

VOTO

O Senhor Ministro Dias Toffoli:

O eminente relator, Ministro **Marco Aurélio**, vota no sentido de julgar improcedente o pedido formalizado na Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, por não vislumbrar lacuna normativa na disciplina do direito à licença-paternidade, tendo em vista o disposto no artigo 10, § 1º, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, norma temporária de regência do benefício.

O eminente Ministro **Edson Fachin** apresentou voto em que diverge do relator, julgando o pedido procedente, “para declarar a mora legislativa, quanto à regulamentação do artigo 7º, XIX, da CRFB e artigo 10, §1º, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, determinando o prazo de 18 meses ao Congresso Nacional para sanar a omissão”. Sua excelência também determinou a equiparação, no que couber, do direito à licença-paternidade ao direito à licença-maternidade, até que sobrevenha a regulamentação.

Peço vênia para divergir, integralmente, do eminente relator, e para divergir em parte do Ministro Edson Fachin.

A autora alega haver omissão legislativa inconstitucional perpetrada pelo Congresso Nacional na **regulamentação da licença-paternidade, prevista no artigo 7º, inc. XIX, da Constituição Federal**. Ressalta que o artigo 10, § 1º, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, estabeleceu prazo de natureza provisória, a vigor até o momento em que o legislador regulamentar o art. 7º, inc. XIX, da CF/88.

Vejamos o que dispõem os aludidos preceitos constitucionais:

Constituição Federal

Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

(...)

XIX - licença-paternidade, **nos termos fixados em lei;**

Ato das Disposições Constitucionais Transitórias

Art. 10 (...)

§ 1º **Até que a lei venha a disciplinar o disposto no art. 7º, XIX, da Constituição**, o prazo da licença-paternidade a que se refere o inciso é de cinco dias.

O art. 7º, inc. XIX, da Constituição de 1988, exige lei regulamentadora para o pleno exercício do direito à licença-paternidade. À época da promulgação da Constituição, havendo um vácuo legislativo a respeito do tema, inseriu-se regra transitória no ADCT – o art. 10, § 1º – destinada tão somente a não retardar o exercício do aludido direito fundamental enquanto não editada a lei regulamentadora, conforme deflui da própria literalidade do dispositivo.

A licença-paternidade estava prevista no ordenamento jurídico pátrio antes mesmo da Constituição de 1988, no art. 473, inc. III, da Consolidação das Leis do Trabalho, inserido pelo Decreto-lei nº 229/1967, o qual fixou o direito de não comparecimento ao trabalho “por um dia, em caso de nascimento de filho no decorrer da primeira semana”. No alvorecer da nova ordem constitucional, o constituinte tão somente ampliou o período legal da licença para 5 (cinco) dias, prazo temporário até que o legislador ordinário defina, com maior propriedade, os critérios mais adequados ao gozo desse direito.

No entanto, já transcorreram mais de 32 (trinta e dois) anos sem que tenha havido a regulamentação do tema pelo Poder Legislativo. Em que pese existir norma transitória fixando um período para o gozo da licença-paternidade – a qual permite que não seja inviabilizado por completo o exercício desse direito –, **a subsistência, por tão longo período, de regra que deveria ostentar natureza transitória evidencia a omissão inconstitucional do Poder Legislativo em deliberar sobre a questão**.

O tempo transcorrido desde a promulgação da Constituição Federal de 1988 até os dias atuais tornou a regra transitória do art. 10, § 1º, do ADCT desatualizada, pois o exíguo prazo de 5 (cinco) dias para o gozo da licença-paternidade não mais se compatibiliza com a realidade das famílias brasileiras, sob diversos aspectos, visto que a ideia de família não é mais a mesma que existia em 1988.

As mulheres conquistaram o mercado de trabalho, realidade que impõe, como pressuposto para a efetiva igualdade entre mulheres e homens em direitos e obrigações (art. 5º, inc. I, da Constituição de 1988), que o Estado

crie condições ou pelo menos não obste uma distribuição mais justa das responsabilidades entre os sexos no que tange aos cuidados com a casa e com os filhos (o chamado trabalho doméstico não remunerado).

Diagnóstico apresentado no estudo “A situação da paternidade no Brasil – 2016”, produzido pela ONG Promundo, aponta a seguinte realidade:

“Dados do Ipea de 2010 apontam que, a mãe com filhos(as) dedica 25,9 horas semanais aos cuidados com a casa, contra 15,5 horas dos homens com filhos(as). Mesmo comparando um homem sem trabalho remunerado com uma mulher com trabalho remunerado, estas ainda assumem muito mais as responsabilidades domésticas: 22 horas, contra 12,7 dos homens.

Segundo a PNAD [Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios] de 2013, grande parte da população feminina adulta do Brasil (88%) realiza atividades de trabalho não remunerado. Por outro lado, a participação dos homens adultos do país neste tipo de trabalho é consideravelmente inferior (46%) se comparados aos números apresentados pela população feminina. Quando são analisados os dados relacionados ao trabalho pago, a situação se inverte, pois pouco mais da metade das mulheres adultas do país (52%) realiza trabalho pago, enquanto 77% dos homens adultos estão envolvidos em atividades remuneradas” (**A situação da paternidade no Brasil - Tempo de agir – 2016** . Promundo. Fonte: https://promundo.org.br/wp-content/uploads/sites/2/2016/10/relatorio_paternidade_03b_baixa.pdf. Acesso em: 5 de novembro de 2020).

A Constituição garante o direito à licença-maternidade e à licença-paternidade, tratando-se de direitos fundamentais sociais garantidos, nos termos do artigo 7º da Constituição Federal, aos trabalhadores urbanos e rurais. Nas palavras de José Afonso da Silva, direitos sociais podem ser compreendidos como *dimensão dos direitos fundamentais do homem, são prestações positivas proporcionadas pelo Estado direta ou indiretamente, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualização de situações sociais desiguais* .

No caso das mulheres, o art. 7º, inc. XVIII, da Constituição Federal garante a *licença à gestante, sem prejuízo do emprego e do salário, com a duração de cento e vinte dias* . A par disso, a Lei nº 11.770/2008 (“Cria o Programa Empresa Cidadã, destinado à prorrogação da licença-

maternidade mediante concessão de incentivo fiscal”) estabeleceu a possibilidade de prorrogação da licença por mais 60 (sessenta) dias.

Aos homens que venham a ser pais, por outro lado, a Constituição, no art. 7º, inc. XIX, estabelece a *licença-paternidade, nos termos fixados em lei*, sendo que, como já mencionado, vigora até os dias atuais o prazo de 5 dias previsto no ADCT. A já mencionada Lei nº 11.770/2008 também possibilita a prorrogação do benefício, por mais 15 (quinze) dias, de modo que a licença-paternidade pode perfazer, no total, 20 (vinte) dias. São requisitos para essa prorrogação que a empresa esteja cadastrada no Programa Empresa Cidadã e que o requerente comprove participação em programa ou atividade de orientação sobre paternidade responsável.

Acrescente-se, ainda, que **a configuração da família contemporânea não se restringe à união de um homem com uma mulher**, podendo assumir as mais diversas combinações, as quais são igualmente merecedoras de proteção pelo Estado, o que vem sendo afirmado por este Supremo Tribunal Federal desde o paradigmático julgamento da ADI nº 4277/DF, da relatoria do Ministro **Ayres Britto**, em cujo voto ficou consignado que *a isonomia entre casais heteroafetivos e pares homoafetivos somente ganha plenitude de sentido se desembocar no igual direito subjetivo à formação de uma autonomizada família* (DJe de 14/10/2011).

É de se destacar, ainda, o julgamento do Recurso Extraordinário nº 778.889/PE, da relatoria do Ministro **Roberto Barroso** (DJe de 1º/8/2016), no qual foi considerada inconstitucional a estipulação de prazos diversos para a licença-adoptante e para a licença-gestante. Na mesma toada, foi reconhecida a repercussão geral do Recurso Extraordinário nº 1.211.446/SP, da relatoria do Ministro **Luiz Fux** (DJe de 19/11/2019), no qual se discutirá acerca do direito à extensão da licença-maternidade à mãe não gestante em união estável homoafetiva.

A ausência de regulamentação do art. 7º, inc. XIX, da Constituição de 1988 dificulta a plena concretização do direito fundamental à licença-paternidade e do melhor interesse do recém-nascido, na medida em que existem diversas situações peculiares, oriundas das diferentes conformações de família, que carecem de regulamentação, como é o caso do trabalhador pai solteiro (adoptante ou viúvo), ou dos casais homoafetivos. Ressalta-se, ainda, a hipótese de adoecimento da mãe que a impossibilite de assumir os cuidados com o recém-nascido, devendo esses serem assumidos pelo pai.

O atual tratamento dispensado à licença paternidade também dificulta o contato estreito e prolongado do recém-nascido com o pai nos seus primeiros meses de vida. No entanto, esse contato é essencial para o desenvolvimento da criança e para a saúde familiar como um todo, como revela o estudo “A situação da paternidade no Brasil – 2019”, produzido pela ONG Promundo:

“O impacto positivo do maior envolvimento dos homens - sejam eles pais biológicos ou não - vem sendo comprovado, especialmente, para a saúde materno-infantil, para o desenvolvimento cognitivo das crianças, para o empoderamento das mulheres e para a saúde e o bem-estar dos próprios homens.” (**A situação da paternidade no Brasil - Tempo de agir – 2019** . Promundo. Fonte: Acesso em: 5 de novembro de 2020).

Portanto, a omissão inconstitucional em tela viola, sobretudo, o art. 227 da Constituição de 1988, que preconiza ser dever da família, do Estado e da sociedade assegurar à criança, com **absoluta prioridade** , os direitos essenciais ao seu pleno desenvolvimento (saúde, alimentação, educação, lazer, profissionalização, cultura, dignidade, respeito, liberdade e convivência familiar e comunitária), devendo colocá-la à salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Por todo o exposto, a previsão de um prazo transitório no artigo 10, § 1º, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias para o gozo da licença-paternidade, não somente não elide a alegação da existência de uma omissão inconstitucional como também a confirma, dada o enorme lapso temporal decorrido sem que o legislador tenha cumprido o dever de regulamentar o art. 7º, inc. XIX, da Constituição de 1988. Tampouco a existência de projetos de lei em tramitação no Congresso Nacional destinados a regulamentar esse preceito constitucional afastam a existência de omissão.

Ambos os argumentos – existência de uma norma transitória dispendo sobre um tema pendente de regulamentação e de projetos de lei em tramitação no Congresso Nacional tratando do assunto -, veiculados para afastar a alegação de omissão inconstitucional, foram enfrentados pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 25/DF, da relatoria do Ministro

Gilmar Mendes , em que o Supremo Tribunal Federal reconheceu, em julgamento unânime, a omissão legislativa na regulamentação do disposto no artigo 91, caput e parágrafos, do ADCT, que remete à edição de lei complementar para definir a compensação de prejuízos experimentados por Estados, pelo Distrito Federal e Municípios em razão de desoneração tributária.

Ao passo que determina a edição de lei complementar, o aludido art. 91 do ADCT estabelece, no § 3º, regra provisória para disciplinar a questão enquanto não editada a norma complementar. Além de rejeitar o argumento de que a existência de projetos de lei em tramitação excluiria a hipótese de omissão, em consonância com precedentes desta Corte (cito, por exemplo, a ADI nº 3682/MT, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJe de 5/9/2007, e a ADO nº 30/DF, de minha relatoria, DJe de 6/10/2020) o Ministro Relator também assentou, naquela ocasião, que **a previsão de uma regra transitória pelo ADCT, ao contrário de desconfigurar a mora legislativa, a confirmaria** . Vejamos o seguinte trecho do voto do Relator:

Aqui, como no julgamento da ADI 875, embora falte a lei complementar exigida pela Constituição, a legislação em vigor traz critérios provisórios para os repasses. Naquele caso, os critérios ou coeficientes eram os previstos no Anexo Único da Lei Complementar 61, que deveria vigorar até 1991, mas permaneceram intocados até 2013.

No caso ora em julgamento, como já vimos, os critérios estão no art. 31 e Anexo da Lei Complementar 87/1996, de 13 de setembro de 1996, com a redação dada pela Lei Complementar 115, de 26 de dezembro de 2002. Ora, o fato de a Emenda ter disposto critérios provisórios para o repasse não configura razão suficiente para afastar a omissão inconstitucional em questão. **Ao contrário: o sentido de provisoriedade estampado no teor do § 2º do art. 91 só confirma a omissão do Congresso Nacional na matéria. Não tem o condão de convalidá-la.**

Desse modo, penso que está, sim, configurado o estado de inconstitucionalidade por omissão, em razão da mora legislativa, consubstanciada na falta da lei complementar a que se refere o art. 91 do ADCT.

Está, portanto, configurada omissão inconstitucional em regulamentar o disposto no art. 7º, inc. XIX, da Constituição de 1988. No entanto, entendo não ser o caso de se definir uma solução normativa ao caso, como consta do pedido inicial, em deferência à regra provisória estipulada pelo legislador

constituente no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. Não obstante, cabe a esta Supremo Tribunal Federal, na qualidade de máximo intérprete da Constituição e guardião dos direitos fundamentais, instar o Congresso Nacional a disciplinar a matéria mediante a estipulação de um prazo, ao fim do qual a medida poderá ser reavaliada, caso transcorra *in albis*.

Ante o exposto, voto no sentido de **julgar parcialmente procedente o pedido**, para reconhecer a mora legislativa do Congresso Nacional em regulamentar o exercício do direito à licença-paternidade, nos termos do art. 7º, inc. XIX, da Constituição Federal e do art. 10, §1º, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, **estabelecendo o prazo de 18 (dezoito) meses**, a contar da data da publicação do acórdão, para que sejam adotadas as medidas legislativas necessárias para sanar a omissão.

É como voto.

Plenário Virtual - minuta de voto 06/11/2020