da Lei 13.467/2017. Os juízes do Trabalho, à maneira de todos os demais magistrados, em todos os ramos do Judiciário, devem cumprir e fazer cumprir a Constituição

trabalhista de modo literal, sustentado a interpretação judicial como função primeira do Judiciário.

Para além da discordância geral com a reforma trabalhista, os enunciados da Anamatra versaram sobre normas específicas, alteradas pela nova legislação. A título de exemplo, a reforma trabalhista retirou o direito à incorporação da gratificação de função percebida pelo empregado por 10 ou mais anos – direito este que, diga-se de passagem, foi criado pela jurisprudência. Entretanto, sob o argumento de que se está realizando uma interpretação da lei, o Enunciado n. 26 da Anamatra, contrariando expressamente a mudança legislativa, mantém o entendimento usualmente adotado pelos magistrados antes da vigência da reforma trabalhista:

REMUNERAÇÃO E PARCELAS INDENIZATÓRIAS: GRATIFICAÇÃO DE FUNÇÃO Gratificação de função. Supressão ou redução. Limites. Lei 13.467/2017. I. Uma vez percebida a gratificação de função por dez ou mais anos pelo empregado, se o empregador, sem justo motivo, revertê-lo a seu cargo efetivo, não poderá retirar-lhe a gratificação, tendo em vista os princípios da razoabilidade, proporcionalidade e segurança jurídica, garantidores da estabilidade financeira. II. Mantido o empregado no exercício da função comissionada, não pode o empregador reduzir o valor da gratificação. (ANAMATRA, 2018)

Diante das inúmeras críticas do grande público ao ativismo da Anamatra ao decidir pela publicação de enunciados que contestam e estimulam a não aplicação da reforma trabalhista, a entidade se defendeu afirmando que a atitude não representa qualquer tomada de decisão política, apesar de ter revelado tendências. Para o presidente à época, Guilherme Feliciano, o evento de aprovação dos enunciados:

Suscitou importantes reflexões em torno das modificações que a Lei nº 13.467/2017 imprimiu à Consolidação das Leis do Trabalho e à Lei nº 6.019/1974. Permitiu, ademais, que a Associação bradasse, no olho da tempestade, o que deveria ser evidente em uma sociedade democrática, de instituições republicanas e plurais: toda e qualquer Lei, a versar sobre quaisquer matérias, está sujeita à interpretação das cortes judiciais, como pressuposto inafastável para a sua aplicação aos casos sub judice (ANAMATRA, 2018).

---

e as Leis, o que importa no exercício do controle difuso de constitucionalidade e no controle de convencionalidade das Leis, bem como no uso de todos os métodos de interpretação/aplicação disponíveis. nessa medida: I. Reputa-se autoritária e antirrepublicana toda ação política, midiática, administrativa ou correicional que pretender imputar ao juiz do Trabalho o “dever” de interpretar a Lei 13.467/2017 de modo exclusivamente literal/gramatical; II. A interpretação judicial é atividade que tem por escopo o desvelamento do sentido e do alcance da Lei trabalhista. É função primordial do Poder Judiciário trabalhista julgar as relações de trabalho e dizer o direito no caso concreto, observando o objetivo da República Federativa do Brasil de construir uma sociedade mais justa e igualitária. Exegese dos artigos 1º, 2º, 3º, 5º, inciso XXXV, 60 e 93, IX e 114 da CRFB [...].

Além disso, para Feliciano (2017), "se a lei fosse bem redigida, não haveria uma busca tão grande para interpretá-la. Agora o Poder Judiciário tem que fazer o seu trabalho de interpretar as normas de forma coerente com a Constituição", evidenciando enorme insatisfação com trabalho desempenhado pelo Poder Legislativo.

Em outras palavras, a entidade de classe se coloca como a detentora da palavra final, afastando a vontade do legislador ordinário por meio de argumentos gerais e abstratos. Não à toa a reforma trabalhista buscou limitar o poder decisório dos magistrados, para que direitos e deveres não previstos na legislação fossem instituídos, basta ver a nova redação do artigo 8º e o novo Título II-A da CLT. Além disso, é cada vez mais comum nos depararmos com a tentativa de reconstitucionalização do direito ordinário com o objetivo de sustentar um maior garantismo de direitos.

É verdade que tais enunciados não possuem efeito legal e não são de observância obrigatória pelos julgadores, não obstante, mostram como pensam e como devem julgar os juízes do trabalho que estão alinhados ideologicamente com a Anamatra (NUNES, 2018).

A publicação de enunciados que determinam ou não a aplicação de uma lei, de forma extraprocessual (e, portanto, sem a aplicação do contraditório e ampla defesa e sem analisar o caso concreto), e que vão de encontro à vontade do legislador, constitui verdadeira anomalia jurídica. Isto porque, de forma antecipada, os magistrados já declararam que não reconhecem a validade de dispositivos da reforma trabalhista que notadamente flexibilizam as ultrapassadas normas da CLT e que, ao ver deles, prejudicam a classe trabalhadora.

Merece destaque, igualmente, a atuação da Associação da esfera legislativa. Dentre temas de interesse da classe, a agenda política da entidade envolve uma postura ativa em diversos temas de direito material e processual do trabalho. E, em cada projeto de lei, projeto de emenda constitucional ou outra modalidade legislativa, a Anamatra publiciza um posicionamento notadamente em favor da classe trabalhadora, a despeito de ter que se manter imparcial na seara processual. A seguir, salienta-se os principais projetos acompanhados pela associação, com a indicação do seu posicionamento, extraídos diretamente da sua agenda política do ano de 2019 (ANAMATRA, 2019):

**a) PL n. 1036/2019 – Tema: contribuição sindical e autorização coletiva de desconto.**

Posicionamento público da Anamatra (a favor):

O fim dessa modalidade de contribuição deveria ser gradual, permitindo a adequação dos sindicatos à nova realidade, sem prejuízo às suas atribuições institucionais. Além disso, deve ser associada à ratificação da Convenção 87 da Organização Internacional do trabalho.



**b) MSC nº 59/2008 – Restringe a dispensa de empregado aos casos de causa justificada.**

Posicionamento público da Anamatra (a favor):

Ao permitir o arbítrio na decisão da dispensa sem uma causa socialmente justa, tolhe-se a dignidade e a oportunidade de emprego de milhares de cidadãos, sobretudo daqueles que possuem baixa qualificação profissional e enfrentam a realidade de um mercado de trabalho com alta rotatividade de mão de obra.

**c) PL nº 2376/2019 – Indenização ao dano social - lesão reiterada a direitos sociais, econômicos e ambientais.**

Posicionamento público da Anamatra (a favor):

A Associação defende a adequação e superação de práticas judiciais que aplicam medidas individualizadas a danos produzidos de forma idêntica a centenas ou milhares de pessoas (...) Os grandes litigantes consomem os escassos recursos do Judiciário e recebem respostas limitadas, imprevisíveis e quase sempre sem qualquer uniformidade. Com isso, o litígio permanece no meio social, se solidifica em processos repetitivos e transforma a segurança da resposta em mera loteria.

**d) PL nº 6431/2009 – Prazo de 10 dias para pagamento de verbas rescisórias de empregado falecido, sob pena de multa.**

Posicionamento público da Anamatra (a favor, com restrições): “Não se pode deixar para decisão exclusiva por parte do empregador a escolha do momento em que tomará as medidas necessárias para realização do acerto rescisório”.

**e) PL nº 1941/2015 – Proibição de Revista Íntima.**

Posicionamento público da Anamatra (a favor, com restrições):

A Associação destaca que apoia toda iniciativa legislativa que procure aprimorar mecanismos de proteção à intimidade dos empregados, sendo uma de suas diretrizes o respeito incondicional à moralidade, ética e proteção à vida privada de todos os cidadãos. A Anamatra sugere, no entanto, que a proteção à intimidade deva ser incrementada também por meio da expressa proibição de revista em bens pessoais dos empregados, garantindo o preceito constitucional de proteção ao trabalhador, conforme art. 5º, X, da Constituição Federal de 1988.

**f) PLS nº 339/2016 - Proíbe a terceirização das atividades-fim, além de proibir as subcontratações.**

Posicionamento público da Anamatra (a favor): "Os dispositivos do projeto, portanto, consolidam questões fundamentais para a regulação dos contratos de terceirização, sem trazer prejuízo aos direitos adquiridos ao longo de históricas lutas dos trabalhadores".

**g) PEC nº 300/2016 - Aumento da jornada diária de trabalho, prevalência do negociado sobre o legislado, extinção do aviso prévio proporcional, dentre outros temas.**

Posicionamento público da Anamatra (contra): "Representa verdadeiro atentado contra os direitos dos trabalhadores, configurando-se em profundo retrocesso social".

**h) PL nº 1875/2015 - Possibilidade de suspensão dos contratos de trabalho em caso de crise econômico-financeira.**

Posicionamento público da Anamatra (contra):

Se configura em mais um instrumento de precarização dos direitos dos trabalhadores e, portanto, de aviltamento do trabalho humano. (...) É importante lembrar que mesmo em crises mais agudas, instrumentos – ainda que temporários – de redução de direitos não foram utilizados de forma sistemática e, menos ainda, a partir da anuência dos poderes públicos. Ainda nesse contexto, é importante destacar que as cláusulas de programas com essa natureza não podem ser banalizadas para, a pretexto de crise econômica, precarizar a proteção ao trabalho.

**i) PL nº 1037/2019 - Assegura o afastamento da empregada durante os períodos de gravidez e de lactação.**

Posicionamento público da Anamatra (a favor):

O PL 1037/2019 é resultado de sugestão da Anamatra, cujo objetivo é corrigir distorção oriunda da Lei nº 13.467/2017, a qual flexibilizou normas de proteção constitucional. A modificação proposta visa resguardar direitos constitucionalmente estabelecidos, em especial a proteção à maternidade prevista no art. 6º da Constituição, ao lado de outros direitos sociais, como o direito à saúde. (...) Como se trata de circunstância momentânea, é viável ao empregador a adaptação laboral, em razão, justamente, dos bens fundamentais que estão envolvidos e devem ser protegidos por todos (maternidade, vida, saúde e infância).

Os posicionamentos acima apenas confirmam o discutido anteriormente sobre a visão que os magistrados possuem da sua própria atuação. Ainda que na seara extraprocessual, fica claro a busca desses agentes por uma justiça social em favor da classe trabalhadora, menos favorecida, atuando como se advogados fossem.

Paralelo a isso, em 2015, Pablo Silva Cesário desenvolveu um estudo com o objetivo de mapear as relações entre grupos de interesse no Congresso Nacional, buscando compreender a população de grupos de interesse. A partir de dados extraídos das páginas da Câmara dos

Deputados e do Senado Nacional, mapeou as participações em audiências públicas e seminários entre os anos de 2011 e 2021.

Dentre os 975 grupos de interesses identificados, verificou-se a presença da Anamatra. Alerta o autor que a rede completa de grupos de interesse é de baixa densidade e os graus de influência podem variar constantemente, razão pela qual não se pode afirmar que há uma hegemonia de algum dos grupos. Contudo, do ponto de vista de influência, a pesquisa identificou um subconjunto de grupos de interesses que se relacionam de forma mais intensa entre si e com os demais, que pode ser chamado de “núcleo” e, por conseguinte, possui maior influência (CESÁRIO, 2016).

A Anamatra, por sua vez, está no rol de organizações que compõe o núcleo e que possuem um maior papel de coordenação sistêmica, composto por centrais sindicais, sindicatos e associações de funcionários públicos e grupos empresariais, totalizando 14 grupos de interesse<sup>20</sup>.

Segundo Cesário (2016), o núcleo possui uma participação muito superior de interesses trabalhistas, na medida em que conta somente com dois grupos empresariais: a Confederação Nacional da Indústria e a Confederação Nacional do Comércio de Bens, Serviços e Turismo.

A pesquisa supracitada buscou tão somente identificar os principais atores envolvidos no processo de influência, deixando de analisar as possíveis repercussões que tal constatação traz consigo. Não obstante, no tocante à Anamatra, questiona-se até que ponto o relacionamento intenso com grupos de trabalhadores (e, em menor parte, empregadores) no âmbito do Congresso Nacional, pode ser positiva. Trata-se de uma questão que merece pesquisas aprofundadas futuras.

Para além da atuação legislativa, a Anamatra possui um forte posicionamento judicial, que resulta no ajuizamento de ações de controle de constitucionalidade para questionar direitos em favor do trabalhador, o que nos leva ao questionamento crítico acerca da imparcialidade de tal atitude, considerando tratar-se de agentes que, no dia seguinte, irão apreciar e julgar demandas sobre o mesmo tema.

---

<sup>20</sup> Central dos Trabalhadores e Trabalhadoras do Brasil, Central Única dos Trabalhadores, Central Sindical e Popular Conlutas, Nova Central Sindical de Trabalhadores, União Geral dos Trabalhadores, Departamento Intersindical de Estatística e Estudos Socioeconômicos, Fórum Sindical dos Trabalhadores, Sindicato Nacional dos Auditores Fiscais do Trabalho, Associação Nacional dos Procuradores do Trabalho, Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho, Associação dos Auditores-Fiscais da Receita Federal do Brasil, Confederação Brasileira de Aposentados e Pensionistas, Confederação Nacional da Indústria e a Confederação Nacional do Comércio de Bens, Serviços e Turismo

Nesse sentido, a Anamatra ajuizou a Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5870 questionando o artigo 223-G da CLT<sup>21</sup>, introduzido pela reforma trabalhista, que fixa limites e estabelece parâmetros para a fixação do valor de indenizações por dano moral decorrente da relação de trabalho. Argumenta que, além da violação ao princípio da livre convicção do juiz, o dispositivo viola a isonomia dos trabalhadores ao estipular um mesmo teto para todos os casos.

Além desta, a Anamatra também ajuizou ADI no STF questionando a correção de créditos trabalhistas pela taxa referencial, divulgada pelo Banco Central, e não pelo IPCA ou INPC, como sustenta que deveria ser. A estipulação da taxa referencial foi feita pela reforma trabalhista, que modificou o § 7º do artigo 879 da CLT<sup>22</sup>. Ora, qual o interesse corporativo na entidade em defender a mudança do índice de correção dos créditos trabalhistas? Outro não pode ser senão fazer as vezes de protetor da classe trabalhadora.

O quadro resumo abaixo elenca todas as atuações jurídicas inseridas na agenda política da Anamatra no ano de 2019, no âmbito do controle concentrado de constitucionalidade:

**Quadro 4** - Quadro com as ações de controle concentrado de constitucionalidade inseridas na agenda política da Anamatra em 2019.

---

<sup>21</sup> Art. 223-G, CLT. Ao apreciar o pedido, o juízo considerará:

- I - a natureza do bem jurídico tutelado;
- II - a intensidade do sofrimento ou da humilhação;
- III - a possibilidade de superação física ou psicológica;
- IV - os reflexos pessoais e sociais da ação ou da omissão;
- V - a extensão e a duração dos efeitos da ofensa;
- VI - as condições em que ocorreu a ofensa ou o prejuízo moral;
- VII - o grau de dolo ou culpa;
- VIII - a ocorrência de retratação espontânea;
- IX - o esforço efetivo para minimizar a ofensa;
- X - o perdão, tácito ou expresso;
- XI - a situação social e econômica das partes envolvidas;
- XII - o grau de publicidade da ofensa.

§ 1º Se julgar procedente o pedido, o juízo fixará a indenização a ser paga, a cada um dos ofendidos, em um dos seguintes parâmetros, vedada a acumulação:

- I - ofensa de natureza leve, até três vezes o último salário contratual do ofendido;
- II - ofensa de natureza média, até cinco vezes o último salário contratual do ofendido;
- III - ofensa de natureza grave, até vinte vezes o último salário contratual do ofendido;
- IV - ofensa de natureza gravíssima, até cinquenta vezes o último salário contratual do ofendido.

§ 2º Se o ofendido for pessoa jurídica, a indenização será fixada com observância dos mesmos parâmetros estabelecidos no § 1º deste artigo, mas em relação ao salário contratual do ofensor.

§ 3º Na reincidência entre partes idênticas, o juízo poderá elevar ao dobro o valor da indenização.

<sup>22</sup> Art. 879, CLT. Sendo ilíquida a sentença exequenda, ordenar-se-á, previamente, a sua liquidação, que poderá ser feita por cálculo, por arbitramento ou por artigos. [...]

§ 7º A atualização dos créditos decorrentes de condenação judicial será feita pela Taxa Referencial (TR), divulgada pelo Banco Central do Brasil, conforme a Lei no 8.177, de 1º de março de 1991.

Ação	Assunto	Posição	Posicionamento
ADI nº 3308	Regime de previdência social da magistratura – Emenda Constitucional n. 20/1998	Autora	Impugna a submissão do magistrado ao Regime Geral da Previdência Social.
ADI n. 3363	Regime de previdência social da magistratura – Emenda Constitucional n. 20/1998	Autora	Impugna a submissão do magistrado ao Regime Geral da Previdência Social.
ADI nº 4168	Independência Funcional da Magistratura	Autora	Questiona os arts. 13, § 1º, e 17, II, do Regimento Interno da Corregedoria-Geral da Justiça do Trabalho, que atribuem função jurisdicional ao Corregedor-Geral para suspender ou cassar decisões judiciais.
ADI nº 4885	Funpresp	Autora	Inconstitucionalidade do art. 1º, EC nº 41/2003, e contra a Lei nº 12.618/2012.
ADI nº 5.326	Trabalho infantil e manifestações artísticas	Amicus Curiae	Constitucionalidade de normas que atribuem competência à Justiça do Trabalho para autorizar trabalho artístico de crianças e adolescentes.
ADI nº 5.735	Terceirização	Amicus Curiae	Inconstitucionalidade das novas regras de terceirização da Lei 13.429/17
ADI nº 5.766	Reforma trabalhista (gratuidade judiciária)	Amicus Curiae	Inconstitucionalidade dos novos dispositivos introduzidos pela reforma trabalhista.
ADI nº 5.867	Reforma trabalhista (depósito recursal)	Autora	Inconstitucionalidade dos índices de correção dos valores de depósito recursal.
ADI nº 5.870	Reforma trabalhista (Tarifação da Indenização por Danos Extrapatrimoniais)	Autora	Inconstitucionalidade das regras que impõe limites para a fixação do valor de indenização por dano moral, decorrente da relação de trabalho.
ADI nº 5.950	Contrato intermitente, dispensa coletiva e prorrogação de jornada por acordo individual.	Amicus Curiae	Inconstitucionalidade dos novos dispositivos introduzidos pela reforma trabalhista (arts. 443, caput, § 3º, 452-A, 477-A, 59-A e 59-B).
ADI nº 6.002	Necessidade de pedidos líquidos	Amicus Curiae	Sem manifestação até o momento
ADI nº 6.050	Tarifação do dano extrapatrimonial (art. 223-G, CLT)	Autora	O objetivo da ADI é garantir a interpretação constitucional, de sorte a permitir que os órgãos jurisdicionais fixem, eventualmente, indenizações superiores aos limites previstos, por decisão fundamentada.
ADPF nº 418	Cassação da aposentadoria	Autora	Contra a cassação da aposentadoria como pena disciplinar.
ADPF nº 524	Independência judicial	Amicus curiae	Contra o objeto da ação, que pede a cessação das constrições patrimoniais da Companhia do Metropolitano do Distrito Federal

			determinadas por decisões no âmbito do TRT-10.
--	--	--	--

Fonte: Elaborado pela autora.

Nota-se, pois, que dentre as 14 ações constitucionais de controle concentrado de constitucionalidade em que a Anamatra está envolvida como autora ou *amicus curiae*, aproximadamente 57% dizem respeito a assuntos relacionados ao direito material ou processual do trabalho, e não ao exercício da magistratura propriamente dito.

Por todo o exposto, Gandra Filho (2020) sustenta que os juízes do trabalho acreditam que sua missão é proteger cada vez mais e melhor o trabalhador, enxergando-o sempre como o hipossuficiente e explorado, quando na verdade o objetivo deveria ser harmonizar as relações de trabalho. Por conta dessa incessante vontade de proteger o trabalhador é que surge o ativismo judicial, tanto na esfera processual quanto extraprocessual, como vimos até então.

Esse posicionamento, contudo, não é unanimidade na classe dos magistrados. Apesar da Anamatra ser a mais antiga e representativa associação dos juízes – inclusive, possuía assento e voz, até 2016, no plenário do Conselho Superior da Justiça do Trabalho –, recentemente, diversos movimentos contrários estão surgindo, questionando a postura política e enviesada da associação.

Neste ponto, merece destaque a criação da Associação Brasileira de Magistrados do Trabalho (ABMT), idealizada com a finalidade de voltar sua atuação precipuamente à defesa das prerrogativas da carreira, eliminando qualquer manifestação ou atuação político-partidária que não esteja diretamente relacionada aos interesses da Magistratura. Para a ABMT, trata-se de medida necessária para preservar a independência e harmonia entre os Poderes da República. A Diretoria destaca, ainda, que:

Magistrados do Trabalho e suas associações devem sempre pautar sua atuação, observando os valores caros ao Poder Judiciário: imparcialidade nas decisões, independência, harmonia entre os Poderes, respeito às Instituições, entre outros. A forma e o nível de proteção jurídica destinada aos trabalhadores deve partir do Poder Legislativo, que determina a regulação do trabalho humano por normas que, por sua vez, serão interpretadas pelo Poder Judiciário, sempre pelo crivo da Constituição da República.

A partir das manifestações da Diretoria e associados, fica nítida a intenção da ABMT em se diferenciar da forma contemporânea de atuação do movimento associativo trabalhista, por incompatibilidade de ideias.

Ademais, a dissidência identificada apenas reforça as conclusões aqui expostas sobre o ativismo extraprocessual de grande parte da magistratura trabalhista, que se revela principalmente no âmbito dos Poderes Legislativo e Judicial.

### 3.3 O EFEITO BUMERANGUE DAS DECISÕES JUDICIAS TRABALHISTAS

Ao longo deste capítulo, as evidências empíricas nos mostraram que, de fato, existe uma não-neutralidade da Justiça do Trabalho, notadamente em favor do trabalhador. Seja pelo reconhecimento dos próprios magistrados, seja pela criação de direitos por via jurisprudencial, seja pelo ativismo da própria Anamatra, fato é que os magistrados tendem a ter um viés protecionista do trabalhador nos processos judiciais trabalhistas.

Sob a perspectiva econômica, este viés dos julgadores possui duas consequências negativas relevantes. Em primeiro lugar, os contratos de trabalho se tornam ainda mais incertos, pois as partes – principalmente o empregador – não sabem se ele será ou não respeitado pelo Judiciário, que dependerá do posicionamento pessoal do magistrado sobre a não-neutralidade. A incerteza, como visto do primeiro capítulo, torna as transações ainda mais arriscadas, pois não necessariamente prevalecerá o acordado entre as partes. Por conseguinte, introduz-se os prêmios de risco à relação, que, na prática, reduzem os salários dos empregados e aumentam a informalidade no mercado de trabalho (PINHEIRO, 2003).

Em segundo lugar, conforme sustentam Vianna et. al (1996) e Pinheiro (2003), embora a magistratura afirme que não está comprometida com a representação de interesses, a comprovada não-neutralidade significa que ela está notadamente alinhada com os grupos sociais menos favorecidos da sociedade, como o inquilino, devedor, e, no caso da Justiça do Trabalho, o trabalhador.

A falta de reflexão, por parte dos magistrados, sobre os impactos e consequências práticas da decisão judicial, principalmente pela existência de uma clara e sistemática não-neutralidade, gera um verdadeiro efeito bumerangue na Justiça do Trabalho (YEUNG; TIMM, 2017).

Explica-se. A pretexto de proteger os trabalhadores, os magistrados, impensadamente, promovem a desproteção de toda a classe. Isto porque a postura do Judiciário faz com que os grupos menos privilegiados sejam penalizados com prêmios de risco. Em outras palavras, ciente que existe um risco das cláusulas do contrato de trabalho serem anuladas ou desvirtuadas pela Justiça do Trabalho, o empregador repassa-o para o empregado, oferecendo a ele um salário mais baixo para cobrir eventual litígio judicial.

Ao fim e ao cabo, os trabalhadores ficam ainda mais alijados do mercado de trabalho, tendendo a maior discriminação. A economia nos ensina que os agentes econômicos se adaptam ao cenário que estão inseridos e as informações que possuem, logo, assim como a eficiência do contrato será menor, os grupos que se deseja proteger serão os mais discriminados. Desse modo, inconscientemente, os magistrados prejudicam ainda mais as partes que busca proteger por meio da não-neutralidade (PINHEIRO, 2003).

Tal constatação desagua no problema da informalidade no Brasil. Atualmente, o país possui cerca de 210 milhões de habitantes e uma população economicamente ativa que representa cerca de 106 milhões de brasileiros. Entretanto, aproximadamente 45% dos trabalhadores estão na informalidade, bem como a taxa de desemprego está em aproximadamente 12% (BELMONTE, 2020).

Igualmente, pode-se citar como exemplo a já comentada ultratividade das normas coletivas, que, diga-se de passagem, foi extinta com a reforma trabalhista. Afinal, tal regramento, instituído pelo TST, inibiu ainda mais o interesse dos empregadores em celebrar acordos coletivos com os Sindicatos, pois estes seriam incorporados aos contratos de trabalho e somente poderiam ser modificados ou suprimidos mediante uma nova negociação coletiva. Nesse sentido, caía por terra qualquer interesse do empregador em instituir um benefício pontual e temporário a seus empregados, como uma premiação, por exemplo, pois corria o risco de ver esse benefício incorporado definitivamente ao contrato de trabalho.

Portanto, sob a justificativa de tutelar a classe trabalhadora nos contratos de trabalho, o TST instituiu regramento que caminhou, na prática, em sentido diverso ao pretendido: o de desestímulo às negociações coletivas.

Soma-se a isso a gratuidade e livre acesso à justiça trabalhista, que permite que os trabalhadores formais ajuízem demandas trabalhistas, auferindo, na grande maioria dos casos, algum valor, ao passo em que os trabalhadores informais ficam ainda mais alijados do mercado de trabalho diante do alto custo de contratação e da judicialização excessiva.

Conclui-se, portanto, que os magistrados parecem não reconhecer as consequências econômicas e sociais de suas decisões, como uma espécie de “miopia” que traz efeitos nefastos ao mercado de trabalho.

Para além dessa perspectiva, literaturas mais recentes, como Graeber (2018) e Acemoglu (2019), sustentam que o fortalecimento do mercado de trabalho virá do reconhecimento da importância e da promoção de empregos de qualidade. A desindustrialização e a inovação tecnológica pelas quais vários países vêm passando, quando desacompanhada de acesso à educação superior de qualidade e qualificação profissional,



aumentam os “subempregos” e os empregos precários. Sendo assim, para Acemoglu (2019), apenas empregos bons, com salários consistentes, seriam capazes de proteger os trabalhadores de condições de trabalho precárias, sendo imprescindível a atuação estatal nesse sentido, tendo em vista que somente o mercado não seria capaz de cumprir tal missão. Uma discussão mais aprofundada sobre o que se espera do mercado do trabalho exigiria um espaço dedicado, razão pela qual se limita a essas breves considerações.

De todo modo, é fato notório que o ambiente de negócios brasileiro está extremamente estremecido. Não à toa é comum nos depararmos com pesquisas como a divulgada pela Confederação Nacional da Indústria (CNI), que aponta o ambiente brasileiro para negócios como o penúltimo em uma lista de 18 países com características sociais e econômicas semelhantes, em 2020. De acordo com o relatório, em termos de economia real, o Brasil não conseguiu avançar em termos de crescimento de renda, ampliação de postos de trabalho e atração e criação de novas empresas. E, por todo o exposto até o momento, é inegável a contribuição da Justiça trabalhista para tal cenário.

A despeito da queda vertiginosa de processos ajuizados após a reforma trabalhista, as decisões revelam-se muito protetoras, como visto, e, somado a inúmeros outros problemas do direito trabalhista pátrio (que, diga-se de passagem, não são objeto da presente pesquisa), há que se reconhecer que a reforma legislativa ainda está muito aquém da que realmente o país necessita para os fins pretendidos de criação de postos de trabalho.

## CONCLUSÃO

A pesquisa desenvolvida nesta dissertação confirmou a hipótese de que existe uma tendência protecionista dos magistrados na Justiça do Trabalho, que subestima as consequências práticas e econômicas das decisões judiciais e que, ao fim e ao cabo, prejudica o próprio grupo que se almeja proteger: os trabalhadores.

No capítulo 1, uma abordagem da teoria institucionalista de North se mostrou imprescindível para compreender o papel das instituições no desenvolvimento de uma nação. Nesse sentido, nenhum país alcançou um desenvolvimento substancial sem contar com instituições fortes, seguras e estáveis, que atenuem os custos da transação econômica. Por isso, a compreensão e o estudo do Poder Judiciário como uma das principais instituições que um país pode ter se mostrou essencial.

No capítulo 2, demonstramos a existência de um cenário de esgotamento da tutela unicamente jurídica das relações de trabalho através da constatação do anacronismo da legislação e da incapacidade da Justiça do Trabalho em oferecer uma tutela jurisdicional justa e efetiva. Somente a partir da compreensão interdisciplinar do contexto em que estamos inseridos é que será possível refletir sobre a necessidade de eventuais reformas no Direito.

Por conta disso, o presente estudo focou no diálogo deste ramo do direito com a ciência econômica, visitando a teoria pragmatista de Posner para mostrar a importância e o alinhamento desta para com o ordenamento jurídico brasileiro e para se alcançar uma melhor eficiência das decisões judiciais, através do pragmatismo e consequencialismo por ele sustentado.

Finalmente, no capítulo 3, buscou-se testar a hipótese da presente pesquisa sobre a existência de viés protetivo do trabalhador na Justiça do Trabalho. Como visto, tal problema possui relevante impacto no ambiente de negócios do país, na medida em que provoca fortes desincentivos para a contratação e formalização da mão-de-obra, bem como para o aumento da taxa de desemprego.

Para fundamentar o estudo, apresentou-se recentes pesquisas sobre a visão dos próprios magistrados sobre o Judiciário e seus obstáculos. Nelas, ficou clara a percepção dos juízes acerca do seu papel em um processo judicial: o de agente transformador da sociedade e protetor das classes menos favorecidas.

Essa constatação, por si, explica os resultados obtidos nas primeiras pesquisas empíricas sobre o tema, que demonstram uma grande prevalência do reclamante sobre o reclamado nos processos judiciais trabalhistas. Apesar dos dados não nos fornecerem o motivo pelo qual os reclamantes sempre saírem vencedores (seja através de acordos, seja através de

sentenças de procedência total ou parcial), indicam um indício e um caminho para pesquisas futuras.

No Brasil, apesar da existência de importantes trabalhos, como de Sadek, Pinheiro, Viana et. al. e Yeung, reafirma-se a necessidade de mais estudos, principalmente na seara trabalhistas, campo de relevante desenvolvimento dogmático, mas que ainda se prende em discussões ideológicas entre capital e trabalho e carece de aportes multidisciplinares que contribuam para desmistificar alguns conceitos.

Ainda no mesmo capítulo, realizou-se uma reconstrução histórica da criação e modificação de algumas súmulas e orientações jurisprudenciais do Tribunal Superior do Trabalho. A partir da compreensão do contexto em que os entendimentos jurisprudenciais foram criados, concluiu-se pela excessiva intervenção da alta cúpula do Judiciário nas relações trabalhistas, que, por vezes, agiu como se legislador fosse, criando direitos e deveres sem qualquer respaldo legal, bem como atuando em sentido totalmente contrário ao previsto pelo Poder Legislativo, o que, inclusive, acirra a divergência entre os dois poderes.

Aliás, o fortalecimento institucional do Judiciário ao longo dos últimos anos faz a atuação do órgão transcender o exercício estrito da jurisdição, de modo que nos autoriza a analisar o protagonismo extrajudicial dos magistrados em diversos cenários políticos e sociais. Nesse sentido, ao analisar detidamente o comportamento e posicionamento público da Anamatra, entidade que representa mais de 90% da magistratura, não restaram dúvidas acerca do seu posicionamento ideológico e do seu objetivo de proteger a classe trabalhadora a qualquer custo.

Confirmada a hipótese da não-neutralidade e da existência de um viés judicial na Justiça do Trabalho, passou-se a demonstrar de que forma tal premissa prejudica o desenvolvimento do país e os próprios trabalhadores, à luz dos ensinamentos da economia. Abordou-se, pois, o efeito bumerangue, que ocorre quando, impensadamente, o magistrado profere uma decisão que, a pretexto de proteger o trabalhador em um primeiro momento, volta-se contra ele posteriormente, sob a feição de salários mais baixos, contratos precários e informalidade.

Conforme alertaram os Ministros Roberto Barroso e Gilmar Mendes no julgamento do RE 590.415-SC, ao tratar do excessivo protecionismo da justiça trabalhista, sob o argumento de querer fazer o bem e promover o desenvolvimento social, está se retirando dos agentes econômicos o protagonismo que lhes é natural, a autonomia da negociação privada e coletiva e, por fim, o equilíbrio das relações de trabalho.

Como sustentado no início do trabalho, não se pretendeu defender a inexistência de qualquer viés judicial na justiça especializada, o que se acredita não ser possível. O referencial teórico utilizado evidenciou que os magistrados são, invariavelmente, agentes políticos, e, como membros da sociedade, não estão passíveis de proferir julgamentos isentos de qualquer valor ou crença. Entretanto, ao fim desta pesquisa, ficou claro que o viés protetivo existente na Justiça do Trabalho é ineficiente para a regulação das relações e mercado de trabalho, desaguando em uma instituição legal insatisfatória para o desenvolvimento do país.

Da mesma forma, a eficiência da Justiça do Trabalho não passa somente pela solução do problema da não-neutralidade dos magistrados. Problemas complexos ensejam soluções complexas. A análise de todos os problemas e possíveis soluções do Judiciário trabalhista foge ao escopo desta pesquisa, mas não se deixa de reconhecer a devida importância do tema.

O viés identificado possui efeitos perniciosos. Considerando a insegurança jurídica presente na Justiça do Trabalho, em que, a depender do magistrado, a lei será interpretada de uma forma ou de outra, os contratos de trabalho se tornam ainda mais incertos e, conseqüentemente, as transações econômicas mais arriscadas. Disso resulta a introdução de prêmios de risco que, como dito, reduzem salários e benefícios do próprio trabalhador. Não há, portanto, como fugir da realidade: os agentes econômicos se acostumam com o cenário em que estão inseridos, logo, havendo incerteza na transação, o risco será repassado para os preços, prejudicando, em última análise, a classe trabalhadora.

A despeito da barreira da insuficiência de dados empíricos no Brasil, espera-se que a presente pesquisa fomente ainda mais as discussões sobre a intercessão do Direito e Economia na Justiça do Trabalho, através de estudos que levem em consideração suas peculiaridades em relação aos demais órgãos judiciais brasileiros.

## REFERÊNCIAS

- 2ª Semana do TST analisa propostas apresentadas por 106 entidades. *Tribunal Superior do Trabalho*. Brasília, 4 de set. de 2012. Disponível em: <http://www.tst.jus.br/web/guest/-/2-semana-do-tst-analisa-propostas-apresentadas-por-106-entidades?inheritRedirect=true>. Acesso em: 25 jan. 2021.
- ACEMOGLU, D.; ROBINSON, J. *The role of institutions in growth and development*. Washington, D. C.: The World Bank, 2008. Disponível em: [www.growthcommission.org/storage/cgdev/documents/gc-wp010\\_web.pdf](http://www.growthcommission.org/storage/cgdev/documents/gc-wp010_web.pdf). Acesso em: 17 jul. 2020.
- ACEMOGLU, Daron. It's good jobs, stupid. *Economics for Inclusive Prosperity*: Policy Brief 13, junho de 2019. Disponível em: <https://econfip.org/policy-brief/its-good-jobs-stupid/>. Acesso em mar. 2021.
- AGUIAR, Adriana. *Fiscais e MPT resistem à reforma*. Valor Econômico. 19 de outubro de 2017. Disponível em: <https://www.valor.com.br/legislacao/5161050/fiscais-e-mpt-resistem-reforma>. Acesso em fev. 2021.
- ALVES, Francisco Sérgio Maia. O novo paradigma da decisão a partir do art. 20 da LINDB: análise do dispositivo segundo as teorias de Richard Posner e Neil MacCormick. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 278, n. 3, p. 113-144, dez. 2019. ISSN 2238-5177. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/80832>. Acesso em: 09 Set. 2020.
- ALVES, Gustavo Di Angellis da Silva. *Memórias em criação: a história e as conquistas do TJC*. Brasília: Editora Rede, 2016. Disponível em: [https://www.anamatra.org.br/attachments/article/24869/livro\\_tjc\\_memorias-em-criacao-versao-reduzida.pdf](https://www.anamatra.org.br/attachments/article/24869/livro_tjc_memorias-em-criacao-versao-reduzida.pdf). Acesso em fev. 2021.
- ANAMATRA. Agenda Político-Institucional Anamatra 2019. 1 ed. Brasília: Anamatra, 2019. Disponível em: <https://www.anamatra.org.br/attachments/article/28113/Agenda%20Pol%C3%ADtico-Institucional%202019.pdf>. Acesso em fev. 2021.
- ANAMATRA. *Enunciados aprovados na 2ª Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho são organizados por tema*. Disponível em: <https://www.anamatra.org.br/imprensa/noticias/26227-enunciados-aprovados-na-2-jornadade-direito-material-e-processual-do-trabalho-sao-organizados-por-tema>. Acesso em fev. 2021.
- ANAMATRA. *Estatuto da Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho*. Brasília, 1978. Disponível em: [https://www.anamatra.org.br/images/DOCUMENTOS/2020/Estatuto\\_Anamatra\\_valido\\_ate\\_29\\_12\\_2020.pdf](https://www.anamatra.org.br/images/DOCUMENTOS/2020/Estatuto_Anamatra_valido_ate_29_12_2020.pdf). Acesso em fev. 2021.
- ANAMATRA. Luciano Athayde: “Defesa da Constituição e do Direito do Trabalho é o caminho para enfrentar a crise”. 2009. Disponível em: <https://www.anamatra.org.br/imprensa/noticias/19451-luciano-athayde-defesa-da-constituic-o-e-do-direito-do-trabalho-o-caminho-para-enfrentar-a-crise09263839069068281>. Acesso em fev. 2021.
- ARAÚJO, Fernando. A análise econômica do contrato de trabalho. *Revista de Direito do Trabalho*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, vol. 171, 2016, p. 163-238.

ASSIS, Luis Fabiano de. *Ativismo judicial na Justiça do Trabalho*. 2011. 288 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2138/tde-22042013-110316/pt-br.php>. Acesso em fev. 2021.

BARBOSA, Daniel Pereira. *Visões do desenvolvimento: as perspectivas de Celso Furtado e Douglass North sobre desenvolvimento econômico*. Dissertação (Mestrado em Economia) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2009. Disponível em: [https://www.acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/24257/Dissertacao\\_DanielPBarbosa\\_Visoos%20do%20Desenvolvimento.pdf?sequence=1&isAllowed=y](https://www.acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/24257/Dissertacao_DanielPBarbosa_Visoos%20do%20Desenvolvimento.pdf?sequence=1&isAllowed=y). Acesso em: 12 jul. 2020.

BARROSO, Luis Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. Limites constitucionais à edição de súmula por Tribunal Superior. Análise da Súmula 331, I, do TST. *Revista Eletrônica de Direito Processual*, v. 7, p. 456-480, 2011.

BARROSO, Luis Roberto. *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas: limites e possibilidades da Constituição Brasileira*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1993.

BELMONTE, Alexandre Agra (coord.), et. al. *O direito do trabalho na crise da COVID-19*. Salvador: Editora JusPodivm, 2020.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Comissão Especial destinada a proferir parecer ao Projeto De Lei n. 6.787, de 2016, do Poder Executivo. *Parecer*. Disponível em: [https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=1544961](https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1544961). Acesso em 25 jan. 2021.

BRASIL. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei n. 6.787, de 23 de dez. de 2016*. Altera o Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943 - Consolidação das Leis do Trabalho, e a Lei nº 6.019, de 3 de janeiro de 1974, para dispor sobre eleições de representantes dos trabalhadores no local de trabalho e sobre trabalho temporário, e dá outras providências. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2122076>. Acesso em 25 jan. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 323, proposta pela Confederação Nacional dos Estabelecimentos de Ensino – CONFENEN. Relator: Min. Gilmar Mendes. Brasília, DF, 14/10/2016. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF323.pdf>. Acesso em 25 jan. 2021.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. *Relatório Geral Da Justiça Do Trabalho*. Disponível em: <http://www.tst.jus.br/web/estatistica/jt/relatorio-geral>. Acesso em: ago. 2020.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. *Resumo das principais atividades do Tribunal Superior do Trabalho e do Conselho Superior da Justiça do Trabalho em 2011*. Disponível em: [https://www.tst.jus.br/web/guest/calendario-do-tst/-/document\\_library/3Ezv/view\\_file/766318](https://www.tst.jus.br/web/guest/calendario-do-tst/-/document_library/3Ezv/view_file/766318). Acesso em: jan. 2021.

CARDOSO, Tatiana de Almeida Freitas. *Por uma tutela efetiva ao meio ambiente: a aplicação da Law & Economics para combater a Tragédia dos Bens Comuns*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, 2011.

CESARIO, Pablo Silva. Redes de influência no Congresso Nacional: como se articulam os principais grupos de interesse. *Revista de Sociologia e Política*. [online]. 2016, vol. 24, n. 59, pp. 109-127. Disponível em: [https://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0104-44782016000300109&script=sci\\_abstract&tlng=pt](https://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0104-44782016000300109&script=sci_abstract&tlng=pt). Acesso em fev. 2021.

COASE, Ronald. *O problema do custo social*. *The Latin American and Caribbean Journal of Legal Studies*, v. 3, n. 1, p. 38, 2008.

COASE, Ronald. *The Nature of the Firm*. 1937. Disponível em: <http://www3.nccu.edu.tw/~jsfeng/CPEC11.pdf>. Acesso em: 10 jul. 2020.

CONFEDERAÇÃO NACIONAL DA INDÚSTRIA. Competitividade Brasil 2019-2020. Brasília: CNI, 2020. Disponível em: [https://static.portaldaindustria.com.br/media/filer\\_public/ca/fc/cafc2274-9785-40db-934d-d1248a64dd94/competitividadebrasil\\_2019-2020\\_v1.pdf](https://static.portaldaindustria.com.br/media/filer_public/ca/fc/cafc2274-9785-40db-934d-d1248a64dd94/competitividadebrasil_2019-2020_v1.pdf). Acesso em mar. 2021.

Conselho Nacional de Justiça. *Índice de acesso à justiça*. Brasília: CNJ, 2021. Disponível em: [https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/02/Relatorio\\_Indice-de-Acesso-a-Justica\\_LIODS\\_22-2-2021.pdf](https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/02/Relatorio_Indice-de-Acesso-a-Justica_LIODS_22-2-2021.pdf). Acesso em fev. 2021.

CONTI, Thomas Victor. Economia, instituições e desenvolvimento. 2019. Notas de Aula.

COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Derecho y economía*. 2. ed. México: Fondo de Cultura Econômica, 2002.

COSTA, Eduardo José Monteiro da. Teoria das Instituições e da Mudança Institucional de Douglass North: Cultura, Estado e Dependência de Trajetória. *Cadernos CEPEC*, [S.l.], v. 8, n. 2, mar. 2020. ISSN 2238-118X. Disponível em: <https://periodicos.ufpa.br/index.php/cepec/article/view/8320>. Acesso em: 10 jul. 2020.

DELGADO, Mauricio Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. *A reforma trabalhista no Brasil: com os comentários à Lei 13.467/2017*. São Paulo: LTr, 2017.

DEQUECH, David. Incerteza num Sentido Forte: Significado e Fontes. In: *Macroeconomia Moderna: Keynes e a Economia Contemporânea*. SICSÚ, João; PAULA, Luiz F.; LIMA, Gilberto T. (Orgs.). Editora Campus. Rio de Janeiro, 1999.

DEQUECH, Davud. *Bounded rationality, institutions, and uncertainty*. Texto para Discussão. IE/UNICAMP, Campinas, n. 100, jun. 2001.

FARIA, José Eduardo. *O Direito na Economia Globalizada*. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

FROTA, João Otávio Fidanza. Discricionariedade legislativa e reforma trabalhista: a proibição do excesso e a vedação da proteção insuficiente como parâmetros de contenção do abuso de

poder legislativo. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região*, Brasília, DF, v. 22, n. 1, p. 57-72, jun. 2018.

GALA, Paulo. A teoria institucional de Douglass North. *Revista de Economia Política*, v. 23, n. 2 (90), abr.-jun. 2003. Disponível em: <http://www.rep.org.br/pdf/90-6.pdf>. Acesso em: 10 jul. 2020.

GALA, Paulo. *Teoria e retórica em Douglass North: subsídios para uma análise de sua contribuição*. Dissertação (Mestrado em Economia de Empresas) - Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, 2001. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/1819>. Acesso em: 10 jul. 2020.

GALÍPOLO, Gabriel; GALA, Paulo; FERNANDES, Danilo. Notas para uma avaliação do Discurso Marxista em Douglass North. *Revista ANPEC*, v. 9, p. 195-213, 2008.

GICO JR., Ivo Teixeira. A tragédia do Judiciário. *Revista de direito administrativo*, Rio de Janeiro, v. 267, p. 163-198, set./dez. 2014.

GRAEBER, David. *Bullshit Jobs: A Theory*. New York: Simon & Schuster, 2018. 333 p.

HARDIN, Garrett. *A tragédia dos comuns*. *Science*, v. 162, n. 3859, 1968. Traduzido por Juvenal. Disponível em: [https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/3203283/mod\\_resource/content/2/atrag%C3%A9dia\\_dos\\_comuns.pdf](https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/3203283/mod_resource/content/2/atrag%C3%A9dia_dos_comuns.pdf). Acesso em: 04 dez. 2019.

HAYEK, Friedrich. O Uso do Conhecimento na Sociedade. *The American economic review*, 1945, p. 519-530.

*Juizes preveem não aplicar reforma trabalhista como foi aprovada*. *Revista Consultor Jurídico*. 12 de setembro de 2017. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-set-12/juizes-preveem-nao-aplicar-reforma-trabalhista-foi-aprovada>. Acesso em fev. 2021.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Trad. João B. Machado. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

MADDISON, A. *The World Economy*. 1ª. ed. Paris: OECD Publishing, v. 1, 2006.

MAIA, Roberta Figueira Tigre. *O pragmatismo jurídico e o Supremo Tribunal Federal*. Trabalho de Conclusão de Curso (Direito) – Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2008. Disponível em: <https://pantheon.ufrj.br/handle/11422/9603>. Acesso em: jul. 2020.

MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. Os pilares do direito do trabalho: os princípios jurídicos e as teorias gerais (uma reflexão sobre sua aplicação). In: *Os pilares do direito do trabalho*. São Paulo: Lex, 2013.

MATOS, Laura Germano; BERTOLIN, Patrícia Tuma Martins. A reforma trabalhista de 2017: um diagnóstico da tensão entre os poderes legislativo e judiciário. *Revista De Direito Do Trabalho*, São Paulo, SP, v. 45, n. 198, p. 83-103, fev. 2019.

MORALES, Vander. *Regra do TST afasta mulher de vaga temporária*. Disponível em: <https://www.abras.com.br/clipping.php?area=1&clipping=31319>. Acesso em: set. 2020.



NORTH, Douglass C. *Institutions, Institutional Change and Economic Performance: Political Economy of Institutions and Decisions*. Cambridge University Press. Edição do Kindle.

NORTH, Douglass C. *Understanding the process of economic change*. IEA Occasional Paper, London.

NUNES, Ana Paula De Moraes Francisco. *Reforma Trabalhista versus Anamatra: uma análise da reação do Judiciário Trabalhista na 2ª Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho frente às inovações da Lei 13.467/2017*. Trabalho de Conclusão de Curso (Direito) – Fundação Getúlio Vargas. Rio de Janeiro, 2018.

PEIXOTO, Ravi. **Superação do precedente e segurança jurídica**. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016, 352 p.

PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. *Direito, economia e mercados*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

PINHEIRO, Armando Castelar. *Direito E Economia Num Mundo Globalizado: Cooperação Ou Confronto?* Rio de Janeiro: IPEA, 2003.

PINHEIRO, Armando Castelar. *Direito e economia num mundo globalizado: cooperação ou confronto?* In: Timm, Luciano Benetti (Org.). *Direito e Economia*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008.

POSNER, Richard Allen. *Direito, pragmatismo e democracia*. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

POSNER, Richard Allen. *Fronteiras da teoria do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

POSNER, Richard Allen. *Problemas de filosofia do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

POSNER, Richard. *A problemática da Teoria Moral e Jurídica*. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2012.

POSNER, Richard. *A Pragmatic Adjudication. The Revival of Pragmatism: New Essays on Social Thought, Law, and Culture*. Edited by Morris Dickstein. Durham: Duke University Press, 1988.

Schiavinatto, Fábio (org.). *Sistema de indicadores de percepção social (SIPS)*. 1 ed. Brasília: IPEA, 2011. 254 p. Disponível em: <http://repositorio.ipea.gov.br/handle/11058/3097?mode=full>. Acesso em fev. 2021.

SOUZA, Marcus Seixas. *Os precedentes na história do direito processual civil brasileiro: colônia e império*. Salvador: Repositório UFBA, 2014. Disponível em: <https://repositorio.ufba.br/ri/bitstream/ri/15279/1/Disserta%C3%A7%C3%A3o%20de%20Mestrado%20-%20Marcus%20Seixas%20Souza.pdf>. Acesso em 15 de novembro de 2016.

THIELMANN, Ricardo. *A Teoria dos Custos de Transação e as Estruturas de Governança: uma Análise do Caso do Setor de Suinocultura no Vale do Rio Piranga – Mg*. Resende: X Simpósio de Excelência em Gestão e Tecnologia, 2013.

TIMM, Luciano Benetti; NEUBARTH TRINDADE, Manoel Gustavo. As recentes alterações legislativas sobre os recursos aos tribunais superiores. *Revista de Processo*, São Paulo, ano 34, n. 178, p. 153-179, dez. 2009.

TIMM, Luciano Benetti. A matriz da análise econômica do direito para além do “eficientismo”. In: CALLEGARI, André Luís [et al.]. *Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica*. n. 7. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

VIANNA, Luis Werneck. *Corpo e alma da magistratura brasileira*. Editora Revan, 1997.

VIANNA, Luis Werneck. et al. *O perfil do magistrado brasileiro*. Projeto Diagnóstico da Justiça, AMB/Iuperj, 1996.

YEUNG, Luciana Luk Tai, *Além dos "achismos", do senso comum e das evidências anedóticas: Uma Análise Econômica do Judiciário brasileiro*. Tese (Doutorado em Economia de Empresas) – Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, 2010. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/8313>. Acesso em: 10 jul. 2020.

YEUNG, Luciana Luk Tai. Análise econômica do direito do trabalho e da reforma trabalhista (Lei nº 13.467/2017). *Revista dos Estudos Institucionais*, v. 3, n. 2, p. 891–921, 2018.

YEUNG, Luciana Luk Tai. Leis trabalhistas no Brasil. 2007. *UC Berkeley: Berkeley Program in Law and Economics*. Disponível em: <<https://escholarship.org/uc/item/3pr1f79k#author>>. Acesso em: 20 jul. 2019.

Yeung, Luciana Luk-Tai; Silva, Ana Lucía Pinto da; Carvalho, Carlos Eduardo. Insegurança jurídica do devedor: pela ampliação do debate sobre seleção adversa e custo do crédito no Brasil. *Análise econômica: revista da Faculdade de Ciências Econômicas*, Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, vol. 32, 2014, p. 63-80.

YEUNG, Luciana Luk-Tai; TIMM, Luciano Benetti. A “Miopia” do Direito do Trabalho Brasileiro e a necessidade do consequencialismo nas decisões judiciais e legislativas. In: *Temas contemporâneos de direito empresarial do trabalho*. São Paulo: LTr, 2015.

YEUNG, Luciana Luk-Tai; TIMM, Luciano Benetti. A Justiça do Trabalho e o Efeito Bumerangue. 2017. Disponível em: <https://www.insper.edu.br/noticias/a-justica-do-trabalho-e-o-efeito-bumerangue/>. Acesso em: jul. 2020.

ZANON JÚNIOR, Orlando Luiz. Pós-positivismo: a versão pragmática de Posner. *Revista Direito e Liberdade*, v. 15, n. 3, p. 117–140 – set/dez. 2013.

ZYLBERSZTAJN, Decio. SZTAJN, Rachel. *Direito & Economia: Análise Econômica do Direito e das Organizações*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.