

VOTO

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (RELATOR): Registro que os autos estão devidamente instruídos e em condições de julgamento definitivo.

Foram prestadas as informações da autoridade competente (eDOC 18) e colacionadas as manifestações da Advocacia-Geral da União (eDOC 23) e da Procuradoria-Geral da República (eDOC 33). Além disso, inúmeros *amicus curiae* foram admitidos e apresentaram memoriais.

Proponho, portanto, a conversão do referendo da medida cautelar em julgamento de mérito.

I - CONHECIMENTO DA ADPF

Entendo preenchidos os pressupostos de admissibilidade da ação.

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 comprometimento da sua efetividade (vide, a título meramente exemplificativo: **ADPF 144**, Rel. Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, DJe 25.2.2010; **ADPF 495 AgR**, Rel. Min. Cármen Lúcia, Tribunal Pleno, DJe 17.5.2023; **ADPF 789**, Rel. Min. Roberto Barroso, Tribunal Pleno, DJe 3.9.2021; **ADPF 670 AgR**, Rel. Min. Marco Aurélio, Rel. p/ Acórdão Min. Alexandre de Moraes, Tribunal Pleno, DJe 10.12.2020).

Em especial, registro 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.

Foi o que se observou, por exemplo, nos seguintes julgamentos: **ADPF 324/DF** (Rel. Min. Roberto Barroso, Tribunal Pleno, DJe 5.9.2019), em que apreciada a constitucionalidade de conjunto de decisões da Justiça do Trabalho que considerava ilícita a terceirização; **ADPF 501/SC** (Rel. Min. Alexandre de Moraes, Tribunal Pleno, DJe 17.8.2022), em que

apreciada a constitucionalidade de conjunto de decisões da Justiça do Trabalho que aplicava a penalidade prevista no art. 137 da CLT também para a hipótese em que o empregador efetua o pagamento de férias fora do prazo legal; **ADPF 323/DF** (Rel. Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, DJe 14.9.2022), em que apreciada a constitucionalidade de conjunto de decisões da Justiça do Trabalho acerca da ultratividade da norma coletiva de trabalho.

No julgamento da **ADPF 33**, de minha relatoria (Tribunal Pleno, DJ de 27.10.2006), destaquei que, à primeira vista, poderia parecer que, somente na hipótese de absoluta inexistência de outro meio eficaz a afastar a eventual lesão seria possível manejar, de forma útil, a arguição de descumprimento de preceito fundamental.

Explicitei ser fácil ver que uma leitura excessivamente literal dessa disposição, que tenta introduzir entre nós o princípio da subsidiariedade vigente no Direito alemão (recurso constitucional) e no Direito espanhol (recurso de amparo), acabaria por retirar desse instituto qualquer significado prático.

De uma perspectiva estritamente subjetiva, a ação somente poderia ser proposta se já se tivesse verificado a exaustão de todos os meios eficazes para afastar a lesão no âmbito judicial.

Uma leitura mais cuidadosa, porém, há de revelar que, na análise sobre a eficácia abstrata da proteção de preceito fundamental, deve predominar um enfoque objetivo ou de proteção da ordem constitucional objetiva. Em outros termos, o princípio da subsidiariedade, na inexistência de outro meio eficaz para sanar a lesão, há de ser compreendido no contexto da ordem constitucional global.

Nesse sentido, caso se considere o caráter enfaticamente objetivo do instituto (o que resulta, inclusive, da legitimação ativa), o meio eficaz de sanar a lesão parece ser aquele apto a solver a controvérsia constitucional relevante de forma ampla, geral e imediata.

No direito alemão, a *Verfassungsbeschwerde* (recurso constitucional) está submetida ao dever de exaurimento das instâncias ordinárias. Todavia, a Corte pode decidir de imediato um recurso constitucional caso fique demonstrado que a questão é de interesse geral ou que o requerente poderia sofrer grave lesão se recorresse à via ordinária (Lei Orgânica do Tribunal, § 90, II).

No que concerne ao controle de constitucionalidade de normas, a posição da Corte alemã tem-se revelado enfática: apresenta-se, regularmente, como de interesse geral a verificação sobre se uma norma

legal relevante para uma decisão judicial é inconstitucional. (Cf. BVerfGE, 91/93 [106]).

De igual modo, 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).

Além disso, rejeito igualmente a alegação de que a questão suscitada pela requerente representaria, se muito, ofensa reflexa ou indireta ao texto constitucional.

Com efeito, 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 resente 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*.

Sobre o assunto, tenho ponderado que:

Tal como outras ordens constitucionais, a Constituição brasileira consagra como princípio básico o postulado da legalidade segundo o qual “ninguém está obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei” (CF, art. 5º, II).

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 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).

A propósito, são elucidativas as lições de Canotilho:

“Em termos práticos, a articulação de suas dimensões aponta: (I) para a exigência da aplicação da lei pela administração e pelos tribunais (cf. CRP arts. 206, 266/2), pois o cumprimento concretizador das normas legais não fica à disposição do juiz (a não ser que as ‘julgue’ inconstitucionais) ou dos órgãos e agentes da administração (mesmo na hipótese de serem inconstitucionais); (II) a proibição de a administração e os tribunais actuarem ou decidirem contra lei, dado que esta constitui um limite (‘função limite’, ‘princípio da

legalidade negativa') que impede não só as violações ostensivas das normas legais, mas também os 'desvios' ou 'fraudes' à lei através da via interpretativa; (III) nulidade ou anulabilidade dos actos da administração e das medidas judiciais ilegais; (VI) inadmissibilidade da 'rejeição' por parte dos órgãos e agentes da administração (mas já não por parte dos juízes), de leis por motivo de inconstitucionalidade. Neste sentido pôde um autor afirmar recentemente que o princípio da legalidade era um 'verdadeiro polícia na ordem jurídica' (J. Chevallier)."

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.**

A propósito, assinalou a Corte Constitucional alemã:

"Na interpretação do direito ordinário, especialmente dos conceitos gerais indeterminados (*Generalklausel*) devem os tribunais levar em conta os parâmetros fixados na Lei Fundamental. Se o tribunal não observa esses parâmetros, então ele acaba por ferir a norma fundamental que deixou de observar; nesse caso, o julgado deve ser cassado no processo de recurso constitucional" (*Verfassungsbeschwerde*) (BverfGE 7, 198 (207); 12, 113 (124); 13, 318 (325) (BverfGE 18, 85 (92 s.); cf., também, ZUCK, Rüdiger. *Das Recht der Verfassungsbeschwerde*. 2.^a ed., Munique, 1988, p. 220).

Não há dúvida de que essa orientação prepara algumas dificuldades, podendo converter a Corte Constitucional em

autêntico Tribunal de revisão. É que, se a lei deve ser aferida em face de toda a Constituição, as decisões não de ter sua legitimidade verificada em face da Constituição e de toda a ordem jurídica. Se se admitisse que toda decisão contrária ao direito ordinário é uma decisão inconstitucional, ter-se-ia de acolher, igualmente, todo e qualquer recurso constitucional interposto contra decisão judicial ilegal (SCHLAICH. *Das Bundesverfassungsgericht, op. cit.*, p. 109).

Enquanto essa orientação prevalece em relação a leis inconstitucionais, não se adota o mesmo entendimento no que concerne às decisões judiciais.

Por essas razões, procura o Tribunal formular um critério que limita a impugnação das decisões judiciais mediante recurso constitucional. Sua admissibilidade dependeria, fundamentalmente, da demonstração de que, na interpretação e aplicação do direito, o juiz desconsiderou por completo ou essencialmente a influência dos direitos fundamentais, que a decisão se revela grosseira e manifestamente arbitrária na interpretação e aplicação do direito ordinário ou, ainda, que se ultrapassaram os limites da construção jurisprudencial (Cf., sobre o assunto, SCHLAICH. *Das Bundesverfassungsgericht, op. cit.*, p. 109). Não raras vezes, observa a Corte Constitucional que determinada decisão judicial afigura-se insustentável, porque assente numa interpretação objetivamente arbitrária da norma legal (*Sie beruht vielmehr auf schlechthin unhaltbarer und damit objektiv willkürlicher Auslegung der angewendeten Norm*) [BverfGE 64, 389 (394)].

Assim, uma decisão que, *v.g.*, amplia o sentido de um texto normativo penal para abranger uma dada conduta é considerada inconstitucional, por afronta ao princípio do *nullum crimen nulla poena sine lege* (LF, art. 103, II).

Essa concepção da Corte Constitucional levou à formulação de uma teoria sobre os graus ou sobre a intensidade da restrição imposta aos direitos fundamentais (*Stufentheorie*), que admite uma aferição de constitucionalidade tanto mais intensa quanto maior for o grau de intervenção no âmbito de proteção dos direitos fundamentais (ZUCK, Rüdiger. *Das Recht der Verfassungsbeschwerd.* 2.^a ed., Munique, 1968, p. 221).

Embora o modelo de controle de constitucionalidade exercido pelo *Bundesverfassungsgericht* revele especificidades decorrentes sobretudo do sistema concentrado, **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.** (RE 638.115/CE, Rel. Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, DJe 31.7.2015)

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 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.**

Registro, no particular, que discussão absolutamente semelhante à travada nestes autos foi empreendida também nos autos da já citada **ADPF 501/SC** (Rel. Min. Alexandre de Moraes, Tribunal Pleno, DJe 17.8.2022), em que se discutia a constitucionalidade de interpretação jurisprudencial da Justiça do Trabalho que ampliava o âmbito de aplicação da penalidade prevista no art. 137 da CLT para alcançar também a situação prevista no art. 145 da CLT (pagamento de férias fora do prazo legal).

Inicialmente, o eminente Relator da referida causa houve por bem negar seguimento à ADPF, sob o fundamento último de inobservância ao princípio da subsidiariedade. Posteriormente, entretanto, o Plenário decidiu conhecer da arguição, tendo a maioria considerado *“viável o uso da ADPF como meio idôneo para, em controle concentrado de constitucionalidade, atacar ato do Poder Público que tem gerado controvérsia judicial relevante”* (**ADPF 501 AgR/SC**, Red. p/ Acórdão Min. Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, DJe 4.11.2020).

Ao final, a arguição foi julgada procedente sob o fundamento de 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”*, tendo se considerado, ainda, que a construção analógica em que se baseava a orientação jurisprudencial do TST somente se justificaria em face de eventual lacuna legislativa, o que não se

verificaria no caso, pois “a própria Consolidação das Leis do Trabalho assentou, no seu art. 153, a penalidade cabível para infrações ao que fora determinado no seu Capítulo IV, dentro do qual se encontra a obrigação de pagar as férias com antecedência de dois dias” (ADPF 501/SC, Rel. Min. Alexandre de Moraes, Tribunal Pleno, DJe 17.8.2022). Em outros termos, a Corte entendeu que o conjunto de decisões da Justiça do Trabalho então examinado violava o princípio da legalidade (Constituição, art. 5º, II), impondo-se a procedência da arguição.

Como se vê, a pretensão veiculada nos autos da ADPF 501/SC é bastante semelhante à pretensão veiculada nestes autos e, naquela oportunidade, a Corte não apenas conheceu da arguição como julgou-a procedente. A meu ver, o mesmo entendimento alcançado no referido precedente deve ser aplicado à espécie, inexistindo óbice ao conhecimento da presente demanda.

De mais a mais, como será exposto adiante, tenho que a questão constitucional suscitada pela requerente evidencia ofensa não apenas ao princípio da legalidade (Constituição, art. 5º, II) como também ao princípio da livre iniciativa (Constituição, arts. 1º, IV e 170, *caput*) e ao princípio da intervenção mínima na autonomia da vontade coletiva (Constituição, arts. 7º, XXVI e 8º, III).

Por tais razões, rejeito as preliminares suscitadas pela Advocacia Geral da União e pela Procuradoria-Geral da República de não atendimento ao requisito da subsidiariedade e de que a questão proposta pela requerente caracterizaria eventual ofensa indireta ou reflexa à Constituição.

Tenho por cumpridos, portanto, todos os requisitos dispostos nos arts. 1º a 3º da Lei 9882/1999.

Conheço da arguição de descumprimento de preceito fundamental.

II – PRESUNÇÃO ABSOLUTA DA JUSTIÇA DO TRABALHO QUE VIOLA OS ARTS. 1º, IV, 5º, II, 7º, XXVI, 8º, III E 170, CAPUT DA CONSTITUIÇÃO

Quanto ao mérito da demanda, tenho que assiste razão à requerente, impondo-se o reconhecimento da inconstitucionalidade do conjunto de decisões do TST que, à míngua de previsão legal, concluiu que o intervalo temporal de *recreio escolar* constitui, invariavelmente, tempo em que o professor se encontra à disposição de seu empregador na forma do art. 4º da CLT.

No particular, tenho que a instrução processual logrou demonstrar que, de fato, a jurisprudência do TST se consolidou no sentido de uma presunção absoluta de que o intervalo temporal de *recreio*, próprio da jornada de trabalho escolar, constitui, necessariamente, tempo em que o professor se encontra à disposição de seu empregador e, portanto, integra a sua jornada de trabalho. **Entendo, igualmente, que essa presunção absoluta construída pela jurisprudência carece de base legal e, nessa qualidade, infringe preceitos fundamentais de grande magnitude e relevância (Constituição Federal, arts. 1º, IV, 7º, XXVI, 8º, III, 5º, II e 170, caput).**

A esse respeito, registro que o próprio Presidente do TST, nas informações que prestou, esclareceu que o órgão de cúpula da Justiça do Trabalho "*firmou o entendimento de que o período de recreio deve integrar a jornada laboral do professor, mormente porque a exiguidade do tempo entre as aulas impossibilita que o empregado, durante o aludido intervalo, exerça atividades que não se relacionem com a docência, permanecendo, portanto, à disposição de seu empregador, não possuindo o professor a livre disposição de seu tempo, utilizando o período, inclusive, para dirimir dúvidas dos alunos, tudo nos termos do artigo 4º, da Consolidação das Leis do Trabalho*" (eDOC 18, p. 4).

Apresentou, como excerto representativo do entendimento jurisprudencial do TST, trecho dos fundamentos apresentados no voto do Ministro José Roberto Freire Pimenta, relator do RR-1630-86.2011.5.09.0016, para quem:

A matéria não comporta mais discussão, tendo em vista que esta Corte superior possui o entendimento de que o intervalo entre as aulas, denominado "recreio", é considerado como tempo à disposição do empregador, na forma do artigo 4º da CLT, não podendo ser contado como interrupção de jornada, visto que **o profissional não pode se ausentar do local de prestação de serviços segundo seus interesses, até mesmo, não raro, se ocupando, nesse período, com atividades inerentes à sua atividade profissional de ensino (revendo conteúdos de aulas, atendendo alunos etc), devendo, assim, ser computado esse período na jornada de trabalho do professor** (eDOC 18, p. 5 – grifo nosso).

Citou, por fim, diversos precedentes relativamente recentes que se prestam a demonstrar a consolidação jurisprudencial nesse sentido, a saber: **Ag-E-RR-994- 28.2012.5.09.0003**, Subseção I Especializada em

Dissídios Individuais, Rel. Min. Marcio Eurico Vitral Amaro, DEJT 8.3.2019; **RR658-21.2012.5.09.0004**, 2ª Turma, Rel. Min. Maria Helena Mallmann, DEJT 4.12.2020; **RR-186-78.2016.5.09.0004**, 3ª Turma, Rel. Min. Alexandre de Souza Agra Belmonte, DEJT 14.5.2021; **AIRR-564-17.2013.5.15.0119**, 5ª Turma, Rel. Min. Antonio Jose de Barros Levenhagen, DEJT 16.9.2016; **RR-218000-66.2009.5.09.0004**, 1ª Turma, Rel. Min. Walmir Oliveira da Costa, DEJT 8.11.2019; **RR-994-28.2012.5.09.0003**, 4ª Turma, Rel. Min. Alexandre Luiz Ramos, DEJT 17.8.2018; **Ag-AIRR-11160-62.2020.5.15.0136**, 6ª Turma, Rel. Min. Augusto Cesar Leite de Carvalho, DEJT 30.9.2022; **RR-96700-78.2007.5.09.0014**, 7ª Turma, Rel. Min. Douglas Alencar Rodrigues, DEJT 28.4.2017 e; **RR-11832-04.2019.5.15.0137**, 8ª Turma, Rel. Min. Delaide Alves Miranda Arantes, DEJT 3.10.2022 (eDOC 18, pp. 5-9).

Como os inúmeros julgados acima referidos bem demonstram, o TST compreende que *“o intervalo ‘recreio’ deve ser computado como tempo efetivo de serviço, pois se trata de curto período de tempo entre aulas que não permite que o trabalhador venha a exercer outra atividade”* (**RR658-21.2012.5.09.0004**, 2ª Turma, Rel. Min. Maria Helena Mallmann, DEJT 4.12.2020).

Conforme consignado em outro dos precedentes indicados pelo Presidente do TST em suas informações, *“a jurisprudência firme e notória do TST é a de que constitui tempo à disposição do empregador o intervalo entre aulas para recreio, de modo que o professor tem direito ao cômputo do respectivo período como tempo de serviço, nos termos do art. 4º da CLT”* (**Ag-E-RR-994- 28.2012.5.09.0003**, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, Rel. Min. Marcio Eurico Vitral Amaro, DEJT 8.3.2019 – grifo nosso).

Nos termos referenciados acima, trata-se de uma presunção absoluta, que não admite prova em contrário. Ou seja, entende-se que, em qualquer situação, o intervalo de *recreio*, característico da jornada de trabalho escolar, constitui período em que o professor encontra-se à disposição do empregador, aguardando ou executando ordens, nos termos do art. 4º da CLT, pois se presume que se trata de intervalo exíguo que não permite ao trabalhador descansar, exercer outra atividade ou ausentar-se do local de trabalho.

Referida interpretação do art. 4º da CLT, entretanto, parece-me vulnerar não apenas o princípio da legalidade (Constituição Federal, art. 5º, II), indicado pela requerente, como também os princípios da livre iniciativa (Constituição Federal, arts. 1º, IV e 170, *caput*) e da

intervenção mínima na autonomia da vontade coletiva (Constituição Federal, arts. 7º, XXVI e 8º, III).

Nos termos do art. 4º da CLT, deve ser considerado como “*de serviço efetivo o período em que o empregado esteja à disposição do empregador, aguardando ou executando ordens, salvo disposição especial expressamente consignada*” (CLT, art. 4º, caput).

Como salienta Noemia Porto, trata-se de dispositivo que representa não apenas “*uma norma infraconstitucional isolada*”, mas que “*traduz, de forma mais concreta, um princípio normativo constitucional da liberdade individual de quem trabalha; uma liberdade do tempo e no tempo; uma liberdade de não estar no trabalho*”. Nesse contexto, a lógica do tempo à disposição consiste na constatação de que “*estar disponível também é trabalho e deve ser contabilizado para fins da duração do trabalho e de definição sobre se os limites da jornada foram ultrapassados*”, algo que se encontra intimamente ligado ao direito constitucional à liberdade (PORTO, Noemia. Duração do trabalho e a Lei n. 13.467/2017: desafios reais da sociedade do presente na contramão da "reforma trabalhista". **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**, São Paulo, v. 83, n. 4, out./dez. 2017, pp. 294-295).

Rememoro, a propósito, que esta Suprema Corte já teve a oportunidade de estabelecer parte dos contornos constitucionais da doutrina do *tempo à disposição do empregador* por ocasião do julgamento da **ADI 5322/DF** (Rel. Min. Alexandre de Moraes, Tribunal Pleno, DJe 29.8.2023), em que se discutia a constitucionalidade da Lei dos Caminhoneiros (Lei 13.103/2015).

Na ocasião, a maioria capitaneada pelo Ministro Alexandre de Moraes assentou a inconstitucionalidade das disposições acrescidas ao art. 235-C que desconsideravam o chamado *tempo de espera* como integrante da jornada de trabalho do motorista profissional por considerar que, “*ao negar o caráter salarial do período no qual o motorista de transporte de cargas está à disposição do empregador aguardando a realização do carregamento/descarregamento de cargas, ou ainda a devida fiscalização de mercadorias, conferindo apenas uma indenização na ‘proporção de 30% (trinta por cento) do salário-hora normal’*, a norma viola o disposto no art. 7º, IV, da Constituição Federal, além de representar afronta ao art. 1º, IV, do texto constitucional, por desconsiderar a valorização social do trabalho” (**ADI 5322/DF**, Rel. Min. Alexandre de Moraes, Tribunal Pleno, DJe 29.8.2023)

Tem-se, assim, que deve ser considerado como integrante da jornada de trabalho o período em que o empregado encontra-se à disposição de seu empregador. **Para que isso se verifique, contudo, impõe-se a efetiva**

comprovação do período de tempo em que o empregado permanece às ordens de seu empregador – o que, na maioria das vezes, ocorre mediante o exame do próprio contrato de trabalho cotejado com os meios de prova usuais no âmbito das relações de trabalho, a exemplo do registro de ponto, bem como quaisquer outros meios de prova admitidos em direito.

De modo a corroborar essa ordem de ideias, registro que o advento da Lei 13.467/2017 trouxe alterações relevantes no marco regulatório do chamado *tempo à disposição do empregador*, o que se deu mediante o acréscimo do § 2º ao art. 4º da CLT. No particular, o dispositivo acrescido excluiu expressamente do âmbito de incidência da norma prevista no *caput* do art. 4º da CLT o tempo em que o empregado permanece nas dependências de seu empregador para (i) “*buscar proteção pessoal, em caso de insegurança nas vias públicas ou más condições climáticas*” ou para (ii) “*exercer atividades particulares*”, listando, ainda, um rol exemplificativo de atividades que deveriam ser consideradas como *atividades particulares*.

Na ambiência de tais balizas, conclui-se que o período em que trabalhador **comprovadamente** permanece disponível ao seu empregador, aguardando ou executando ordens, deve ser considerado como de serviço efetivo e contabilizado como integrante da jornada de trabalho, na forma do art. 4º, *caput* e §§, da CLT.

A lógica dos intervalos de descanso, por outro lado, é distinta. Conforme pontifica Maurício Godinho Delgado, “*os períodos de descanso conceituam-se como lapsos temporais regulares, remunerados ou não, situados intra ou intermódulos diários, semanais ou anuais do período de labor, em que o empregado pode sustar a prestação de serviços e sua disponibilidade perante o empregador, com o objetivo de recuperação e implementação de suas energias ou de sua inserção familiar, comunitária e política*” (DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 18.ed. São Paulo: LTr, 2019. p. 1121).

No caso dos intervalos intrajornada – isto é, usufruídos no curso da própria jornada de trabalho – a matéria é regulada nos arts. 71 e 72 da CLT, incidindo, como regra, a norma contida no § 2º do art. 71 da CLT, segundo a qual “*os intervalos de descanso não serão computados na duração de trabalho*”.

A princípio, o período denominado *recreio escolar*, por se afigurar como período de decompressão entre aulas usufruído pela comunidade escolar como um todo, se enquadraria como espécie de intervalo de descanso intrajornada. Trata-se, assim, de lapso temporal, que, em tese,

encontra-se regulado pelo § 2º do art. 71 da CLT e que, portanto, não integra a jornada de trabalho.

Facilmente se percebe, então, que a questão veiculada pela requerente nos autos da presente arguição passa pela delimitação constitucionalmente adequada da distinção entre os conceitos de *intervalo intrajornada* e *tempo à disposição do empregador* no âmbito da jornada de trabalho do professor.

Naturalmente, é possível cogitar hipótese na qual o período que deveria se apresentar como intervalo de descanso intrajornada do trabalhador (CLT, arts. 71 e 72) se caracterize, na prática, como período em que este efetivamente se encontra aguardando ou executando ordens de seu empregador.

Em específico, é bastante fácil imaginar – porquanto condizente com as práticas observadas em instituições de ensino Brasil afora – a situação do docente que, no período de *recreio escolar*, permanece realizando outras atividades (tais como reuniões, atendimento a alunos, dentre inúmeras outras atividades laborativas) e não desfruta de intervalo para descanso ou para tratar de assuntos particulares.

Nessas hipóteses, por óbvio, não haverá a caracterização de efetivo intervalo de descanso, devendo o período integrar a jornada de trabalho do obreiro, na forma do art. 4º da CLT, por força do próprio princípio da primazia da realidade sobre a forma, se o caso.

Tais situações, entretanto, somente podem ser aferidas a partir do exame das peculiaridades fáticas de cada caso concreto – e não por meio de presunções desvinculadas de qualquer previsão legal ou de qualquer substrato fático, como fez o TST por meio do conjunto de decisões impugnado na espécie.

Cuida-se, portanto, de circunstância que só pode ser constatada no exame do caso concreto de cada trabalhador ou instituição de ensino, à luz da peculiaridades das práticas de trabalho observadas.

Em nada importa, a esse respeito, o regime de contratação do trabalhador (se horista ou mensalista), pois independentemente do estatuto de contratação e remuneração do profissional, as normas trabalhistas referentes ao intervalo intrajornada, ao descanso obrigatório e à caracterização de tempo à disposição do empregador, sejam elas decorrentes da lei ou de negociação coletiva, ainda assim lhes são aplicáveis.

Registro, no particular, que a própria CLT já traz as hipóteses em que os intervalos de descanso integrarão necessariamente a jornada de

trabalho do obreiro, como no caso dos serviços permanentes de mecanografia (CLT, art. 72), dos trabalhadores em câmaras frias (CLT, art. 253) e dos trabalhadores em minas de subsolo (CLT, art. 298).

Presente esse quadro normativo, a atividade laborativa dos professores, embora se encontre especificamente regulada em seção própria da CLT (Seção XII, arts. 317 a 324), não recebeu semelhante tratamento. **Pelo contrário, dentre os dispositivos que regulam especificamente a relação de trabalho dos professores, consta o art. 318 da CLT, que, em interpretação sistemática, desautoriza a interpretação adotada pelo TST.**

Referida norma, na redação que lhe foi dada pela Lei 13.415/2017, prevê a possibilidade de que o professor possa lecionar em um mesmo estabelecimento por mais de um turno, respeitada a jornada de trabalho semanal, *“assegurado e não computado o intervalo para refeição”* (CLT, art. 318). Trata-se, portanto, de previsão expressa de intervalo intrajornada em relações de trabalho dos professores **que não integra a jornada de trabalho.**

Ademais, inexistem razões a autorizar que se excetue o intervalo intrajornada de *recreio* da regra geral prevista no § 2º do art. 71 da CLT, *vis a vis* o disposto no art. 57, também do Decreto-Lei 5452/1943, segundo o qual as normas do Capítulo II da CLT (Da Duração do Trabalho) *“aplicam-se a todas as atividades, salvo as expressamente excluídas, constituindo exceções as disposições especiais, concernentes estritamente a peculiaridades profissionais”*. Nesses casos, cabe ao obreiro eventualmente provar que não lhe era facultado usufruir do intervalo de *recreio escolar* pois remanescia às ordens de seu empregador. **Desta forma, bem se vê que não é caso nem mesmo de lacuna legislativa, pois o art. 57 da CLT já define que a regra geral do § 2º do art. 71 se aplica ao caso em análise.**

No ponto, o presente caso mais uma vez se assemelha ao precedente da já citada **ADPF 501/SC**, pois o que se decidiu naquele caso foi justamente que, inexistindo lacuna normativa, a construção de solução alternativa à regra geral prevista na CLT viola o princípio da reserva legal (Constituição, art. 5º, II).

Semelhante raciocínio, a meu ver, deve também ser aplicado ao caso concreto. Não 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 conta

os princípios constitucionais da legalidade (Constituição, art. 5º, II) e da livre iniciativa (Constituição, arts. 1º, IV e 170, *caput*).

Por fim, destaco que as matérias relativas ao “*pacto quanto à jornada de trabalho*” e ao “*intervalo intrajornada*” são temas que, nos termos do art. 611-A da CLT, podem ser objeto de negociação coletiva. Ou seja, por meio de convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho, é facultado a instituições de ensino e professores, por meio de seus legítimos representantes sindicais, pactuar sobre o intervalo intrajornada de *recreio escolar* em condições até mesmo alternativas àquelas previstas em lei (inclusive para considerá-lo como necessariamente integrante da jornada de trabalho, se assim o pactuarem).

Nesse cenário, ausente exposto embasamento legal, o entendimento do TST, segundo o qual o referido intervalo constitui necessariamente tempo à disposição do empregador (em presunção absoluta) apenas interdita e desvirtua o ambiente negocial acerca da matéria. Essa compreensão agrava a ofensa ao princípio da livre iniciativa, agora na modalidade de indevida vulneração ao princípio da intervenção mínima na autonomia da vontade coletiva (Constituição Federal, arts. 7º, XXVI e 8º, III).

Como tive a oportunidade de assentar por ocasião do julgamento do ARE 1.121.633/GO (Tema 1046 da Repercussão Geral), de minha relatoria, a Constituição de 1988 valorizou as convenções e os acordos coletivos de forma enfática, reconhecendo-os como direito fundamental dos trabalhadores (Constituição Federal, art. 7º, XXVI) e elevando-os a instrumento essencial da relação trabalhista.

O texto constitucional estabeleceu, assim, uma margem de atuação para a livre negociação entre empregadores e trabalhadores, definindo os limites negociais de modo a conceder certa flexibilidade ao acordado e, ao mesmo tempo, garantir direitos que entendeu serem essenciais aos trabalhadores.

A posição sufragada pela jurisprudência do TST no sentido da presunção absoluta de que o intervalo do *recreio escolar* integra a jornada de trabalho do professor, todavia, vai de encontro à diretriz constitucional. Ao presumir que o recreio escolar necessariamente se caracteriza como *tempo à disposição do empregador*, o entendimento indevidamente interdita e condiciona a própria possibilidade de negociação coletiva no particular, reposicionando os interesses envolvidos de maneira não prevista pelo legislador ordinário, o que vulnera a autonomia da vontade coletiva de professores e instituições de

ensino.

Por tudo isso, inexistente previsão legal expressa, tenho que a presunção absoluta consagrada pela jurisprudência do TST (no sentido de que o intervalo temporal de *recreio*, característico da jornada de trabalho escolar, constitui, invariavelmente, tempo em que o professor se encontra à disposição de seu empregador) viola não apenas o princípio da legalidade (Constituição Federal, art. 5º, II), como também os princípios da livre iniciativa (Constituição Federal, arts. 1º, IV e 170, caput) e da intervenção mínima na autonomia da vontade coletiva (Constituição Federal, arts. 7º, XXVI e 8º, III).

Eventual existência de tempo à disposição do empregador de modo a descaracterizar o intervalo de descanso deve ser necessariamente aferida em cada caso concreto, não se admitindo que as demandas trabalhistas que versam sobre a temática sejam resolvidas mediante a invocação de presunções não previstas no regramento infraconstitucional da matéria, sob pena de violação da norma constitucional.

Em tais situações, a aferição de eventual sobrejornada de trabalho deve observar igualmente as demais normas trabalhistas incidentes na hipótese, inclusive as referentes ao intervalo de descanso obrigatório, bem como as normas coletivas eventualmente aplicáveis.

III - CONCLUSÃO

Ante o exposto, converto o referendo de medida cautelar em julgamento de mérito, rejeito as questões preliminares, confirmo a cautelar anteriormente deferida (eDOC 110) e julgo procedente o pedido para:

(i) **declarar a inconstitucionalidade** da presunção absoluta, sufragada pela jurisprudência do TST, segundo a qual o intervalo temporal de *recreio escolar* constitui, necessariamente, tempo em que o professor se encontra à disposição de seu empregador e;

(ii) **assentar 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**, não se admitindo a

aplicação do referido dispositivo mediante a construção de presunções, sob pena de violação dos arts. 1º, IV, 5º, II, 7º, XXVI, 8º, III e 170, *caput* da Constituição.

É como voto.