

PARECER

CABIMENTO E PROCEDÊNCIA DA ADPF 1.058

SUMÁRIO: 1. A Consulta. 2. Cabimento da ADPF nº 1.058. 2.1. Objeto adequado. 2.2. Atendimento ao requisito da subsidiariedade e ausência do uso de ADPF como sucedâneo recursal. 2.3. Violação direta a preceitos fundamentais. 3. Livre iniciativa, direitos trabalhistas e margem de conformação legislativa. 4. Legalidade e separação de poderes. 5. Resposta aos quesitos

1. A Consulta

Consulta-nos a FEDERAÇÃO INTERESTADUAL DAS ESCOLAS PARTICULARES – FIEP, também conhecida como FEDERAÇÃO NACIONAL DAS ESCOLAS PARTICULARES – FENEP, acerca do cabimento e da procedência da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 1.058, que tramita perante o Supremo Tribunal Federal.

Conforme determina o art. 71, *caput* e § 1º, da Consolidação das Leis do Trabalho, em trabalhos contínuos que excedam seis horas, é obrigatória a concessão de um intervalo para repouso e alimentação de, no mínimo, uma hora. Caso o trabalho não exceda seis horas, mas ultrapasse quatro horas, o intervalo será de 15 minutos. No uso das suas atribuições constitucionais, o legislador brasileiro também previu que, em regra, “[o]s intervalos de descanso não serão computados na duração do trabalho”, nos termos do art. 71, § 2º, da CLT. Afinal, de acordo com o art. 4º, *caput*, do mesmo diploma legal, “[c]onsidera-se como de serviço efetivo o período em que o empregado esteja à disposição do empregador, aguardando ou executando ordens, salvo disposição especial expressamente consignada”.

Todavia, narra a Consulente que a Justiça do Trabalho vem negando vigência a essas normas, especialmente ao art. 71, § 2º, da CLT, em casos que envolvem a concessão de intervalo intrajornada a professores de instituições de ensino. Afirma que há inúmeras decisões, inclusive do Tribunal Superior do Trabalho, que presumem a existência de tempo à disposição do empregador em tais hipóteses. Informa a Consulente que, com base nesse entendimento, as referidas decisões determinam que os intervalos entre aulas, de 15 minutos, sejam incorporados à jornada diária dos docentes, independentemente de prova no sentido da existência de disponibilidade ou de efetivo trabalho dos empregados.

Por essa razão, a ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE MANTENEDORAS DAS FACULDADES – ABRAFI ajuizou a ADPF nº 1.058. Em sede cautelar, requereu *“a suspensão da marcha processual de qualquer processo (ou, dependendo do caso, dos efeitos de decisões judiciais neles já proferidas), em que se discuta a aplicação do entendimento sustentado pelo E. TST da consideração dos intervalos intrajornadas de 15 minutos (recreios), por presunção absoluta, como tempo à disposição”*. E, no mérito, postulou pelo reconhecimento, com eficácia *erga omnes* e efeito vinculante, da inconstitucionalidade da interpretação adotada em reiteradas decisões da Justiça do Trabalho, *“ao criarem uma PRESUNÇÃO ABSOLUTA de existência de tempo à disposição por parte dos professores quando da realização dos intervalos de 15 minutos denominados de RECREIO, independentemente de prova de efetiva disponibilidade ou de efetivo trabalho”*.

Relata a Consulente que o Advogado-Geral da União e o Procurador-Geral da República juntaram aos autos manifestações contrárias à procedência da ADPF nº 1.058, bem como ao seu cabimento. Afirma que, segundo essas autoridades, o objeto da ação não poderia, supostamente, ser impugnado pela via da arguição de descumprimento de preceito fundamental, sobretudo porque haveria decisões já transitadas em julgado, na mesma linha da orientação jurisprudencial questionada pela ABRAFI. Também aponta a Consulente que, na visão do AGU e do PGR, a ADPF nº 1.058 não observaria o requisito legal da subsidiariedade, funcionando como aparente sucedâneo recursal, além de versar sobre matéria de natureza alegadamente infraconstitucional.

Tais argumentos, contudo, não foram acolhidos pelo relator da ação, Min. Gilmar Mendes, que, depois de conceder monocraticamente a medida cautelar postulada, proferiu

voto no sentido de converter o referendo da liminar em julgamento de mérito, para reputar cabível e procedente a ADPF nº 1.058. No entanto, o Min. Flávio Dino abriu divergência para conhecer da ação, porém julgar improcedente o seu pedido, propondo a fixação da seguinte tese: *“Tanto o recreio escolar (educação básica) quanto o intervalo de aula (educação superior) constituem, em regra, tempo do professor à disposição (CLT, art. 4º, ‘caput’); excepcionalmente, tais períodos não serão computados na jornada, quando o docente adentrar ou permanecer no local de trabalho, voluntariamente, para exercer atividades exclusivamente particulares (CLT, art. 4º, § 2º), conforme análise caso a caso pela Justiça do Trabalho”*. Os Ministros Alexandre de Moraes e Cristiano Zanin acompanharam a divergência, mas o julgamento foi suspenso devido a pedido de vista do Min. Dias Toffoli, que ainda não devolveu os autos ao Plenário.

Nesse contexto, considerando-se que já foi admitida como *amicus curiae* no âmbito da ADPF nº 1.058, indaga a Consulente:

- a) A ADPF nº 1.058 é cabível?
- b) A ADPF nº 1.058 deve ser julgada procedente?

Antes de responder a esses quesitos, cumpre firmar as premissas teóricas e jurídicas do parecer, o que se passa a fazer.

2. Cabimento da ADPF nº 1.058

Diferentemente do que sustentam o Advogado-Geral da União e o Procurador-Geral da República, a ADPF nº 1.058 é cabível. Em primeiro lugar, o objeto da ação é adequado, tendo em vista que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal reconhece, há anos, a possibilidade do ajuizamento de ADPF em face de orientação jurisprudencial contrária à Constituição. Em segundo lugar, há pleno atendimento ao critério da subsidiariedade, não se podendo falar em uso de ADPF como sucedâneo recursal no presente caso. E, em terceiro lugar, verifica-se efetiva violação a preceitos fundamentais

da CF/88, notadamente aos princípios da legalidade e da separação de poderes. São esses pontos que serão abordados nos próximos itens do parecer.

2.1. Objeto adequado

A arguição de descumprimento de preceito fundamental, prevista no art. 102, § 1º, da CF/88 e regulamentada pela Lei nº 9.882/1999, é a ação vocacionada a questionar os *atos do Poder Público* que violem ou ameacem os princípios centrais da Constituição. Sendo assim, **o ordenamento jurídico brasileiro abre margem à impugnação de todos os atos emanados do Estado, de caráter comissivo ou omissivo**. E não poderia ser diferente, na medida em que a ADPF foi instituída exatamente para tornar mais completo o sistema do controle concentrado de constitucionalidade,¹ possibilitando o equacionamento de violações à Constituição que decorram não apenas de atos estritamente normativos, mas também de comportamentos e práticas estatais de outra natureza.²

Sob tal perspectiva, **dentre os atos do Poder Público passíveis de controle pela ADPF, está o conjunto de decisões judiciais que afrontam preceitos fundamentais da Constituição em determinada matéria**. O próprio Supremo Tribunal Federal já consolidou entendimento nesse sentido, afirmando que “[é] *cabível o ajuizamento de arguição de descumprimento de preceito fundamental em face de um conjunto de decisões judiciais que tenham aptidão para violar preceitos fundamentais, cuja correção não possa ser feita por outro meio processual de forma ampla, geral e imediata*”.³ **Aliás, tal**

¹ Nas palavras de Luiz Guilherme Marinoni, a ADPF “*coloca-se ao lado das demais ações do controle concentrado, tendo o objetivo de suprir as necessidades de controle abstrato de constitucionalidade*”. (Ingo Wolfgang Sarlet, Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 1316)

² Cf., e.g., STF. ADPF nº 635-MC, Tribunal Pleno, Rel. Min. Edson Fachin, DJe 02/06/2022; ADPF nº 709-MC-Ref, Tribunal Pleno, Rel. Min. Roberto Barroso, DJe 07/10/2020; e ADPF nº 347-MC, Tribunal Pleno, Rel. Min. Marco Aurélio, DJe 19/02/2016.

³ STF. ADPF nº 670, Tribunal Pleno. Rel. Min. André Mendonça, DJe 28/05/2024. Cf. também STF. ADPF nº 495-AgR, Tribunal Pleno, Rel. Min. Cármen Lúcia, DJe 18/05/2023; ADPF nº 789, Tribunal Pleno, Rel. Min. Luís Roberto Barroso, DJe 08/09/2021; ADPF nº 187, Tribunal Pleno, Rel. Min. Celso de Mello, DJe 29/05/2014; e ADPF nº 54, Tribunal Pleno, Rel. Min. Marco Aurélio, DJe 30/04/2013.

orientação vem sendo replicada pelo STF em diversos casos de propositura de ADPF em face de decisões emanadas da Justiça do Trabalho, como ocorre na hipótese deste parecer. Confirmam-se, por exemplo, os seguintes trechos de julgados da Corte:

Arguição de descumprimento de preceito fundamental. 2. Violação a preceito fundamental. **3. Interpretação jurisprudencial conferida pelo Tribunal Superior do Trabalho (TST) e pelos Tribunais Regionais do Trabalho da 1ª e da 2ª Região ao art. 114, § 2º, da Constituição Federal, na redação dada pela Emenda Constitucional 45, de 30 de dezembro de 2004, consubstanciada na Súmula 277 do TST, na versão atribuída pela Resolução 185, de 27 de setembro de 2012.** 4. Suposta reintrodução do princípio da ultratividade da norma coletiva no sistema jurídico brasileiro pela Emenda Constitucional 45/2004. 5. Inconstitucionalidade. 6. Arguição de descumprimento de preceito fundamental julgada procedente.⁴

I - Viabilidade da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental ajuizada em face de enunciado de Súmula de Jurisprudência predominante editada pelo Tribunal Superior do Trabalho.⁵

Na ADPF 324, o objeto é o conjunto de decisões proferidas pela Justiça do Trabalho que, invocando o Enunciado 321 do TST, tem produzido decisões contraditórias e restritivas da terceirização, e alega a autora que essas decisões têm aumentado a litigiosidade em torno da matéria e trazido insegurança jurídica e prejuízos. Portanto, esse é o objeto da primeira ação: um conjunto de decisões da Justiça do Trabalho restritivas, quando não impeditivas, da terceirização.⁶

Também foi por isso que o Min. Gilmar Mendes, relator da ADPF nº 1.058, reconheceu o cabimento da ação. Como se extrai do seu voto, “[a] *jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem admitido, sem grandes dificuldades, o ajuizamento de ADPF contra conjunto de decisões judiciais, desde que observado o princípio da subsidiariedade e comprovado que tais pronunciamentos jurisdicionais descumpriram, de forma reiterada, os preceitos fundamentais da Constituição, com potencialidade de*

⁴ STF. ADPF nº 323, Tribunal Pleno, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJe 15/09/2022 (grifos acrescentados).

⁵ STF. ADPF nº 501-AgR, Tribunal Pleno, Rel. Min. Alexandre de Moraes, Red. p/ ac. Min. Ricardo Lewandowski, DJe 05/11/2020.

⁶ STF. ADPF nº 324, Tribunal Pleno, Rel. Min. Luís Roberto Barroso, DJe 06/09/2019.

comprometimento da sua efetividade [...]”. O relator ainda registrou que “[...] *esta Suprema Corte tem admitido o ajuizamento de ADPF em hipóteses absolutamente semelhantes à tratada na espécie – isto é, contra conjuntos de decisões judiciais oriundas da Justiça do Trabalho alegadamente atentatórios às normas constitucionais”.*

E nem se diga, como fez o AGU em sua manifestação, que a mera existência de decisões transitadas em julgado, na linha do entendimento questionado pela ADPF nº 1.058, tornaria a referida ação supostamente incabível. Conforme já decidiu a nossa Suprema Corte, em ação na qual também se impugnava entendimento jurisprudencial do Tribunal Superior do Trabalho, “[o] **trânsito em julgado eventual de decisões proferidas em ações individuais e coletivas nas quais tenha sido discutida a mesma questão apresentada na ADPF não obsta a fiscalização abstrata de constitucionalidade, máxime porque a decisão do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado pode servir de fundamento para a rescisão de títulos executivos judiciais, ex vi dos artigos 525, §§ 12 a 15, e 535, §§ 5º a 8º, do CPC/2015**”.⁷

A rigor, **independentemente de ter transitado em julgado ou não, cada decisão judicial em que se debateu o tema submetido ao controle concentrado de constitucionalidade – mesmo aquelas citadas ilustrativamente na petição inicial de determinada ADPF – consiste apenas em parcela de um problema jurídico muito maior, qual seja, a orientação geral efetivamente impugnada perante o STF.** Em outras palavras, essas decisões somente exemplificam a controvérsia constitucional mais ampla, que não está, portanto, delimitada a este ou àquele processo específico.

Em última análise, o que se postula na referida ação é o reconhecimento da **inconstitucionalidade de jurisprudência trabalhista**, não a desconstituição automática de decisões em que tal jurisprudência foi aplicada. E não há dúvida de que essa providência é possível em sede de ADPF, relegando-se às instâncias inferiores a competência para processar e julgar futuras ações rescisórias propostas com base na eventual declaração de inconstitucionalidade proferida pela Suprema Corte. **A própria prática do STF deixa claro que há perfeita compatibilidade entre, de um lado, o ajuizamento de arguição**

⁷ STF. ADPF nº 304, Tribunal Pleno, Rel. Min. Luiz Fux, DJe 20/11/2017 (grifos acrescentados).

de descumprimento de preceito fundamental em face de interpretações judiciais contrárias à Constituição e, de outro lado, a preservação da coisa julgada material,⁸ como se depreende do seguinte trecho de ementa de acórdão do Supremo Tribunal Federal:

ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL: ADEQUAÇÃO. OBSERVÂNCIA DO PRINCÍPIO DA SUBSIDIARIEDADE. [...] COISA JULGADA COM CONTEÚDO EXECUTADO OU EXAURIDO: IMPOSSIBILIDADE DE ALTERAÇÃO. DECISÕES JUDICIAIS COM CONTEÚDO INDETERMINADO NO TEMPO: PROIBIÇÃO DE NOVOS EFEITOS A PARTIR DO JULGAMENTO. ARGUIÇÃO JULGADA PARCIALMENTE PROCEDENTE.

1. Adequação da arguição pela correta indicação de preceitos fundamentais atingidos, a saber, o direito à saúde, direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado (arts. 196 e 225 da Constituição Brasileira) e a busca de desenvolvimento econômico sustentável: princípios constitucionais da livre iniciativa e da liberdade de comércio interpretados e aplicados em harmonia com o do desenvolvimento social saudável.

Multiplicidade de ações judiciais, nos diversos graus de jurisdição, nas quais se têm interpretações e decisões divergentes sobre a matéria: situação de insegurança jurídica acrescida da ausência de outro meio processual hábil para solucionar a polêmica pendente: observância do princípio da subsidiariedade. Cabimento da presente ação.

[...]

9. Decisões judiciais com trânsito em julgado, cujo conteúdo já tenha sido executado e exaurido o seu objeto não são desfeitas: efeitos acabados. Efeitos cessados de decisões judiciais pretéritas, com indeterminação temporal quanto à autorização concedida para importação de pneus: proibição a partir deste julgamento por submissão ao que decidido nesta arguição.

10. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental julgada parcialmente procedente.⁹

⁸ Como já afirmou o STF, o entendimento firmado em sede de ADPF “*não produz efeitos automáticos e retroativos em processos judiciais transitados em julgado na fase de conhecimento*”, devendo o interessado, “*caso almeje desconstituí-los, utilizar-se de eventuais instrumentos processuais rescisórios, se e quando cabíveis, haja vista a jurisprudência desta Corte que não admite ADPF para tais situações jurídico-processuais*” (STF. ADPF n° 495, Tribunal Pleno, Rel. Min. Cármen Lúcia, DJe 18/05/2023).

⁹ STF. ADPF n° 101, Tribunal Pleno, Rel. Min. Cármen Lúcia, DJe 04/06/2012 (grifos acrescentados).

Assentada a possibilidade de ajuizamento de arguição de descumprimento de preceito fundamental contra orientação jurisprudencial, o objeto da ADPF nº 1.058 revela-se plenamente adequado.

2.2. Atendimento ao requisito da subsidiariedade e ausência do uso de ADPF como sucedâneo recursal

Ao disciplinar o processamento e o julgamento da ADPF, a Lei nº 9.882/1999 dispõe, no seu art. 4º, § 1º, que “[n]ão será admitida arguição de descumprimento de preceito fundamental quando houver qualquer outro meio eficaz de sanar a lesividade”. Tal requisito, que ficou conhecido como *subsidiariedade*, visa a evitar a banalização do uso da ADPF, impedindo, assim, que essa importante ação constitucional seja proposta em casos nos quais exista remédio jurídico apto a solucionar, com o mesmo grau de abrangência e de efetividade, a lesão ou a ameaça ao preceito fundamental que se alega em perigo. O objetivo é evitar que tal ação de controle concentrado de constitucionalidade seja utilizada como substituto de recurso, colocando em xeque a sua função jurídica, bem como o regular itinerário dos processos judiciais.

Nada obstante, **é de suma importância que se aplique corretamente o requisito da subsidiariedade. Caso contrário, corre-se o risco de se frustrar todo o potencial da ADPF na defesa da Constituição.** Nas palavras certeiras de José Afonso da Silva:

É preciso interpretar essa regra [da subsidiariedade] conforme a Constituição, sob pena de se anular uma ação constitucional por via de requisito simplesmente legal. A Constituição não pode ter querido estabelecer um mecanismo apenas subsidiário para uma missão tão relevante – qual seja, proteger seus preceitos fundamentais. Ao contrário, ela entendeu necessário preordenar um instituto próprio e adequado para o fim de arguir descumprimento de preceito fundamental.¹⁰

¹⁰ José Afonso da Silva. *Comentário Contextual à Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 554.

Atento a esse imperativo de interpretação adequada do art. 4º, § 1º, da Lei nº 9.882/1999, o Supremo Tribunal Federal já firmou jurisprudência no sentido de que **o requisito da subsidiariedade se aplica sempre que, na esfera da jurisdição constitucional concentrada, inexistirem outros instrumentos capazes de equacionar a questão constitucional suscitada.** Afinal, em casos de violação a preceito fundamental, o que normalmente se requer não é uma solução pontual, isto é, para um caso concreto específico, mas sim uma ampla resposta, com eficácia *erga omnes* e efeito vinculante, para problema que atinge a ordem constitucional como um todo e que, conseqüentemente, gera repercussões para múltiplas pessoas. É por isso que a existência de qualquer outro mecanismo jurídico fora do campo do controle abstrato de constitucionalidade, em regra, não deve afetar a verificação da subsidiariedade da ADPF.

Vejam-se, a propósito, as seguintes passagens de acórdãos da Corte:

3. Subsidiariedade – art. 4º, § 1º, da Lei 9.882/99. Meio eficaz de sanar a lesão é aquele apto a solver a controvérsia constitucional relevante **de forma ampla, geral e imediata. No juízo de subsidiariedade há de se ter em vista, especialmente, os demais processos objetivos já consolidados no sistema constitucional.**¹¹

[...] tem sido prestigiada, na interpretação desse dispositivo, a consideração da eficácia típica dos processos objetivos de proteção da ordem constitucional, vale dizer, a eficácia *erga omnes* e o efeito vinculante próprios ao controle abstrato de constitucionalidade. Significa afirmar que o referido dispositivo, ao consagrar o que a doutrina vem convencendo chamar de cláusula de **subsidiariedade** da arguição de descumprimento, exige, como condição de admissibilidade da ação, a inexistência de outro meio de sanar a lesividade que seja tão eficaz e definitivo quanto a ADPF, qual seja outra medida adequada no universo do **sistema concentrado de jurisdição constitucional.**¹²

13. Princípio da subsidiariedade (art. 4º, § 1º, da Lei nº 9.882/99): inexistência de outro meio eficaz de sanar a lesão, **compreendido no contexto da ordem constitucional global**, como aquele apto a solver a controvérsia constitucional relevante **de forma ampla, geral e imediata.**

¹¹ STF. ADPF nº 388, Tribunal Pleno, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJe 01/08/2016 (grifos acrescentados).

¹² STF. ADPF nº 97, Tribunal Pleno, Rel. Min. Rosa Weber, DJe 30/10/2014 (grifos originais).

14. A existência de processos ordinários e recursos extraordinários não deve excluir, a priori, a utilização da arguição de descumprimento de preceito fundamental, em virtude da feição marcadamente objetiva desta ação.¹³

No mesmo sentido, existem outros precedentes do STF que dizem respeito à lesão de preceitos fundamentais causada por orientações judiciais inconstitucionais, como na hipótese deste parecer:

[...] o princípio da subsidiariedade não pode – nem deve – ser invocado para impedir o exercício da ação constitucional de arguição de descumprimento de preceito fundamental, eis que esse instrumento está vocacionado a viabilizar, numa dimensão estritamente objetiva, a realização jurisdicional de direitos básicos, de valores essenciais e de preceitos fundamentais contemplados no texto da Constituição da República.

Se assim não se entendesse, a indevida aplicação do princípio da subsidiariedade poderia afetar a utilização dessa relevantíssima ação de índole constitucional, o que representaria, em última análise, a inaceitável frustração do sistema de proteção, instituído na Carta Política, de valores essenciais, de preceitos fundamentais e de direitos básicos, com grave comprometimento da própria efetividade da Constituição.

Daí a prudência com que o Supremo Tribunal Federal deve interpretar a regra inscrita no art. 4º, § 1º, da Lei n. 9.882/99, em ordem a permitir que a utilização dessa nova ação constitucional possa efetivamente prevenir ou reparar lesão a preceito fundamental causada por ato do Poder Público.

Não é por outra razão que esta Suprema Corte vem entendendo que a invocação do princípio da subsidiariedade, para não conflitar com o caráter objetivo de que se reveste a arguição de descumprimento de preceito fundamental, supõe a impossibilidade de utilização, em cada caso, dos demais instrumentos de controle normativo abstrato [...].¹⁴

Disso também se extrai que, quando há impugnação de entendimento judicial pela via da ADPF, pouco importa se, em determinado processo subjetivo no qual tal entendimento foi aplicado, ainda subsista recurso capaz de reverter a decisão daquele caso concreto. **Em hipóteses dessa natureza, a ADPF não está sendo utilizada como**

¹³ STF. ADPF nº 33, Tribunal Pleno, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJ 27/10/2006 (grifos acrescentados).

¹⁴ STF. ADPF nº 144, Tribunal Pleno, Rel. Min. Celso de Mello, DJe 26/02/2010 (sem negritos originais, com grifos acrescentados).

sucedâneo recursal, mas sim como ação de controle concentrado de constitucionalidade que visa a equacionar, de maneira definitiva, geral e imediata, violação a preceito fundamental decorrente de orientação inconstitucional adotada pelo Poder Judiciário. Cuida-se de tutela que, certamente, não pode ser obtida pelos recursos típicos da jurisdição ordinária.

No presente caso, a ADPF nº 1.058 foi proposta para impugnar o **conjunto de reiteradas decisões trabalhistas** que, afastando injustificadamente a aplicação do art. 71, § 2º, da CLT, determina o cômputo do intervalo intrajornada para fins de cálculo da duração do trabalho de professores, afrontando, como se verá mais adiante, preceitos fundamentais da Constituição de 1988. Tem-se, portanto, ação que não discute a validade de ato normativo primário superveniente ao texto constitucional, como se dá nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade, nem omissões legislativas inconstitucionais, como na ação direta de inconstitucionalidade por omissão e no mandado de injunção. Sendo assim, à luz do arsenal de instrumentos disponíveis na jurisdição concentrada, não há nenhum outro mecanismo que se preste a atingir, com o alcance pretendido, o que se requer na ADPF nº 1.058.

Por razões ainda mais fortes, os objetivos da ADPF nº 1.058 tampouco podem ser alcançados em sede recursal ordinária. É que nenhum órgão da jurisdição comum ou trabalhista tem a competência necessária para, em mero processo subjetivo, firmar entendimento capaz de pôr fim, com eficácia *erga omnes* e efeito vinculante, às lesões de preceitos fundamentais que se pretende equacionar com o ajuizamento da referida ação. Por conseguinte, não procede a alegação de que a ADPF nº 1.058 seria um suposto substituto de recurso, cuja propositura desafiaria o requisito da subsidiariedade. Sobre o ponto, cumpre destacar os seguintes trechos dos votos dos Ministros Gilmar Mendes e Flávio Dino, que, embora diverjam quanto à solução de mérito a ser dada à ADPF nº 1.058, caminham na mesma direção no que diz respeito ao seu cabimento:

[...] tenho que o ajuizamento da ADPF e sua admissão estarão vinculados, muito provavelmente, ao significado da solução da controvérsia para o ordenamento constitucional objetivo, e não à proteção judicial efetiva de uma situação singular.

Nesse contexto, entendo que a questão acerca da constitucionalidade da interpretação que se consolidou na jurisprudência do TST no sentido da presunção absoluta de que o intervalo temporal de “recreio” caracteriza-se necessariamente como tempo à disposição do empregador consiste em controvérsia relevante sob a ótica da ordem constitucional objetiva, transcendendo os limites subjetivos dos processos em que se deu a prolação do conjunto de decisões judiciais impugnadas e demandando solução ampla e geral.

Considero atendido, portanto, o requisito da subsidiariedade (Lei 9.882/1999, art. 4º, §1º).

[...] acha-se satisfeito o critério da subsidiariedade (Lei nº 9.882/99, art. 4º, § 1º), tendo em vista que a orientação jurisdicional questionada está consolidada no âmbito da Justiça do Trabalho, de modo que somente por meio da ADPF será possível a resolução da controvérsia jurídica de maneira ampla, geral e imediata (ADPF 33, Rel. Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, j. 07.12.2005).

Logo, fica evidente que a ADPF nº 1.058 observa o requisito da subsidiariedade, previsto no art. 4º, § 1º, da Lei nº 9.882/1999, devendo, também por isso, ser conhecida pelo STF.

2.3. Violação direta a preceitos fundamentais

Como o seu próprio nome já indica, a ADPF se volta à salvaguarda dos *preceitos fundamentais* da Constituição, diante de atos – normativos, administrativos ou jurisdicionais – praticados pelo Poder Público. Isso significa que o parâmetro de controle dessa ação não é qualquer dispositivo do texto constitucional, mas apenas os seus princípios mais relevantes. Nem a Constituição nem a Lei nº 9.882/1999, que disciplina a ADPF, definiram quais seriam tais princípios, mas existe sólido consenso doutrinário e jurisprudencial no sentido de que, dentro desse conceito jurídico indeterminado, figuram os direitos e garantias fundamentais, bem como as normas estruturantes do funcionamento dos poderes do Estado.

Nas lições acadêmicas dos Ministros Gilmar Mendes e Luís Roberto Barroso, respectivamente:

É muito difícil indicar, a priori, os preceitos fundamentais da Constituição passíveis de lesão tão grave que justifique o processo e julgamento da arguição de descumprimento.

Não há dúvida de que alguns desses preceitos estão enunciados, de forma explícita, no texto constitucional.

Assim, ninguém poderá negar a qualidade de preceitos fundamentais da ordem constitucional aos direitos e garantias fundamentais (art. 5º, dentre outros). Da mesma forma, não se poderá deixar de atribuir essa qualificação aos demais princípios protegidos pela cláusula pétrea do art. 60, § 4º, da CF: o princípio federativo, a separação de Poderes e o voto direto, secreto, universal e periódico.

Por outro lado, a própria Constituição explicita os chamados “princípios sensíveis”, cuja violação pode dar ensejo à decretação de intervenção federal nos Estados-membros (art. 34, VII).¹⁵

Embora conserve a fluidez própria dos conceitos indeterminados, existe um conjunto de normas que inegavelmente devem ser abrigadas no domínio dos preceitos fundamentais. Nessa classe estarão os fundamentos e objetivos da República, assim como as decisões políticas estruturantes, todos agrupados sob a designação geral de princípios fundamentais, objeto do Título I da Constituição (arts. 1º a 4º). Também os direitos fundamentais se incluem nessa categoria, o que abrangeria, genericamente, os individuais, coletivos, políticos e sociais (arts. 5º e s.). Aqui se trará, por certo, a discussão acerca da fundamentalidade ou não de determinados direitos contemplados na Constituição brasileira, não diretamente relacionados à tutela da liberdade ou do mínimo existencial. Devem-se acrescentar, ainda, as normas que se abrigam nas cláusulas pétreas (art. 60, § 4º) ou delas decorrem diretamente. E, por fim, os princípios constitucionais ditos sensíveis (art. 34, VII), que são aqueles que por sua relevância dão ensejo à intervenção federal.¹⁶

Desse modo, **é preceito fundamental, passível de tutela pela ADPF, o princípio da legalidade**, previsto no art. 5º, inciso II, da CF/88, segundo o qual “*ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei*”. **Nessa mesma**

¹⁵ Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 1438.

¹⁶ Luís Roberto Barroso. *O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro: Exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. São Paulo: Saraiva, 2022, p. 367.

categoria, insere-se o princípio da separação de poderes, expressamente consagrado no art. 2º da CF/88, que diz: “*São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário*”. Não bastasse, tanto a legalidade quanto a separação de poderes são cláusulas pétreas da Constituição, como bem estabelece o art. 60, § 4º, da CF/88: “*Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: [...] III – a separação dos Poderes; IV – os direitos e garantias individuais.*”

São esses os preceitos fundamentais diretamente violados pela jurisprudência trabalhista impugnada na ADPF nº 1.058. Em síntese, ao presumir que o intervalo entre aulas integra a jornada diária dos professores de instituições de ensino, mesmo sem prova da existência de disponibilidade ou da efetiva prestação de serviços nesse período, a Justiça do Trabalho contraria decisão política do legislador, explicitada no art. 71, § 2º, da CLT, que afirma, sem rodeios: “*Os intervalos de descanso não serão computados na duração do trabalho*”. E, ao fazê-lo, esse ramo do Judiciário desestabiliza a arquitetura institucional fundada na independência e na harmonia entre poderes estatais que, de acordo com a Constituição de 1988, exercem funções essencialmente diversas.

Note-se que não se trata de simples controvérsia infraconstitucional, como defenderam o Advogado-Geral da União e o Procurador-Geral da República nas manifestações juntadas aos autos da ADPF nº 1.058. Conforme será visto em maiores detalhes nos próximos itens deste parecer, o entendimento jurisprudencial questionado perante o STF não consiste em mera interpretação *contra legem*, mas sim em prática institucional reiterada da Justiça do Trabalho, que, sem fundamento jurídico para tanto, nega vigência a uma legítima escolha legislativa no campo trabalhista, com sacrifício à legalidade e à separação dos poderes. Há, assim, afronta direta a preceitos fundamentais da Constituição de 1988, o que torna a ADPF nº 1.058 plenamente cabível.

Não é outra a jurisprudência do STF:

[...] é certo que a ideia de que a não observância do direito ordinário pode configurar uma afronta ao próprio direito constitucional tem aplicação também entre nós.

Essa conclusão revela-se tanto mais plausível se se considera que, tal como a Administração, o Poder Judiciário está vinculado à Constituição e às leis (CF, art. 5.º, § 1.º).

Enfim, é possível aferir uma questão constitucional na violação da lei pela decisão ou ato dos poderes Executivo, Legislativo ou Judiciário. **A decisão ou ato sem fundamento legal ou contrário ao direito ordinário viola, dessa forma, o princípio da legalidade.**¹⁷

No voto que proferiu como relator da ADPF n° 1.058, o Min. Gilmar Mendes bem captou o cerne da questão:

[...] **tenho que não há, aqui, mera questão de ilegalidade, por ofensa ao direito ordinário, mas típica questão constitucional consistente na pretensão do reconhecimento de afronta ao postulado fundamental da legalidade (Constituição, art. 5º, II).**

Conforme pontifiquei no voto em que proferi por ocasião do julgamento do **RE 638.115/CE (Tema 395 da Repercussão Geral)**, de minha relatoria, **o princípio da legalidade contém limites** não só para o Legislativo, mas também para o Poder Executivo e **para o Poder Judiciário.**

Ao mesmo tempo, a ideia de supremacia da Constituição impõe que os órgãos aplicadores do direito não façam *tabula rasa* das normas constitucionais, mesmo quando estiverem ocupados com a aplicação do direito ordinário.

Essa tensão entre o princípio da legalidade e o primado da Constituição tem conduzido ao questionamento sobre a necessidade de utilização da interpretação sistemática sob a modalidade da interpretação conforme à Constituição.

Em casos que tais, usualmente surge a questão referente a saber se a controvérsia se caracteriza como mera *questão legal*, insuscetível de ser apreciada em sede de controle de constitucionalidade, ou se o tema pode ter contornos constitucionais e merece, por isso, ser examinada pelo Supremo Tribunal Federal.

Dito de outra forma, cumpre saber se a decisão judicial que se ressentir de falta de fundamento legal poderia ser contrária à Constituição, suscitando uma legítima *questão constitucional*. Ou, ainda, se a aplicação errônea ou equivocada do direito ordinário poderia dar ensejo a uma legítima *questão constitucional*.

[...]

A meu ver, a pretensão deduzida nestes autos, nos termos em que proposta pela requerente, é precisamente a questão relativa a saber se uma decisão judicial

¹⁷ STF. RE n° 638.115, Tribunal Pleno, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJe 03/08/2015 (grifos originais).

alegadamente proferida sem fundamento legal (no caso, um conjunto de decisões do TST) viola o princípio da legalidade (Constituição, art. 5º, II). **Em tais termos, a questão proposta pela requerente ostenta inequívoca natureza constitucional.** (grifos originais)

Bem vistas as razões de cabimento da ADPF nº 1.058, passa-se a analisar os seus aspectos de mérito.

3. Livre iniciativa, direitos trabalhistas e margem de conformação legislativa

De acordo com os arts. 1º, inciso IV, e 170, *caput*, da Constituição de 1988, o princípio da livre iniciativa é, a um só tempo, fundamento da República Federativa do Brasil e da ordem econômica nacional, o que revela a sua centralidade no nosso sistema jurídico. Trata-se, na definição doutrinária do Min. Gilmar Mendes, de “*verdadeiro preceito estruturante do sistema de economia de mercado*”.¹⁸ Para Tércio Sampaio Ferraz Júnior, a importância dada ao princípio da livre iniciativa significa que “*a estrutura da ordem está centrada na atividade das pessoas e dos grupos e não na atividade do Estado*”,¹⁹ razão pela qual, segundo Fábio Konder Comparato, “*todas as normas constantes no sistema da legislação ordinária, no campo econômico, devem ser interpretadas à luz desse princípio*”.²⁰

A livre iniciativa repousa sobre dois fundamentos essenciais: cuida-se tanto de emanção relevante da liberdade individual quanto de meio voltado à promoção da riqueza e do desenvolvimento econômico, em prol de toda a coletividade.²¹ Em relação à proteção

¹⁸ Gilmar Mendes. Liberdade econômica e alienação de empresas estatais: reflexões a partir do julgamento da ADI nº 5.624. In: Luis Felipe Salomão, Ricardo Villas Bôas Cueva e Ana Frazão. *Lei da Liberdade Econômica e seus Impactos no Direito Brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020, p. 34.

¹⁹ Tércio Sampaio Ferraz Júnior. Congelamento de preços: tabelamentos oficiais. *Revista de Direito Público*, vol. 22, nº 91, p. 76-86.

²⁰ Fábio Konder Comparato. Regime constitucional de controle de preços. *Direito Público: Estudos e Pareceres*. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 102.

²¹ Cf. STF. RE nº 1.054.110, Tribunal Pleno, Rel. Min. Luís Roberto Barroso, DJe 06/09/2019.

dos direitos do indivíduo, a ideia é que os seres humanos têm projetos e fazem escolhas também no âmbito da sua vida econômica. Por isso, a proteção da sua personalidade ficaria incompleta se não fosse estendida a essa outra seara a garantia da sua autonomia, diante de pretensões autoritárias ou paternalistas do Estado.²²

Já na dimensão coletiva, a premissa é a de que a sociedade tende a ser mais próspera quando assegura liberdade aos agentes econômicos do que quando o Estado se apropria dos meios de produção ou planifica a economia.²³ Afinal, a garantia da livre iniciativa estimula o empreendedorismo e a inovação, gerando maior riqueza social. O funcionamento regular de um mercado competitivo é o instrumento mais eficiente para a satisfação das necessidades e das preferências de um universo amplo e plural de pessoas, o que se reverte em favor de todos.²⁴

Devido ao seu amplo alcance, a livre iniciativa abarca uma série de componentes, muitos deles também previstos em preceitos constitucionais específicos, tais como a liberdade de empresa (art. 170, parágrafo único, da CF/88) e de profissão (art. 5º, inciso XIII, da CF/88), a tutela da propriedade privada, inclusive dos meios de produção (art. 5º, inciso XXII, e art. 170, inciso II, da CF/88), e a autonomia negocial.²⁵ Dessa maneira, **o princípio em questão não se esgota no direito de exercer determinada atividade econômica, englobando também o poder de organizar essa mesma atividade.** De fato, a atuação empresarial típica sempre pressupõe a liberdade de escolha, por parte do agente de mercado, de como gerir e conduzir os seus próprios negócios.

De acordo com Miguel Reale, a livre iniciativa *“não é senão a projeção da liberdade individual no plano da produção, circulação e distribuição de riquezas, assegurando não apenas a livre escolha das profissões e atividades econômicas, mas também a autônoma eleição dos processos ou meios julgados mais adequados à*

²² Cf. Luís Roberto Barroso. Estado e livre iniciativa na experiência constitucional brasileira. *Revista Eletrônica de Direito do Estado*, nº 33, 2013, p. 07.

²³ Cf. Daron Acemoglu e James Robinson. *Why Nations Fail: The origins of power, prosperity and power*. New York: Crown Business, 2012.

²⁴ Na caracterização de Cass Sunstein, os mercados livres *“são motores de produtividade econômica”* (*Free Markets and Social Justice*. New York: Oxford University Press, 1997, p. 03, tradução livre).

²⁵ Cf. Luís Roberto Barroso. A ordem econômica constitucional e os limites estatais à atuação estatal no controle de preços. In: *Temas de Direito Constitucional*. Tomo II. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 50-51.

consecução dos fins visados”.²⁶ Em sentido semelhante, afirmam José Joaquim Gomes Canotilho e Vital Moreira: “*A liberdade de iniciativa tem um duplo sentido. Consiste, por um lado, na liberdade de iniciar uma atividade econômica (liberdade de criação de empresa, liberdade de investimento, liberdade empresarial) e, por outro, na liberdade de organização, gestão e atividade da empresa (liberdade de empresa, liberdade do empresário, liberdade empresarial).*”²⁷

A essa faceta da liberdade de iniciativa, Gustavo Binenbojm chamou de *dimensão conformativa*, dizendo:

Não existe verdadeira autonomia de vontade se não há possibilidade de decisão sobre o que fazer e como fazer [...]. A liberdade de empreender fica completamente esvaziada se as escolhas do particular sobre a forma de organização de sua atividade (ou mesmo as estratégias de produção) puderem ser superadas pela vontade do juiz ou do administrador, inconformado (injustificadamente) com a opção do particular.²⁸

Dentro da esfera organizacional da livre iniciativa, também se encontram as decisões tomadas pelo empresário no campo trabalhista. Não à toa, no voto que proferiu na ADPF n° 1.058, o Min. Gilmar Mendes consignou que, a seu ver, a jurisprudência da Justiça do Trabalho impugnada naquela ação também viola o referido princípio constitucional. Nas palavras de S. Exa., “[n]ão se tratando de hipótese de lacuna legislativa (cf. CLT, arts. 57 e 71, § 2º) e inexistindo previsão legal expressa que o autorize, a presunção absoluta, construída pela jurisprudência do TST, de que o período de recreio escolar invariavelmente se caracteriza como período em que o professor encontra-se à disposição de seu empregador atenta contra os princípios constitucionais da legalidade (Constituição, art. 5º, II) e da livre iniciativa (Constituição, arts. 1º, IV e 170, caput)”.

²⁶ Miguel Reale. O Plano Collor II e a intervenção do Estado na ordem econômica. In: *Temas de Direito Positivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992, p. 249 (grifos acrescentados).

²⁷ J. J. Gomes Canotilho e Vital Moreira. *Constituição da República Portuguesa Anotada*. Vol I. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 790 (grifos acrescentados).

²⁸ Gustavo Binenbojm. Liberdade de organização laboral, terceirização e pejetização: a contribuição do Ministro Luís Roberto Barroso. *Revista da AGU*, vol. 22, n° 04, 2023, p. 185.

Evidentemente, a liberdade de iniciativa é compatível com a regulação estatal da economia. No caso brasileiro, a Constituição de 1988 não pretendeu fundar um modelo econômico de *laissez-faire*, de modo a vedar toda e qualquer intervenção estatal sobre o mercado. Com efeito, o Estado pode disciplinar atividades econômicas, seja para corrigir falhas de mercado, seja para promover outros objetivos relevantes. É o caso, justamente, da proteção do trabalho, alçada à categoria de fundamento da República e de direito social pelos arts. 1º, inciso IV, e 6º, da CF/88, e reforçada à exaustão pelo art. 7º do texto constitucional, que consagra os direitos trabalhistas.

Diante disso, **é ao legislador que se atribui significativa margem de conformação para equacionar eventuais conflitos entre a liberdade de iniciativa e outros valores constitucionais, como a proteção ao trabalho.** Isso não quer dizer que o Legislativo possa anular um direito em prol do outro, reescrevendo a Constituição ao seu bel-prazer. Por exemplo, não seria possível que, em nome da proteção à livre iniciativa, o legislador negasse o direito do empregado às férias, ao salário mínimo ou ao décimo terceiro salário. Mas cabe ao Congresso, dentro da moldura delineada pelo poder constituinte, encontrar soluções jurídicas adequadas para que diferentes princípios possam conviver da maneira mais harmônica possível. Segundo o Supremo Tribunal Federal:

22. [...] é preciso reconhecer que, não obstante a Constituição estabeleça deveres e proibições em relação a alguns temas, ou seja, fixe limites à atuação do Estado, **há uma ampla margem dentro da qual o legislador pode transitar.** [...]

Vê-se, portanto, que os limites da liberdade de conformação do legislador são balizados, de um lado, pelo que é constitucionalmente **obrigatório** e, de outro lado, pelo que é constitucionalmente **proibido**, dentro dessa *moldura* encontra-se a esfera de atuação discricionária do Poder Legislativo, em cujo âmbito são realizadas escolhas *possíveis*.

23. Com efeito, reitero, nenhuma ordem constitucional é capaz de encerrar a totalidade do fenômeno jurídico-normativo de uma determinada comunidade. É por essa razão que a Constituição confere, ao legislador, amplo espectro para fazer ou deixar de fazer em conformidade com a conveniência e oportunidade que lhe é dispensada.²⁹

²⁹ STF. ADI nº 5.795-MC, Tribunal Pleno, Rel. Min. Rosa Weber, DJe 29/08/2022 (grifos originais)

A ideia de que o legislador desfruta de um espaço de livre conformação na ponderação entre valores constitucionais contrapostos, que não pode ser amputado pelo Poder Judiciário, tem lastro no princípio democrático, previsto no art. 1º, *caput*, da CF/88. É que, se não é possível extrair da Constituição uma resposta pronta e acabada para certos problemas sociais que envolvem simultaneamente diversos princípios colidentes, deve-se reconhecer à autoridade popular a liberdade para equacionar a questão.³⁰ A democracia demanda que, diante de várias opções constitucionalmente possíveis para a resolução de tensões entre princípios, prevaleça aquela que foi escolhida pelos representantes eleitos pelo povo, não a que seja eventualmente preferida por juízes.

Tal ideia resulta também do reconhecimento de que o legislador possui, em regra, melhores condições para avaliar as premissas empíricas subjacentes à realidade fática regulada e para fazer prognósticos sobre as consequências dos diferentes cursos de ação disponíveis.³¹ Na maioria das vezes, o Poder Judiciário não tem a *expertise* necessária para proceder às complexas avaliações de natureza extrajurídica que tais atividades demandam, assim como o processo judicial não é o ambiente institucional mais adequado para esse tipo de tarefa, por não propiciar o acesso a toda a gama de informações e de *inputs* que costumam vir à baila no âmbito do processo legislativo.³² Esse déficit de capacidade técnica do Judiciário é justificativa adicional para que se atribua ao legislador uma margem de

³⁰ Robert Alexy denominou essa margem de escolha de *discrecionariiedade estrutural*, que ele desdobrou em *discrecionariiedade para definição de objetivos*, *discrecionariiedade para escolha de meios* e *discrecionariiedade para sopesar*. Cf. Robert Alexy. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 584-612.

³¹ Cf. Gustavo Binenbojm e André Rodrigues Cyrino. O direito à moradia e a penhorabilidade do bem único do fiador em contratos de locação: limites à revisão Judicial de diagnósticos e prognósticos legislativos. In: Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmiento (orgs.). *Direitos Sociais: Fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 997-1017.

³² Cf. Dieter Grimm. Jurisdição constitucional e democracia. *Revista de Direito do Estado*, nº 04, 2006, p. 18-20; e Lon L. Fuller. The forms and limits of adjudication. *Harvard Law Review*, nº 92, 1978, p. 394-397.

liberdade na realização de ponderações³³ e para que se prescreva uma postura autocontida dos órgãos judiciais na fiscalização das escolhas regulatórias do Poder Legislativo.³⁴

Quanto ao tema em debate na ADPF n° 1.058, não há dúvida de que existe uma clara opção legislativa na conformação entre, de um lado, a liberdade de organização do empresário sobre as atividades realizadas pelos seus empregados e, de outro lado, a proteção do trabalhador. Tal opção está plasmada no art. 71 da CLT, que, em seu *caput* e no § 1º, garante aos trabalhadores intervalo para descanso e alimentação conforme o número de horas em serviço, mas estabelece, no seu § 2º, que esse intervalo obrigatório não é computado na jornada de trabalho para fins de remuneração. Essa é a regra, conforme escolha do legislador, dotada de presunção de constitucionalidade. O art. 57 da CLT deixa isso ainda mais evidente, ao dispor que “[o]s preceitos deste Capítulo aplicam-se a todas as atividades, salvo as expressamente excluídas, constituindo exceções as disposições especiais, concernentes estritamente a peculiaridades profissionais constantes do Capítulo I do Título III”. (grifos acrescentados)

Realmente, as exceções à norma contida no art. 71, § 2º, da CLT estão previstas de forma explícita em outros dispositivos da mesma lei, por vontade consciente do próprio legislador, o que comprova o caráter geral da regra de que intervalos intrajornada não são computados como períodos trabalhados.³⁵ Confira-se:

Art. 72 – Nos serviços permanentes de mecanografia (datilografia, escrituração ou cálculo), a cada período de 90 (noventa) minutos de trabalho consecutivo

³³ Robert Alexy chamou essa margem de escolha no campo empírico de *discricionariedade cognitiva empírica*. Trata-se, na sua concepção, de modalidade de uma categoria mais ampla, ligada à incerteza do conhecimento, que ele denominou de *discricionariedade epistêmica*. Cf. Robert Alexy. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Op. cit., p. 623-627. Ver também Cass Sunstein e Adrian Vermeule. Interpretation and Institutions. *John M. Olin Law & Economics Paper*, n° 156, 2002

³⁴ Cf. Daniel Sarmiento e Cláudio Pereira de Souza Neto. *Direito Constitucional: Teoria, história e métodos de trabalho*. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 462-463.

³⁵ Vale, nesse contexto, a máxima segundo a qual “uma exceção deve sofrer interpretação restritiva, ou seja, a norma que excepciona uma regra geral só deve valer para os casos que excepciona. Argumenta-se que uma exceção já é, por si, uma restrição. Ir além é contrariar sua natureza” (Tercio Sampaio Ferraz Jr. Doação eleitoral: vedações considerações sobre o art. 24, III, da lei 9.504/1997, *Revista dos Tribunais*, vol. 924/2012, p. 191-212). Em lição tradicional, Carlos Maximiliano lembra que as “disposições excepcionais são estabelecidas por motivos ou considerações particulares, contra outras normas jurídicas, ou contra o Direito comum; por isso não se estendem além dos casos e tempos que designam expressamente” (*Hermenêutica e aplicação do direito*, Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 225).

corresponderá um repouso de 10 (dez) minutos **não deduzidos da duração normal de trabalho.**

Art. 253 – Para os empregados que trabalham no interior das câmaras frigoríficas e para os que movimentam mercadorias do ambiente quente ou normal para o frio e vice-versa, depois de 1 (uma) hora e 40 (quarenta) minutos de trabalho contínuo, será assegurado um período de 20 (vinte) minutos de repouso, **computado esse intervalo como de trabalho efetivo.**

Art. 298 – Em cada período de 3 (três) horas consecutivas de trabalho [em minas no subsolo], será obrigatória uma pausa de 15 (quinze) minutos para repouso, **a qual será computada na duração normal de trabalho efetivo.** (grifos acrescentados)

Embora também discipline os direitos trabalhistas dos professores de instituições de ensino nos seus arts. 317 a 323, a CLT não contém nenhuma norma que, à semelhança dos dispositivos destacados acima, excepcione o que prevê o seu art. 71, § 2º. Pelo contrário, o art. 318 da Consolidação das Leis do Trabalho, na redação dada pela Lei nº 13.415/2017, afirma que “[o] *professor poderá lecionar em um mesmo estabelecimento por mais de um turno, desde que não ultrapasse a jornada de trabalho semanal estabelecida legalmente, assegurado e não computado o intervalo para refeição*” (grifos acrescentados).³⁶ Em outros termos, além de não estabelecer exceção à regra geral do art. 71, § 2º, para o trabalho docente, a própria CLT determina que não se compute o intervalo para descanso e alimentação no cálculo da jornada de professores que lecionam em mais de um turno na mesma instituição de ensino, o que não se deve ignorar.

³⁶ Cf., nesse sentido, a doutrina especializada: “Atente que no caso de professor aplica-se a redação do art. 71 da CLT), visto que não houve exclusão expressa e nem se trata de norma especial. Assim, para a atividade que não ultrapassa seis horas diárias, e garantidas ao professor o intervalo de 15 minutos, quando ultrapassar quatro horas-aula. Perceba que esse dispositivo normativo coaduna-se com a redação do art. 318 da CLT, quando o mesmo que determina a jornada máxima de 6 horas-aula, ao professor, para o mesmo empregador, desde que intercalado, ou seja, descontínuo. Esse intervalo, o qual não será remunerado, tem por fito uma questão de proteção à saúde do trabalhador, pois permite o repouso e alimentação do professor, não podendo se excluído, nem mesmo por acordo ou convenção coletiva.” (Rocco Antonio Rangel Rosso Nelson. Das garantias trabalhistas no contrato de trabalho do professor, *Revista de Direito do Trabalho*, vol. 150/2013, p. 33-49).

Na interpretação de uma lei, nenhum preceito normativo pode ser lido de forma isolada, sem consideração dos demais.³⁷ Isso porque o direito não consiste em um simples emaranhado de normas, mas sim em um ordenamento, cujas partes se comunicam com o todo, à luz do qual devem ser compreendidas. Tal ideia, a que se deu o nome de *interpretação sistemática*, foi bem assimilada por Eros Roberto Grau, para quem “*não se interpreta o direito em tiras, aos pedaços*”.³⁸ No caso subjacente à ADPF nº 1.058, extrai-se dessa diretriz hermenêutica que não é possível interpretar o comando geral do art. 71, § 2º, da CLT sem levar em conta o que diz o seu art. 318 para hipótese mais específica, que envolve diretamente o trabalho docente.

Em resumo, a escolha legislativa quanto à matéria discutida é tão cristalina que, ao ser flagrantemente desrespeitada pela Justiça do Trabalho, dá origem a graves ofensas aos princípios da legalidade e da separação de poderes, como será demonstrado a seguir.

4. Legalidade e separação de poderes

A legalidade é um dos pilares do Estado Democrático de Direito, que, consagrado no art. 1º, *caput*, da Constituição de 1988, já foi definido como o “*governo de leis, e não de homens*”.³⁹ Tal princípio traduz um profundo compromisso com a democracia, exigindo que a regulação da vida social seja pautada sobre normas jurídicas aprovadas por representantes do povo.⁴⁰ A legalidade alicerça o ideário do autogoverno popular: o povo está sujeito apenas às normas que ele mesmo houver aprovado, por intermédio dos seus

³⁷ Cf. Norberto Bobbio. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. Brasília: UnB, 1989, p. 76.

³⁸ Eros Roberto Grau. *Ensaio Sobre a Interpretação/Aplicação do Direito*. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 34.

³⁹ A expressão – “*government of laws, not of men*” – é de John Adams, um dos “pais fundadores” do constitucionalismo norte-americano, e consta na Constituição do Estado de Massachusetts, editada em 1780.

⁴⁰ Cf. Gilmar Ferreira Mendes e André Rufino Vale. Comentário ao art. 5º, II. In: J. J. Gomes Canotilho et al. (coords.). *Comentários à Constituição do Brasil*. *Op. cit.*, p. 253.

mandatários políticos.⁴¹ Tais normas, portanto, não podem ser descumpridas, sobretudo por agentes públicos não eleitos, como os magistrados.

Ademais, a legalidade garante a segurança jurídica, ao estabelecer que os limites para a conduta de todos são aqueles ditados por normas jurídicas gerais e abstratas, de caráter público, que indivíduos e empresas têm como conhecer de antemão, conferindo maior previsibilidade às suas atividades. De acordo com Humberto Ávila, a exigência de lei afasta “*a surpresa decorrente tanto da inexistência de normas escritas e públicas quanto do decisionismo e das decisões circunstanciais ad hoc*”, favorecendo “*a estabilidade do Direito, porque somente graças a determinados procedimentos é que a legislação vigente pode ser modificada*”.⁴² Na mesma direção, aponta o Min. Luís Roberto Barroso, ao identificar na segurança jurídica não somente a tutela da estabilidade das relações sociais, mas também “*a garantia do cumprimento das normas*”.⁴³

Como se sabe, a legalidade funciona de modo diferente para os particulares e para os entes públicos. É que, enquanto os cidadãos só devem fazer o que a lei determina, o Estado só pode fazer o que a lei autoriza.⁴⁴ Essa diferença essencial de tratamento, que impõe aos órgãos estatais um parâmetro mais rigoroso de atuação, não é gratuita, mas sim expressa uma relevante distinção no campo da filosofia política. Deseja-se assegurar a máxima liberdade para as pessoas e, ao mesmo tempo, limitar o poder estatal, em prol da garantia dos direitos dos particulares.

Não há dúvida de que a atividade jurisdicional possui, por vezes, uma dimensão mais criativa. No Brasil, a cultura jurídica vem atribuindo maior importância a princípios abstratos e conceitos indeterminados, que demandam concretização judicial. Apesar disso, continua sendo inadmissível que juízes e tribunais pretendam impor a sua concepção

⁴¹ Para uma análise filosófica dessa exigência, veja-se Jürgen Habermas. *Direito e Democracia entre Facticidade e Validade*. Vol. I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

⁴² Humberto Ávila. *Segurança Jurídica: Entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário*. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 234.

⁴³ Luís Roberto Barroso. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2022, p. 222.

⁴⁴ Cf. Hely Lopes Meirelles. *Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 93; e Maria Sylvia Zanella Di Pietro. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2015, p. 98.

particular de justiça a casos para os quais já existe lei expressa em outro sentido.⁴⁵ A propósito, vem a calhar a seguinte advertência do Min. Dias Toffoli:

Fala-se hoje em uma nova figura jurídica, a **legisprudência**, um direito nascido da mescla – muitas vezes espúria – entre as **fontes democráticas da atividade legislativa** e a **criação jurisprudencial livre**. Esse papel de agente ponderador, que escolhe entre valores, deve ser **primordialmente** cometido ao Legislativo. O juiz pode e deve interpretar o Direito com referência a valores. Isso não é mais posto em causa. No entanto, não se pode usar dos **princípios** como meio de substituição da vontade geral da lei pela vontade hermética, esotérica de um juiz, que, em diversas situações, busca modelos teóricos para ajustar exteriormente as conclusões internas a que ele chegou por meios obscuros e de impossível sindicância por critérios de aferição universal.⁴⁶

Quando juízes e tribunais desprezam claras escolhas legislativas, abre-se margem para o decisionismo. Um decisionismo por vezes bem-intencionado, mas sempre um decisionismo, que habilita o julgador a fazer o que bem entende, inclusive driblar a legislação. Há, assim, afronta ao princípio da legalidade, porque o direito se torna altamente imprevisível e dependente das idiosincrasias dos magistrados de plantão, o que prejudica a capacidade dos próprios particulares de planejarem as suas atividades, de acordo com o conhecimento prévio do que estabelece o ordenamento jurídico. Para a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, “[a] *inobservância ao princípio da legalidade pressupõe o reconhecimento de preceito de lei dispendo de determinada forma e provimento judicial em sentido diverso, ou, então, a inexistência de base legal e, mesmo assim, a condenação a satisfazer o que pleiteado*”.⁴⁷

Ora, é exatamente isso que ocorre no presente caso. Como visto, o legislador não poderia ter sido mais claro ao dispor que o intervalo intrajornada não deve ser computado como período trabalhado. Essa regra geral, que se estende a todos os trabalhos por expresse

⁴⁵ Cf. Daniel Sarmento. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. In: Daniel Sarmento (org.). *Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009; Humberto Ávila. Neoconstitucionalismo: entre a ciência do direito e o direito da ciência. In: Cláudio Pereira de Souza Neto, Daniel Sarmento e Gustavo Binbenojm (orgs.). *Vinte Anos da Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009; Lenio Luiz Streck. Do pamprincipiologismo à concepção hipossuficiente de princípio: dilemas da crise do direito. *Revista de Informação Legislativa*, ano 49, nº 194, 2012; e Marcelo Neves. *Entre Hidra e Hércules: Princípios e regras constitucionais*. São Paulo: Martins Fontes, 2012.

⁴⁶ STF. ADI nº 4.451-MC-Ref, Tribunal Pleno, Rel. Min. Ayres Britto, DJe 01/07/2011 (grifos originais).

⁴⁷ STF. AI nº 147.203-AgR, 2ª Turma, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ 11/06/1993.

comando legislativo, só é excepcionada nas hipóteses que a própria lei indicou. E, dentre essas hipóteses, não estão as atividades exercidas por professores de instituições de ensino. Mesmo assim, a Justiça do Trabalho vem adotando orientação diametralmente oposta à do legislador, afirmando, sem nenhuma base legal, que o período do recreio deve compor a jornada dos docentes. **Tal orientação revela-se atentatória ao princípio da legalidade, tanto sob a perspectiva das empresas de ensino, que são obrigadas a cumprir o que a lei não determina, quanto sob o ponto de vista do Estado-juiz, que nega vigência a normas legais expressas.**

A situação em muito se assemelha a precedente do STF, proferido no âmbito de ADPF, em que a Corte analisou a constitucionalidade da Súmula nº 145 do Tribunal Superior do Trabalho, que estendia o pagamento em dobro da remuneração de férias, incluído o terço constitucional, para hipóteses não previstas em lei. No seu voto-condutor, o Min. Alexandre de Moraes consignou que “[...] *a ausência de um adequado patamar de juridicidade para assentar uma obrigação (entre as quais figura a sanção) evidencia uma situação violadora do princípio da reserva legal*”.⁴⁸ Ao constatar a existência de ofensa à legalidade, o Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade da Súmula TST nº 145, invalidando também as decisões judiciais não transitadas em julgado que haviam aplicado o verbete sumular a casos não disciplinados pelo legislador.

Tal raciocínio, que também deve ser empregado no julgamento da ADPF nº 1.058, encontra guarida em outras decisões do STF, como bem ilustra o seguinte trecho do acórdão referente ao julgamento do Tema de Repercussão Geral nº 395, no qual se firmou a tese de que “[o]fende o princípio da legalidade a decisão que concede a incorporação de quintos pelo exercício de função comissionada no período de 8/4/1998 até 4/9/2001, ante a carência de fundamento legal”:

O princípio da legalidade contempla, entre nós, tanto a ideia de *supremacia da lei (Vorrang des Gesetzes)*, quanto a de *reserva legal (Vorbehalt des Gesetzes)*.

O princípio da reserva legal explicita as matérias que devem ser disciplinadas diretamente pela lei. Este princípio, em sua dimensão negativa, afirma a inadmissibilidade de utilização de qualquer outra fonte de direito diferente da

⁴⁸ STF. ADPF nº 501, Tribunal Pleno, Rel. Min. Alexandre de Moraes, DJe 18/08/2022.

lei. Na dimensão positiva, admite que apenas a lei pode estabelecer eventuais limitações ou restrições (CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional*. 5. ed., Coimbra, 1992, p. 799).

Por seu turno, o princípio da supremacia ou da preeminência da lei submete a Administração e os tribunais ao regime da lei, impondo tanto a exigência de aplicação da lei (*dimensão positiva*) quanto a proibição de desrespeito ou de violação da lei (*dimensão negativa*) (CANOTILHO. *Direito Constitucional*, op. cit., p. 796-795).

[...]

Problema igualmente relevante coloca-se em relação às decisões de única ou de última instância que, por falta de fundamento legal, acabam por lesar relevantes princípios da ordem constitucional.

Uma decisão judicial que, sem fundamento legal, afete situação individual revela-se igualmente contrária à ordem constitucional, pelo menos ao direito subsidiário da liberdade de ação (*Auffanggrundrecht*) (SCHLAICH, Klaus. *Das Bundesverfassungsgericht*, Munique, 1985, p. 108).

Se se admite, como expressamente estabelecido na Constituição, que os direitos fundamentais vinculam todos os poderes e que a decisão judicial deve observar a Constituição e a lei, não é difícil compreender que **a decisão judicial que se revele desprovida de base legal afronta algum direito individual específico, pelo menos o princípio da legalidade.**⁴⁹

No caso discutido na ADPF nº 1.058, **é óbvio que, se restar concretamente demonstrada a realização de trabalho docente no intervalo de recreio, o professor de instituição de ensino terá direito à incorporação desse período à sua jornada.** Aliás, é o que demanda a aplicação adequada do princípio da primazia da realidade, segundo o qual “[a] realidade fática na execução do contrato prevalece sobre o aspecto formal das condições nele avençadas”.⁵⁰ Daí por que, no dispositivo do seu voto, o Min. Gilmar Mendes assenta, para além da declaração de inconstitucionalidade da jurisprudência impugnada na ADPF nº 1.058, que, “na ausência de previsão legal estabelecendo orientação diversa, a aferição de período em que o empregado esteja a disposição do empregador, aguardando ou executando ordens, na forma do art. 4º da CLT, **deve necessariamente se fundamentar nas particularidades fáticas do respectivo caso concreto [...]**”. (grifos acrescentados)

⁴⁹ STF. RE nº 638.115, Tribunal Pleno, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJe 03/08/2015 (grifos originais).

⁵⁰ Carlos Henrique Bezerra Leite. *Curso de Direito do Trabalho*. São Paulo: Saraiva, 2022, p. 139.

A Justiça do Trabalho, porém, vem invertendo essa lógica, ao determinar o cômputo do intervalo intrajornada como período trabalhado pelos professores de instituições de ensino, mesmo sem prova de efetiva disponibilidade do trabalhador ou de prestação de serviços ao empregador. Em outras palavras, **a orientação jurisprudencial questionada na ADPF nº 1.058 trata como regra o que é exceção, na contramão da vontade do legislador, que expressamente excluiu o intervalo intrajornada do cálculo da duração do trabalho dos empregados, sem estabelecer nenhum tipo de ressalva para atividades docentes.** Com isso, resta violado o princípio da legalidade.

Mas não é só. **Por desprezar escolha legislativa tão evidente, a Justiça do Trabalho também coloca em xeque o princípio da separação de poderes,** que, como se sabe, volta-se à garantia da moderação no exercício do poder pelo Estado, evitando o arbítrio das autoridades públicas e protegendo a liberdade dos governados. A ideia é que, ao se conferir funções estatais diferentes a órgãos diversos, impede-se a concentração excessiva de poderes nas mãos de qualquer autoridade, afastando-se o risco do despotismo.⁵¹ Ao lado dessa função liberal, a separação de poderes também visa à especialização funcional, assegurando que as atividades públicas sejam desempenhadas pelos órgãos que detenham maior capacidade técnica para o seu exercício adequado.⁵²

No edifício institucional fundado sobre a separação de poderes, tem-se que, afora hipóteses muito excepcionais – não configuradas neste caso –, o Judiciário não cria normas jurídicas, mas aplica as normas previamente existentes ao caso concreto. Em linha geral, falta ao Judiciário tanto a legitimidade democrática para produzir normas jurídicas quanto a *expertise* necessária para fazê-lo, em substituição aos poderes competentes. Ninguém ignora que, na contemporaneidade, o papel de juízes e tribunais não se esgota na mera subsunção de fatos a textos normativos, sendo certo que tais agentes e órgãos públicos também contribuem para o processo de construção da ordem jurídica. Em contrapartida, é igualmente indubitado que a Constituição impõe limites para a atuação dos magistrados, que não podem se desviar das regras jurídicas aprovadas pelo legislador. É por isso que

⁵¹ Cf. Montesquieu. *O Espírito das Leis*. São Paulo: Saraiva, 1987.

⁵² Cf. Bruce Ackerman. *A Nova Separação de Poderes*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

Karl Larenz, em lição clássica, fala do princípio da “*vinculação constitucional do juiz à lei e ao Direito*”,⁵³ que condensa valores e ideias básicas do constitucionalismo.

Nesse contexto, o reconhecimento da importância da atuação do Poder Judiciário na defesa de direitos não confere aos seus integrantes a prerrogativa de desconsiderar normas vigentes e plenamente aplicáveis na resolução de casos concretos, sob o pretexto de que existiriam soluções melhores para o mesmo problema jurídico.⁵⁴ **Permitir que juízes e tribunais possam desaplicar normas válidas, dando equacionamento diferente a determinada controvérsia, apenas por discordarem da solução adotada pelo legislador, é reduzir a quase nada o que aqui já se chamou de margem de conformação legislativa, em franca desobediência ao princípio da separação de poderes.**⁵⁵ Na mesma linha, aponta o Min. Luís Roberto Barroso, em obra acadêmica:

A Constituição não pode pretender ocupar todo o espaço jurídico em um Estado democrático de direito. **Respeitadas as regras constitucionais e dentro das possibilidades de sentido dos princípios constitucionais, o Legislativo está livre para fazer as escolhas que lhe pareçam melhores e mais consistentes com os anseios da população que o elegeu.** O reconhecimento de que juízes e tribunais podem atuar criativamente em determinadas situações não lhes dá autorização para se sobreponem ao legislador, a menos que este tenha incorrido em inconstitucionalidade. **Vale dizer: havendo lei válida a respeito, é ela que deve prevalecer. A preferência da lei concretiza os princípios da separação de Poderes, da segurança jurídica e da isonomia.**⁵⁶

⁵³ Karl Larenz. *Metodología de la Ciencia del Derecho*. Barcelona: Ariel Derecho, 2001, p. 199.

⁵⁴ Cf. Carlos Maximiliano. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 73-82.

⁵⁵ Foi o que o STF reconheceu ao reconhecer a violação aos princípios da legalidade e da separação de poderes por decisões judiciais que condicionavam a extinção de entidades da administração indireta à conclusão da negociação coletiva: “*Se o próprio texto constitucional não faz nenhuma ressalva quanto à necessidade de conclusão de negociações coletivas, não me parece legítimo que interpretações judiciais imponham requisitos adicionais, inexistentes na Constituição e na legislação regente. [...] Os direitos dos funcionários dessas entidades, observadas as normas aplicáveis à espécie, serão examinados pela justiça competente, de acordo com o caso concreto. A análise de tais direitos, no entanto, não pode criar condição/requisito ao exercício das competências do Chefe do Poder Executivo e do Poder Legislativo, sob pena de violação do princípio da separação dos poderes e da legalidade.*” (STF. ADPF n° 486, Tribunal Pleno, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJe 29/08/2023).

⁵⁶ Luís Roberto Barroso. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2022, p. 376 (grifos acrescentados).

Ao declarar a inconstitucionalidade da Súmula TST nº 145, em julgamento já citado neste parecer, consignou o Supremo Tribunal Federal:

ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. CONSTITUCIONAL E TRABALHISTA. SÚMULA 450 DO TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. PAGAMENTO DA REMUNERAÇÃO DE FÉRIAS EM DOBRO QUANDO ULTRAPASSADO O PRAZO DO ART. 145 DA CLT. IMPOSSIBILIDADE DE O PODER JUDICIÁRIO ATUAR COMO LEGISLADOR POSITIVO. AUSÊNCIA DE LACUNA. INTERPRETAÇÃO RESTRITIVA DE NORMA SANCIONADORA. OFENSA À SEPARAÇÃO DE PODERES E AO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE. PROCEDÊNCIA.

1. Os poderes de Estado devem atuar de maneira harmônica, privilegiando a cooperação e a lealdade institucional e afastando as práticas de guerrilhas institucionais, que acabam minando a coesão governamental e a confiança popular na condução dos negócios públicos pelos agentes públicos. Precedentes.

2. Impossibilidade de atuação do Poder Judiciário como legislador positivo, de modo a ampliar o âmbito de incidência de sanção prevista no art. 137 da CLT para alcançar situação diversa, já sancionada por outra norma.

3. Ausência de lacuna justificadora da construção jurisprudencial analógica. Necessidade de interpretação restritiva de normas sancionadoras. Proibição da criação de obrigações não previstas em lei por súmulas e outros enunciados jurisprudenciais editados pelo Tribunal Superior do Trabalho e pelos Tribunais Regionais do Trabalho (CLT, art. 8º, § 2º).

4. Arguição julgada procedente.⁵⁷

Assim como nesse precedente do STF, a jurisprudência trabalhista impugnada pela ADPF nº 1.051 não é fruto de vácuo legislativo, que demandasse atuação criativa por parte dos integrantes do Poder Judiciário. Pelo contrário, há uma regra clara, consagrada em lei vigente, no sentido de que os intervalos intrajornada não são computados na duração do trabalho. E, muito embora pudesse fazê-lo, o legislador não ressaltou a atividade docente da aplicação dessa regra geral, que traduz verdadeira opção legislativa na matéria em debate. Logo, o reconhecimento da violação ao princípio da separação de poderes é conclusão inafastável.

Por todos esses motivos, deve a ADPF nº 1.051 ser julgada procedente.

⁵⁷ STF. ADPF nº 501, Tribunal Pleno, Rel. Min. Alexandre de Moraes, DJe 18/08/2022 (grifos acrescentados).

5. Resposta aos quesitos

Diante do exposto, passamos a responder, sinteticamente, aos quesitos formulados pela Consulente:

a) A ADPF nº 1.058 é cabível?

Sim. Em primeiro lugar, porque o Supremo Tribunal Federal já firmou jurisprudência no sentido de que é cabível a propositura de arguição de descumprimento de preceito fundamental contra atos jurisdicionais, aplicando tal orientação a diversos casos em que se impugnavam decisões emanadas da Justiça do Trabalho. A esse respeito, o STF também já assentou que a mera existência de decisões transitadas em julgado, na linha do entendimento questionado em sede de ADPF, não torna a ação incabível. Afinal, há perfeita compatibilidade entre o ajuizamento de arguição de descumprimento de preceito fundamental em face de interpretações judiciais contrárias à Constituição e a preservação da coisa julgada material, relegando-se às instâncias inferiores a competência para processar e julgar futuras ações rescisórias propostas com base em eventual declaração de inconstitucionalidade proferida pela Suprema Corte.

Em segundo lugar, porque o STF também já consolidou o entendimento de que o requisito da subsidiariedade se aplica sempre que, na esfera da jurisdição constitucional concentrada, inexistirem outros instrumentos capazes de equacionar a questão constitucional suscitada. Sob esse viés, quando há impugnação de orientação judicial pela via da ADPF, pouco importa se, em determinado processo subjetivo no qual tal orientação foi aplicada, ainda subsista recurso capaz de reverter a decisão daquele caso concreto. Em hipóteses dessa natureza, a ADPF não está sendo utilizada como sucedâneo recursal, mas sim como ação de controle concentrado de constitucionalidade que visa a equacionar, de maneira definitiva, geral e imediata, violação a preceito fundamental decorrente de orientação inconstitucional adotada pelo Poder Judiciário, o que não pode ser realizado pelos recursos típicos da jurisdição ordinária.

E, em terceiro lugar, porque os princípios da legalidade e da separação de poderes, que se alegam violados na ADPF nº 1.051, são preceitos fundamentais da Constituição de 1988 e, por isso, podem ser tutelados pelo ajuizamento de ADPF. A ação em análise versa, efetivamente, sobre questão constitucional relativa à proteção desses princípios, uma vez que, ao presumir que o intervalo entre aulas integra a jornada diária dos professores de instituições de ensino, mesmo sem prova da existência de disponibilidade ou da efetiva prestação de serviços nesse período, a Justiça do Trabalho contraria decisão política inequívoca do legislador, explicitada no art. 71, § 2º, da CLT. E, ao fazê-lo, esse ramo do Judiciário desestabiliza a arquitetura institucional fundada na independência e na harmonia entre poderes estatais que, de acordo com a Constituição de 1988, exercem funções essencialmente diversas.

b) A ADPF nº 1.058 deve ser julgada procedente?

Sim. Em virtude do princípio democrático e das suas próprias capacidades institucionais, o legislador possui significativa margem de conformação de valores constitucionais contrapostos. No caso subjacente à ADPF nº 1.058, isso significa que cabe ao Legislativo equacionar eventuais conflitos entre a liberdade de iniciativa, que também envolve o poder de organizar atividades econômicas, inclusive nos seus aspectos trabalhistas, e a proteção ao trabalhador. Obviamente, essa margem de conformação não confere ao legislador o poder de anular direitos trabalhistas constitucionalmente positivados em prol da livre iniciativa. Mas a margem de conformação significa que, dentro da moldura imposta pelo poder constituinte, é do legislador a competência para encontrar soluções jurídicas adequadas, a fim de que diferentes valores possam conviver da maneira mais harmônica possível.

A propósito, o art. 71 da CLT garante aos trabalhadores, em seu *caput* e no § 1º, intervalo para descanso e alimentação conforme o número de horas em serviço, porém estabelece, no seu § 2º, que esse intervalo obrigatório não é computado na jornada de trabalho para fins de remuneração. Trata-se de clara opção legislativa, reforçada por outros tantos dispositivos da mesma lei, como os arts. 57, 72, 253, 298 e 318. Nesse contexto, a Justiça do Trabalho poderia, evidentemente, decidir que, se restar concretamente

demonstrada a realização de trabalho docente no intervalo de recreio, o professor de instituição de ensino terá direito à consideração desse período na sua jornada. Entretanto, o que se vem determinando, no âmbito desse ramo do Poder Judiciário, é que o intervalo intrajornada seja computado no cálculo da duração do trabalho, mesmo sem prova de efetiva disponibilidade do trabalhador ou de prestação de serviços ao empregador.

Tal orientação jurisprudencial viola o princípio da legalidade, tanto sob a perspectiva das empresas de ensino, que são obrigadas a cumprir o que a lei não determina, quanto sob o ponto de vista do Estado-juiz, que nega vigência a normas legais expressas. Além disso, a jurisprudência trabalhista impugnada pela ADPF nº 1.051 não é fruto de vácuo legislativo, que demandasse maiores esforços construtivos por parte dos integrantes do Poder Judiciário. Pelo contrário, há uma regra clara, consagrada em lei vigente, no sentido de que os intervalos intrajornada não são computados na duração do trabalho. E, muito embora pudesse fazê-lo, o legislador não ressalvou a atividade docente da aplicação dessa regra geral, que traduz verdadeira opção legislativa na matéria em debate. Sendo assim, ao desprezar escolha legislativa tão evidente, a Justiça do Trabalho também afronta diretamente o princípio da separação de poderes.

É o parecer.

Rio de Janeiro e Brasília, 26 de novembro de 2024.



DANIEL SARMENTO
Professor Titular de Direito Constitucional da UERJ
Mestre e Doutor em Direito Público pela UERJ
Visiting Scholar na Yale Law School



ADEMAR BORGES
Professor de Direito Constitucional do IDP
Doutor em Direito Público pela UERJ
Visiting Scholar na Boston College