

VOTO

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN: Acolho o bem lançado relatório apresentado pelo e. Ministro Marco Aurélio.

Acompanho o e. Ministro Relator, quanto à admissibilidade e cabimento da presente ação direta de inconstitucionalidade por omissão.

A questão constitucional posta na presente ação direta diz respeito à inércia do legislador ordinário brasileiro em regulamentar o direito fundamental social à licença-paternidade, expressamente reconhecido no artigo 7º, XIX, da Constituição da República de 1988.

Estão presentes todos os requisitos legais e constitucionais autorizadores do processamento e julgamento dos pedidos formulados na presente ação direta de inconstitucionalidade por omissão.

Quanto ao mérito, peço escusas ao e. Ministro Relator, para divergir.

O direito fundamental social à licença-paternidade apresenta-se como direito fundamental essencial para a concretização não apenas das garantias institucionais da família (art. 226 da CRFB) e infância (art. 6º e 203 da CRFB), mas principalmente do direito fundamental à igualdade entre homens e mulheres (art. 5, I, da CRFB).

Com efeito, com a promulgação da Constituição de 1988, a família ganhou nova roupagem, acompanhando um caminhar da sociedade, que paulatinamente deixa de se centrar numa visão de família patriarcal e passa a admitir que os vínculos familiares centram-se no afeto das relações entre as pessoas. É como descreve o Professor Carlos Eduardo Pianovski Ruzyk, em livro que espelha sua tese de doutoramento:

“A transformação funcional na expressão jurídica da família tem como ponto de partida a apreensão, pelo Direito, de característica marcante da família como realidade histórica, sobretudo na segunda metade do século XX.

Trata-se da passagem da concepção institucionalista de família, cuja dimensão funcional conduzia à conformação de modelos autoritários e centrados na estabilidade do ente familiar para uma família em que prevalecem as aspirações coexistenciais, tendo como leitmotiv o afeto .

Se é certo que o 'ser' da família não encontra no afeto, mesmo contemporaneamente, seu único cimento, a compreensão de que ele é um dos elementos mais relevantes de conformação estrutural das comunidades familiares traz relevantes subsídios para uma nova configuração de um 'dever-ser' da família que apreende a relevância da afetividade, de modo coerente com uma 'repersonalização' dessas relações." (RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. **Institutos Fundamentais do Direito Civil e Liberdades(s): Repensando a dimensão funcional do contrato, da propriedade e da família** . GZ: Rio de Janeiro, 2011, p. 325).

Nessa perspectiva, a Constituição consagrou, em seus artigos 226 e 227, essa nova significação da família, centrada no afeto como valor preponderante, inclusive no que tange ao reconhecimento e estabelecimento da paternidade.

Esse reconhecimento, contudo, não se deu sem resistência e controvérsia, como demonstram os debates constituintes que levaram à incorporação do direito à licença-paternidade no rol dos direitos fundamentais sociais. O tema somente foi incorporado ao texto constitucional de 1988 pela força persuasiva do deputado Alceni Guerra, que apresentou emenda, já na fase do Plenário da Assembleia Nacional Constituinte, conseguindo reverter deliberações contrárias das fases anteriores.

Transcrevo, por oportuno, diretamente dos anais da Constituinte, debate publicado do Diário da Assembléia Nacional Constituinte de 26 de fevereiro de 1988, p. 7663-7664, referente à aprovação da emenda que incorporou a licença-paternidade ao texto constitucional de 1988, para que se possa, conhecendo a história constituinte desse direito fundamental social, compreendê-lo em toda a sua dimensão:

O SR. PRESIDENTE (Ulysses Guimarães) - Vem à Mesa e vai a publicação o seguinte REQUERIMENTO:

Excelentíssimo Senhor Presidente da Assembléia Nacional Constituinte.

Os firmatários, autores dos destaques e emendas abaixo indicados, vêm requerer, nos termos do §2º do art. 3º da Resolução nº 03/88, a fusão das proposições para efeito de ser votada, como texto aditivo (à primeira parte) do inciso XVII do art 7º ou ao inciso XVII do art. 8º do Sub, a seguinte redação: "Bem como, nas mesmas condições, licença paternidade de 8 dias aos que preencham requisitos fixados em lei." (Luiz Soyer - D - 294 - E - 2P00391-S - Alceni Guerra,2P01472-1).

O SR. PRESIDENTE (Ulysses Guimarães) Anuncio destaque aditivo - não modificativo nem substitutivo - ao mesmo artigo da emenda que acaba de ser aprovada. É da autoria dos nobres Constituintes Luiz Soyer e Alceni Guerra, e reza o seguinte:

"XVII-... bem como, nas mesmas condições, licença paternidade de oito dias aos que preencham requisitos fixados em lei".

Trata-se de uma homenagem ao homem gestante. (Palmas.)

Como justificativa da proposição, podíamos lembrar o que disse o talentoso Chico Anísio: há o dia da mãe, e (d)o dia do homem é precisamente nove meses antes do dia da mãe.

Acho que ela não precisa ser justificada, porque é evidente a alegria dos homens que aqui se encontram diante desta proposição.

O SR. PRESIDENTE (Ulysses Guimarães) - Concedo a palavra ao nobre Constituinte Alceni Guerra para encaminhar a votação.

O SR. ALCENI GUERRA (PFL - PR - Sem revisão do orador.) - Sr. Presidente, Sras. e Srs. Constituintes, confesso-me evidentemente amargurado com a chacota e com os risos. Recebi ontem, à tarde, do nobre Líder Mário Covas, algo muito semelhante. Fui pedir o apoio de S. Exa e ele disse-me depois de uma sonora gargalhada: "Quero vê-lo defender isso na frente de seus amigos do "Centrão"!"

Não estava inscrito e não quena falar, mas as colocações bem-humoradas - e as considero, Sr. Presidente, um pouquinho exageradas neste momento - que provocaram o riso desta Assembléia, me obrigaram a vir à tribuna defender uma emenda que considero da mais alta seriedade.

Suas origens, Sr. Presidente, remontam à época em que eu era médico-pediatra, há dez ou doze anos. Frequentemente deparava-me com uma mulher que, tendo acabado de dar à luz a um filho, e estando impossibilitada de assisti-lo, não podia ter ao seu lado o marido, o companheiro, o pai da criança que, naquele momento, era muito importante para a preservação, Srs Constituintes, da família, que considero a *cellula mater* da sociedade. (Muito bem!)

Lembro-me, Sr. Presidente, de alguns casos que vou relatar. Recordo-me de uma mulher jovem, bela, negra, que, por uma infelicidade, num acidente lamentável de parto, entrou em coma. Fui

companheiro e médico de seu marido, que durante vários dias transitou do meu consultório para o berçário e para a porta da UTI, e só descansou quando a mulher, já morta, foi enterrada. Alguns dias depois, a primeira consulta feita para o filho, o Pedro - dispensado da construtora, porque esteve ao lado de sua mulher - disse-me: "Doutor, preciso agora de um pouco do seu dinheiro". Naquele instante dei-me conta da importância do momento histórico do nascimento de um filho.

Alguns meses depois, Olga, minha funcionária na Previdência Social, teve um filho e fui seu pediatra. Alguns minutos depois do parto tive de comunicar-lhe que seu filho tinha uma anomalia cardíaca incompatível com a vida.

Passsei a mão no telefone e liguei para o emprego de seu marido e, quase chantageando, exigi a sua presença ao lado de Olga. A criança morreu alguns dias depois, mas me tornei amigo do casal, porque havia propiciado a Olga a presença do marido numa hora angustiante. Após esse fato, tornei-me advogado das mulheres que tinham dificuldades no parto e que necessitavam da presença de seus maridos.

Só sei o quanto é importante nesta hora para os demais filhos a presença daquele que junto com a mulher gerou um filho.

Confesso a V. Exa., com muita humildade, que tive vergonha de apresentar esta emenda na fase da Subcomissão, da Comissão e da Comissão de Sistematização. Mas Deus me ajudou num caso muito particular. No dia 14 de dezembro de 1987, quando nasceu minha filha Ana Sofia, para minha infelicidade, minha mulher esteve à beira da morte e depois passou três semanas imobilizada no leito por um acidente anestésico. Sr. Presidente, não havia no mundo, naquele instante, nenhuma Assembléia Nacional Constituinte, nenhum emprego, nenhum patrão, nenhuma força do mundo, nada que me tirasse do lado dela e dos meus filhos. (Palmas.) Por algumas semanas fui pai dedicado, amigo, aprendi a brincar, reaprendi a pintar, a cantar, a acompanhar meus filhos Guilherme Guerra, Pedro Guerra, Maria Pia, Ana Sofia e minha esposa. Mão na mão. Mão de marido, de pai, de companheiro, do homem responsável.

Sr. Presidente, minha emenda dispõe que a lei fixará as condições em que o homem possa ter direito a ficar oito dias ao lado da sua esposa, dos seus filhos.

Recebo com humildade a chacota e as gargalhadas, mas quero que os Senhores saibam que é uma emenda séria de quem viveu durante toda a sua vida esse problema. Não poderia deixar passar esta oportunidade da Assembléia Nacional Constituinte para impor uma vontade que, tenho certeza, é de todas as mulheres e de todos os homens com inteligência neste País. Obrigado. (Palmas.)

O SR. PRESIDENTE (Ulysses Guimarães) A Presidência pede perdão se eventualmente a manifestação que teve possa ter sensibilizado o nobre Constituinte Alceni Guerra. O Constituinte Alceni Guerra sabe a estima, a admiração e o apreço que lhe tenho, mais do que isso, o reconhecimento. Houve momentos difíceis na minha vida parlamentar em que ele, com muito destemor - e isso não poderei esquecer nunca - trouxe-me sua afetuosa solidariedade. Não tive qualquer intuito senão, no curso dos nossos trabalhos, o de trazer uma palavra que, sei, não poderia prejudicar a proposição. Aliás, quero dizer que agora até me felicito, porque sei que, se isso não ocorresse, não teríamos tido a oportunidade de ver fulgurar o talento e a sinceridade, até emocionante, com que S. Exa. defendeu sua proposição. (Palmas.) Peço escusas ao nobre Constituinte Alceni Guerra. (BRASIL. Diário da Assembléia Nacional Constituinte. 26 de fevereiro de 1988. Disponível em: < Acesso em 03.11.2020)

A atuação do deputado Alceni Guerra (PFL-PR) e seu discurso carregado de emoção foram considerados essenciais para a aprovação da emenda que reconheceu a todos os pais brasileiros o direito à licença-paternidade, o que demonstra a importância de homens também se comprometerem e se engajarem nas pautas que, muitas vezes, de forma errônea e preconceituosa, são consideradas apenas das mulheres.

Não se ignora que a pressão das mulheres tem sido de essencial importância para levar o tema da igualdade de gênero a emergir na agenda de políticas públicas. O motivo para isso é evidente: uma vez que são as mulheres elas mesmas as pessoas mais impactadas pelo padrão de desigualdade, cabe a elas o pedido de ações concretas e reformas para alcançar maior patamar de igualdade. No entanto, não é possível falar em igualdade sem apoio e envolvimento significativo de todos na construção de uma sociedade mais livre, justa e solidária, como preconiza o texto constitucional. (SILVA, SALETE MARIA DA. **A carta que elas escreveram: a participação das mulheres no processo de elaboração da Constituição Federal de 1988**, Salvador: UFBA, 2011, p. 222 de 321.)

Ressalta-se, nesse contexto, o papel do deputado constituinte Alceni Guerra, reconhecido por suas colegas deputadas constituintes como um homem solidário à “causa feminina”. (SILVA, SALETE MARIA DA. **A**

carta que elas escreveram: a participação das mulheres no processo de elaboração da Constituição Federal de 1988 , Salvador: UFBA, 2011, p. 222 de 321.)

Sobre a atuação do deputado constituinte Alceni Guerra, nessa conquista, a professora Salete Maria Silva traz a informação de que a licença-paternidade era um instituto que interessava à pauta das mulheres, na constituinte, porque “possibilitava a compreensão da necessidade de divisão de responsabilidades, relativas à filiação, entre homens e mulheres”, e, ainda, anotou:

Segundo matéria da Folha de São Paulo, de 26 de fevereiro de 1988, no Caderno de Política, página A7, Alceni Guerra, enquanto médico pediatra, já havia presenciado inúmeras situações em que, crianças e/ou mães, vítimas de complicações pós-parto, vieram a falecer ou passar por problemas graves, sem poder contar com a presença e o apoio paterno. Ele próprio, em pleno período da ANC necessitou se ausentar de suas atividades parlamentares para, como pai e esposo, acompanhar a mulher, parturiente, em situação de risco de morte. Segundo a notícia, o mencionado constituinte, enquanto médico, já presenciou casos em que os pais foram impedidos de estar com suas esposas ou então demitidos em razão de se ausentarem de suas atividades laborais. Por conta disto, não obstante intervenções em contrário, particularmente do deputado Ricardo Izar (PFL-SP), para quem este assunto não tinha nenhuma relação com a seara constitucional, tal proposta foi aprovada por 317 votos a favor, após ter recebido 67 votos contra e 28 abstenções. (SILVA, SALETE MARIA DA. **A carta que elas escreveram: a participação das mulheres no processo de elaboração da Constituição Federal de 1988** , Salvador: UFBA, 2011, p. 222 de 321.)

Vale ressaltar que, em 1988, o discurso que levou à aprovação da licença-paternidade, ainda que louvável, foi calcado na necessidade de o pai amparar a mãe em momento de fragilidade causado pelo parto. O Deputado Alceni compartilhou com os colegas constituintes sua experiência pessoal e profissional, como médico, da importância do direito para os momentos em que o pai precisasse se ausentar do trabalho para assistir o

recém nascido em razão de situação de risco enfrentada pela mãe. O que vivenciamos na quadra atual é de uma compreensão que evoluiu, para a qual o momento de 1988 foi certamente importante.

A experiência internacional revela que muitos países avançam para adotar a chamada licença parental, ou seja, um período remunerado em que o casal, ou o pai, ou a mãe, ou seja, os responsáveis pelos cuidados com a criança tenham liberdade de determinar quem se dedica ao filho com maior intensidade em qual momento.

O aumento da participação das mulheres no mercado de trabalho leva ao incremento da importância de tais políticas, que podem contribuir para a equidade de gênero, bem como para o suporte da criança, para a saúde mental de pais e mães, bem como para o planejamento familiar e para minorar o impacto do nascimento de um filho na carreira da mulher.

Nesse sentido, o Instituto Europeu para a Igualdade de Gênero monita as políticas de licença parental na União Europeia e verifica que estão em fluxo constante, com os países membro trabalhando em desenhos de políticas públicas que não apenas oferecem melhor equilíbrio entre gêneros na fruição da licença, bem como melhor equilíbrio entre trabalho e vida pessoal de todos os pais e mães que trabalham, como também são profícuos para índices de fertilidade e de bem estar das crianças (tradução livre de “ *Regular monitoring of parental leave policies by the International Network on Leave Policies and Research*[1] *shows that leave policies in the EU are in constant flux (Blum et al., 2018). Member States are working on leave-policy designs that not only support better gender balance in the use of parental leave and the work–life balance of all working parents, but also enhance fertility rates and child well-being .”* Parental-leave policies | European Institute for Gender Equality – Disponível em . Acesso em 05.11.2020).

Como primeira premissa da discussão aqui encetada é de reconhecer-se a seriedade e importância da proteção à família e à infância como uma responsabilidade conjunta de homens e mulheres. Nesse contexto, os direitos fundamentais sociais à licença-maternidade e à licença-paternidade não podem ser considerados como benefícios da mãe ou do pai, porque, em sua essência, são direitos de toda a comunidade social.

Este ponto de partida impõe interpretação de que os direitos fundamentais sociais às licenças maternidade e paternidade devem ser equiparáveis, especialmente porque já estão reconhecidas, em nosso ordenamento jurídico-constitucional, as uniões estáveis homoafetivas (ADI 4277, Relator Ministro Carlos Britto, Plenário, DJe 14.10.2011) e a parentalidade sócioafetiva (RE 898.060, Relator Ministro Luiz Fux, Plenário, DJe 24.08.2017).

Uma segunda e importante premissa que deve ficar registrada, nesse contexto, é a necessidade de alteração dos padrões comportamentais de homens e mulheres em relação à distribuição sexual do trabalho, pois que as experiências comparadas demonstram, o que é confirmado pela Organização Internacional do Trabalho – OIT, que os avanços sociais e econômicos são mais igualitários e sustentáveis quando há um compartilhamento das licenças maternidade e paternidade. O equilíbrio entre trabalho e responsabilidades familiares tem apoio na Convenção n. 156 /1981 da OIT e na Recomendação 165/191:

A Convenção nº 156 versa sobre a igualdade de oportunidades e de tratamento para trabalhadores e trabalhadoras com responsabilidades familiares. Ela reconhece os problemas e necessidades particulares enfrentados por estes/as trabalhadores, definidos como “homens e mulheres com responsabilidades com relação a seus filhos e filhas dependentes, quando estas responsabilidades restringem a possibilidade de se prepararem para uma atividade econômica e nela ingressar, participar ou progredir”.

Essa Convenção estabelece a obrigação dos Estados de incluir, entre os objetivos da sua política nacional, medidas para permitir que pessoas com responsabilidades familiares possam exercer seu direito de assumir um emprego sem serem discriminadas e sem conflitos com suas responsabilidades familiares e profissionais. Prevê também que os Estados devem implementar medidas para permitir às pessoas a livre escolha de ocupações, o acesso à educação e a reintegração à força de trabalho após uma ausência em função de responsabilidades familiares. Contempla, ainda, a adoção de medidas com relação ao desenvolvimento de serviços comunitários, públicos e privados de assistência à infância e à família que levem em conta as necessidades desse grupo de trabalhadores e trabalhadoras. Por último, assinala claramente que as responsabilidades familiares não devem constituir, por si só, uma causa para demissão.

A Recomendação nº 165 especifica medidas de apoio para garantir o acesso, a permanência e a reintegração ao trabalho de trabalhadores/as com responsabilidades familiares. Inclui também medidas para melhorar as condições de trabalho e a qualidade de vida dos trabalhadores/as, como jornadas de trabalho mais reduzidas e flexibilidade de horários. Propõe, ainda, medidas que levem em consideração as condições de trabalhadores e trabalhadoras em regime de tempo parcial, temporários ou que trabalham no domicílio. A Recomendação propõe que, com base em estatísticas e pesquisas, os serviços de assistência à infância e de assistência à família sejam ampliados gratuitamente ou a um custo razoável. Prevê que tanto homens como mulheres são responsáveis por seus filhos e, por essa razão, ambos devem ter direito a uma licença parental em um período posterior à licença-maternidade. Estabelece também que homens e mulheres deveriam ter direito a obter uma licença para se ausentar do trabalho em caso de enfermidade de seu filho ou filha ou de outro membro da sua família. (NOTAS DA OIT – Trabalho e família n. 01 – Trabalho e responsabilidades familiares: novos enfoques. Disponível em: Acessado em: 04.11.2020)

Trata-se de um grande desafio, considerando que trabalho e família são duas esferas aparentemente reguladas por lógicas diferentes – uma pública e outra privada – mas esta dicotomia deve ser desmobilizada, considerando que todos os cidadãos e todas as cidadãs devem ser igualmente estimulados a trabalhar, e, conseqüentemente, gerar renda para satisfazer suas necessidades essenciais e, também, a cuidar da família e das tarefas domésticas. (NOTAS DA OIT – Trabalho e família n. 01 – Trabalho e responsabilidades familiares: novos enfoques. Disponível em: Acessado em: 04.11.2020)

Não se pode ignorar a existência de diversos fatores que contribuem para tratamento desigual entre homens e mulheres no mercado de trabalho, tais como a vinculação entre o trabalho formal e a proteção conferida pelos sistemas contributivos; os papéis sociais tradicionais desempenhados pelos gêneros na sociedade (homem provedor, mulher cuidadora); a participação menor (embora crescente) da mulher no mercado de trabalho; a remuneração inferior ao trabalho da mulheres, bem como a falta de reconhecimento das tarefas de cuidado, geralmente desempenhada, sem remuneração, por mulheres. As políticas públicas, nesse contexto, devem ser desenhadas para minorar tais impactos e a licença-paternidade é um direito que pode desempenhar impacto relevante.

Outrossim, é preciso considerar que muitos ganhos históricos da igualdade de gênero somente foram possíveis quando homens e mulheres se uniram em direção ao objetivo único e comum de construir juntos uma sociedade mais igualitária. Nesse sentido Desdêmona Arruda anota:

Existe, de fato, uma história considerável de apoio para a igualdade de gênero feita pelos homens. Pode-se falar, inclusive, em uma tradição de advocacy nesse campo feita por intelectuais homens. Para citar três exemplos, Raewyn Connell se vale do caso de John Stuart Mill, que, em 1912, estabeleceu a presunção de direitos iguais. Henrik Ibsen, na “Casa de Bonecas”, de 1923, também tornou a opressão de gênero masculina um tema cultural importante. Na geração seguinte, o psicanalista Alfred Adler reforçou o argumento pela igualdade de gênero. (ARRUDA, Desdêmona. Cultura da igualdade de gênero no Brasil – uma leitura a partir de Raewyn Connell, in **Constitucionalismo Feminista**, 2º volume, Salvador: Editora JusPodium, p. 72)

Por fim, vale o registro de artigo de Aloisio Mercadante, referenciado por Mariana Azevedo, Benedito Medrado e Jorge Lyra, sobre a relação entre os homens e o movimento feminista:

“No artigo intitulado “Ser macho é cinza”, Mercadante coloca seu espanto frente ao silêncio dos homens em relação à conquista de um direito que os beneficia diretamente, em contraposição à vibrante reação pública das mulheres.

Segundo ele, isso se deve ao fato de que a vontade de repensar os termos da relação homem-mulher tenha sido historicamente uma preocupação feminista/feminina, já que são as mulheres as diretamente prejudicadas pelo machismo.

Mercadante passa então a discorrer sobre como o machismo também traz prejuízos à vida dos homens, especialmente nas questões emocionais e afetivas e conclui argumentando que: “Pensar a possibilidade de uma relação homem/mulher mais criativa não é uma tarefa exclusiva do feminismo, é uma tarefa nossa e inadiável” (Mercadante, 1982:3).

O artigo é denso por formular uma linha de argumentação diferente do simples apoio público às ações feministas. Preocupa-se em expor as consequências negativas do machismo para a vida dos homens e, por conseguinte, a necessidade de se organizarem em prol de relações igualitárias, beneficiando homens e mulheres. (FERREIRA, M. A. de A.; BENEDITO MEDRADO; FONSECA, J. L. C. L. da.

Homens e o movimento feminista no Brasil: rastros em fragmentos de memória. **Cadernos Pagu**, Campinas, SP, n. 54, p. e185414, 2018. Disponível em: <https://periodicos.sbu.unicamp.br/ojs/index.php/cadpagu/article/view/8656299>. Acesso em: 5 nov. 2020.

Como terceira premissa, e última na linha argumentativa da presente ação direta de inconstitucionalidade por omissão, está a necessidade de uma atuação dos agentes políticos no fomento de políticas públicas que possibilitem a concretização dos direitos fundamentais, especialmente os sociais, como é o caso da licença-paternidade, sempre de forma ativa e prospectiva.

O efeito dirigente dos direitos fundamentais impõe que exista um esforço coletivo por partes dos agentes políticos e públicos, vinculados a todas as funções de poder, no sentido de concretizar e potencializar a eficácia das normas constitucionais, especialmente quando expressamente reconhecidas pelo legislador constituinte originário como direitos fundamentais.

Conforme já registrei, por ocasião do julgamento do RE 592581, Relator Ministro Ricardo Lewandowski, Plenário, DJe 01.02.2016, a promulgação da Constituição da República de 1988 inaugurou uma nova ordem político-jurídica no Brasil. A partir de 05 de outubro de 1988, a Constituição deixou de ser compreendida apenas como mero documento político organizador do Estado e repartidor de competências, passou a ser compreendida como um projeto de construção nacional, com princípios (artigo 3º) e objetivos (artigo 4º) expressos, prevendo um rol de direitos e garantias fundamentais (artigo 5º ao 17), redefinindo a organização e separação entre os Poderes.

Dessa forma, a questão central a partir de 1988 deixou de ser “o que é uma constituição”, e passou a ser “o que uma constituição constitui”. E a Constituição de 1988 não mais um mero documento organizador do poder do Estado, mas, sim, o compromisso fundamental de uma comunidade de pessoas que se reconhecem reciprocamente como livres e iguais. (NETO, Menelick de Carvalho; SCOTTI, Guilherme. **Os Direitos Fundamentais e a (In)Certeza do Direito – A produtividade das Tensões Principiológicas e a Superação do Sistema de Regras**. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 19-20.)

Tenho repetidas vezes afirmado que o Poder Judiciário não deve substituir nem o legislador nem o gestor. Mas, contra uma inação jurisdicional, geralmente fundada em uma antiquada compreensão sobre a separação dos Poderes, é possível, sim, conceber um papel de relevo ao Poder Judiciário na efetivação de direitos fundamentais, pois a adoção de medidas tomadas por juízes para efetivar esses direitos ajuda a promover a deliberação democrática ao dirigir a atenção pública a interesses que, de outra forma, seriam ignorados na vida pública diária. (GODOY, Miguel Gualano de. *Constitucionalismo e Democracia: uma leitura a partir de Carlos Santiago Nino e Roberto Gargarella*. São Paulo: Saraiva, 2012.)

Os legisladores e legisladoras constituintes indicaram, no texto constitucional de 1988, diversos projetos de políticas públicas que deveriam ser materializadas por meio de esforços dos agentes políticos para sua eficácia prospectiva.

O Supremo Tribunal Federal tem como missão institucional servir ao sistema constitucional como guardião da efetiva concretização dos comandos normativos constitucionais. É possível, assim, uma atuação do Poder Judiciário que não seja cegamente omissa e nem irresponsavelmente ativista, mas que garanta os direitos fundamentais expressamente postos pelo poder constituinte. Uma compreensão sobre a separação de poderes que se atenha ao tradicional entendimento de que ao Poder Judiciário cabe apenas ser deferente às escolhas do Executivo e do Legislativo demonstra uma limitada concepção de democracia, segundo a qual as escolhas majoritárias dos representantes do povo (gestores e legisladores) são inquestionáveis.

E essa compreensão rasa de democracia acaba por permitir que direitos fundamentais de minorias, especialmente aquelas que são invisibilizadas, marginalizadas e excluídas sejam sistematicamente violados. Uma compreensão robusta de democracia deve, ao contrário, possibilitar que grupos oprimidos e excluídos tenham suas situações de precariedade constitucional expostas e que, diante da violação de seus direitos fundamentais, o Poder Judiciário os garanta. Este mesmo argumento já esteve em meu voto no RE 592581, Relator Ministro Ricardo Lewandowski, Plenário, DJe 01.02.2016.

A Procuradoria-Geral da República reforça esse entendimento sobre a omissão inconstitucional:

Ao analisar a inércia legislativa, ANNA CÂNDIDA DA CUNHA FERRAZ caracteriza-a como um dos processos informais de mutação da Constituição:

A inércia provoca mutação inconstitucional na Constituição quando a omissão dos poderes constituídos é intencional, provisória mas prolongada, de tal sorte que paralisa a aplicação da norma constitucional, evidentemente não desejada pelo constituinte. Configura, na verdade, uma inconstitucionalidade por omissão, figura hoje consagrada inclusive na Constituição Brasileira de 1988. Como modalidade de processo de mutação da constituição a inércia é processo pernicioso, que acarreta consequências desastrosas à vida constitucional dos Estados. De um lado porque, ao contrário dos demais processos de mutação, raramente busca adaptar a Constituição à realidade. De outro, porque arrasta consigo, quase que invariavelmente, a descrença na Constituição. (FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *Mutação, reforma e revisão das normas constitucionais*. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin; BARROSO, Luís Roberto (org.). *Direito Constitucional: teoria geral da constituição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 791.)

Em obra doutrinária, GILMAR MENDES alerta para a relevância do tema da omissão inconstitucional, a qual “é fundamental sobretudo para a concretização da Constituição como um todo, isto é, para a realização do próprio Estado de Direito democrático, fundado na soberania, na cidadania, na dignidade da pessoa humana, nos valores sociais do trabalho, da iniciativa privada, e no pluralismo político, tal como estabelecido no art. 1º da Carta Magna. Assinale-se, outrossim, que o estudo da omissão inconstitucional é indissociável do estudo sobre a força normativa da Constituição”. (MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 1.285)

No caso, o poder constituinte originário determinou a elaboração de lei e, preocupado com a demora disso e antevendo essa possibilidade, instituiu norma provisória, de forma a garantir algum nível de aplicabilidade imediata ao direito à licença-paternidade. Ocorre que, passados mais de 25 anos da promulgação da Constituição da República de 5 de outubro de 1988, esse direito do trabalhador não foi ainda objeto de deliberação pelo Poder Legislativo. Configura-se evidente omissão legislativa inconstitucional, a despeito da existência de dispositivo do ADCT que disciplina temporariamente a matéria.

Não obstante se reconheça a complexidade e densidade da questão posta nos presentes autos, não creio ser possível enfrentá-la pelo argumento da inexistência da omissão inconstitucional pela suficiência normativa do artigo 10, §1º, do ADCT, nem muito menos pela existência de legislação infraconstitucional setorial – com especial destaque para a Lei Federal n. 13.257/2016 –, que regula parcialmente o tema.

A omissão inconstitucional está evidente, no caso da licença-paternidade, pois o dever constitucional dirigido ao legislador infraconstitucional pelo legislador constituinte originário, criando obrigação de regulamentar o direito fundamental à licença-paternidade, não foi observado.

Passados mais de 30 anos da promulgação da Constituição, não pode ser considerado suficiente o disposto no artigo 10, §1º, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. Como também não há uma regulação plena pelas leis especiais que cuidam, de forma setorial, do direito à licença-paternidade para algumas categorias profissionais. Todos os cidadãos brasileiros, indistintamente, devem gozar do direito fundamental à licença-paternidade.

Diante do exposto, **julgo procedente o pedido da presente ação direta de inconstitucionalidade por omissão**, 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. Até que sobrevenha a respectiva regulamentação, voto para que sejam acolhidos os pedidos constantes da exordial, no sentido de equiparar o direito à licença-paternidade, no que couber, à licença-maternidade.

É como voto.