

VOTO

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (Vogal):

1. Ação direta de inconstitucionalidade por omissão ajuizada pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde – CNTS em razão de omissão legislativa na regulamentação da licença-paternidade, prevista no inc. XIX do art. 7º da Constituição da República.

2. Em sessão virtual do Plenário iniciada em 30.10.2020, o Relator, Ministro Marco Aurélio, julgou improcedente o pedido, ao fundamento de que não haveria lacuna normativa com base no disposto no § 1º do art. 10 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

O Ministro Edson Fachin divergiu votando no sentido de que o pedido 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* ”.

Na sequência, o Ministro Dias Toffoli inaugurou terceira posição, votando para 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* ”. O Ministro Gilmar Mendes acompanhou o voto do Ministro Dias Toffoli.

O julgamento foi interrompido por pedido de vista do Ministro Roberto Barroso, que, na sessão virtual iniciada em 30.6.2023, lançou voto vista pela procedência do pedido, “ *com o reconhecimento da existência de omissão inconstitucional na regulamentação da licença-paternidade prevista no art. 7º, XIX, da CF/1988, com fixação do prazo de dezoito meses para o*

Congresso Nacional legislar a respeito da matéria. Findo o prazo, caso a omissão persista, passará a valer, no que couber, a equiparação entre os prazos das licenças maternidade e paternidade “.

3. Peço vênha às posições diferentes para acompanhar o voto do Ministro Edson Fachin.

O direito à licença-paternidade foi previsto pela Constituição da República no inc. XIX de seu art. 7º, determinando-se ao legislador sua regulamentação. Enquanto não cumprido esse dever constitucional pelo Congresso Nacional, previu-se no § 1º do art. 10 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias que o prazo da licença-paternidade seria de cinco dias, duração muito inferior aos cento e vinte dias de licença-maternidade garantidos às trabalhadoras gestantes pelo inc. XVIII do art. 7º da Constituição.

Em seu voto, o Ministro Edson Fachin relembra que a proposta mesma de criação da licença-paternidade foi alvo de comentários desairosos na Assembleia Nacional Constituinte. Consta do Diário da Assembleia Nacional Constituinte:

*“ 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 preenchem requisitos fixados em lei." Luiz Soyer – D – 294 – E – 2P00391-5 - Alcení 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 Alcení Guerra, e reza o seguinte:

"XVII – ... bem como, nas mesmas condições, licença paternidade de oito dias aos que preenchem 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 do 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, Sr" 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. Ex^a 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 queria 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. Passei 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.Ex^a, 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.) (...)" (Diário da Assembléia Nacional Constituinte. 26 de fevereiro de 1988 . Disponível em: <<https://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/191anc26fev1988.pdf#page=>>. Acesso em: 26 jul. 2023).

A ausência de sensibilidade sócio-cultural, evidenciada pelas falas antes mencionadas, permite entender a razão da disparidade entre o tempo previsto para a licença-maternidade e para a licença-paternidade. Na visão do constituinte de 1987/88, o objetivo específico do acolhimento desse direito era possibilitar que o homem acompanhasse a mulher no parto e nos dias seguintes ao nascimento do filho, participando desse processo de cuidado de sua prole.

A dinâmica da vida e dos direitos, contudo, a redução da diferença de duração entre as licenças-maternidade e paternidade sobressai como ponto

crucial na busca da inserção da mulher no mercado de trabalho em condição de igualdade com o homem.

Apesar disso, trinte e cinco anos se passaram desde a promulgação da Constituição de 1988 sem que o Congresso Nacional regulamentasse o direito à licença-paternidade, mantendo-se o exíguo prazo de cinco dias previsto no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

Nesse meio tempo, pela Lei n. 11.770/2008, possibilitou-se a prorrogação da licença-maternidade por sessenta dias para as empresas participantes do Programa Empresa Cidadã, aumentando o tempo total da licença para cento e oitenta dias. Para o homem, a Lei n. 11.770/2008 foi modificada pela Lei n. 13.257/2016, passando-se a prever prorrogação de quinze dias da licença-paternidade, totalizando vinte dias.

5. O quadro jurídico-normativo hoje vigente evidencia inegável disparidade entre o tempo da licença-maternidade (cento e vinte a cento e oitenta dias) e da licença-paternidade (cinco a vinte dias), colocando o homem em posição de vantagem no mercado de trabalho e impondo à mulher o dever de cuidar dos filhos.

Essa disparidade interfere direta e indevidamente em questões de planejamento e organização familiar, constituindo mais um dos tantos óbices com que depara a mulher para a sua inserção no mercado de trabalho. Em estudo realizado pelo Banco Mundial, por exemplo, conclui-se que uma menor disparidade entre a duração das licenças-maternidade e paternidade está associada a um maior percentual de participação feminina no mercado de trabalho:

“ Ao correlacionar as políticas de licença-parental com os resultados econômicos das mulheres, nós vemos que uma diferença menor entre as licenças-maternidade e paternidade está associada a um percentual de participação maior de mulheres no mercado de trabalho. Os resultados indicam que não é suficiente aumentar o tempo da licença-maternidade para encorajar a participação das mulheres no mercado de trabalho, mas pode ser importante diminuir a disparidade entre as licenças-parentais. (...)” (HYLAND, Marie; SHEN, Liang. *The evolution of maternity and paternity leave policies over five decades: a global analysis*. Out. 2022. Disponível em:

<<https://documents1.worldbank.org/curated/en/099658310202228905/pdf/IDU0797ba5170d9d404a5f0aaf70ddfec49193d6.pdf>>. Acesso em: 26 jul. 2023).

6. Nesse contexto, passados trinta e cinco anos desde a promulgação da Constituição da República, não se dá efetividade ao direito constitucional da mulher e ao direito-dever do homem para se ter por legalmente reconhecida e suprida a omissão legislativa na regulamentação da licença-paternidade e a determinação para que o Congresso Nacional legisle sobre o assunto de maneira suficiente e eficiente para dar integral cumprimento ao direito constitucionalmente reconhecido.

Não se desconhece a pendência de projetos de leis propostos para regulamentar a licença-paternidade, a exemplo do Projeto de Lei n. 1.974/2021 da Câmara dos Deputados, propostos pelos Deputados Sâmia Bomfim (Psol/SP) e Glauber Braga (Psol/RJ) e aprovado pela Comissão de Trabalho, de Administração e Serviço Público daquela Casa legislativa em dezembro de 2022.

Entretanto, a jurisprudência deste Supremo Tribunal é firme no sentido de que a pendência de projeto de lei no Congresso Nacional não é suficiente para descaracterizar a omissão inconstitucional do Poder Legislativo. Assim, por exemplo:

“(...) a existência de projeto de lei em tramitação visando à regulamentação da matéria não é suficiente para desqualificar o interesse processual de agir em ação direta de inconstitucionalidade por omissão. O fato de haver projeto de lei em trâmite não descaracteriza a situação de omissão legislativa inconstitucional. Nesse sentido, cito a ADO 24-MC, Rel. Min. Dias Toffoli, DJe 1º.8.2013; e a ADI 3.682/MT, de minha relatoria, DJe 6.9.2017 ” (ADO n. 44, Relator o Ministro Gilmar Mendes, Plenário, DJe 25.4.2023).

Pela relevância do tema e pelo longo período que perdura de omissão legislativa, cumpre a este Supremo Tribunal reconhecer a inconstitucionalidade por omissão, implementando o comando constitucional de total efetividade jurídica e social deste órgão, como guarda da Constituição (art. 102O) e fixando norma para prevalecer até a

superveniência da licença-paternidade a ser editada pelo Congresso Nacional, nos termos do § 1º do art. 10 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

Este Supremo Tribunal tem jurisprudência consolidada no sentido da possibilidade de, reconhecida omissão legislativa inconstitucional, deve este Supremo Tribunal estabelecer a normatividade mínima para o pleno cumprimento de direito constitucionalmente reconhecido e não exercitável pela pendência de atuação do Poder Legislativo. Assim, por exemplo:

“ Ação direta de inconstitucionalidade por omissão parcial. Inertia deliberandi . Configuração. Direito Tributário. IPI. Aquisição de veículos automotores. Isenção prevista no art. 1º, IV, da Lei nº 8.989/95. Políticas públicas de natureza constitucional. Omissão quanto a pessoas com deficiência auditiva. Ofensa à dignidade da pessoa humana e aos direitos à mobilidade pessoal, à acessibilidade, à inclusão social e à não discriminação. Direitos constitucionalmente reconhecidos como essenciais. Procedência.

1. A inertia deliberandi pode configurar omissão passível de ser reputada inconstitucional no caso de os órgãos legislativos não deliberarem dentro de um prazo razoável sobre projeto de lei em tramitação. Precedente: ADI nº 3.682/DF.

2. A isenção do IPI de que trata o art. 1º, IV, da Lei nº 8.989/95 foi estabelecida como uma forma de realizar políticas públicas de natureza constitucional, consistentes no fortalecimento do processo de inclusão social das pessoas beneficiadas, na facilitação da locomoção dessas pessoas e na melhoria das condições para que elas exerçam suas atividades, busquem atendimento para suas necessidades e alcancem autonomia e independência.

3. Estudos demonstram que a deficiência auditiva geralmente traz diversas dificuldades para seus portadores, como comprometimento da coordenação, do ritmo e do equilíbrio, que prejudicam sua locomoção.

4. O poder público, ao deixar de incluir as pessoas com deficiência auditiva no rol daquele dispositivo, promoveu políticas públicas de modo incompleto, ofendendo, além da não discriminação, a dignidade da pessoa humana e outros direitos constitucionalmente reconhecidos como essenciais, como os direitos à mobilidade pessoal com a máxima independência possível, à acessibilidade e à inclusão social. Tal omissão constitui violação da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, aprovada conforme o art. 5, § 3º, da CF/88. Necessidade do controle jurisdicional.

5. Aplicar o benefício fiscal em prol dos deficientes auditivos resultaria, entre outras benéficas consequências, na facilitação de sua

mobilidade pessoal - com a isenção do tributo, esse seria o efeito esperado, pois eles poderiam adquirir automóveis mais baratos. O automóvel pode, inclusive, facilitar que crianças com deficiência auditiva tenham acesso a programas de treinamento destinados ao desenvolvimento da coordenação, do ritmo, do equilíbrio etc.

6. Ação direta de inconstitucionalidade por omissão julgada procedente, declarando-se a inconstitucionalidade por omissão da Lei nº 8.989, de 24 de fevereiro de 1995, determinando-se a aplicação de seu art. 1º, inciso IV, com a redação dada pela Lei nº 10.690/03, às pessoas com deficiência auditiva, enquanto perdurar a omissão legislativa. Fica estabelecido o prazo de 18 (dezoito) meses, a contar da data da publicação do acórdão, para que o Congresso Nacional adote as medidas legislativas necessárias a suprir a omissão ” (ADO n. 30, Relator o Ministro Dias Toffoli, Plenário, DJe 6.10.2020).

“ DIREITO CONSTITUCIONAL. MANDADO DE INJUNÇÃO. DEVER DO ESTADO DE CRIMINALIZAR AS CONDUTAS ATENTATÓRIAS DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS. HOMOTRANSFOBIA. DISCRIMINAÇÃO INCONSTITUCIONAL. OMISSÃO DO CONGRESSO NACIONAL. MANDADO DE INJUNÇÃO JULGADO PROCEDENTE.

1. É atentatório ao Estado Democrático de Direito qualquer tipo de discriminação, inclusive a que se fundamenta na orientação sexual das pessoas ou em sua identidade de gênero.

2. O direito à igualdade sem discriminações abrange a identidade ou expressão de gênero e a orientação sexual.

3. À luz dos tratados internacionais de que a República Federativa do Brasil é parte, deduz-se da leitura do texto da Carta de 1988 um mandado constitucional de criminalização no que pertine a toda e qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais.

4. A omissão legislativa em tipificar a discriminação por orientação sexual ou identidade de gênero ofende um sentido mínimo de justiça ao sinalizar que o sofrimento e a violência dirigida a pessoa gay, lésbica, bissexual, transgênera ou intersex é tolerada, como se uma pessoa não fosse digna de viver em igualdade. A Constituição não autoriza tolerar o sofrimento que a discriminação impõe.

5. A discriminação por orientação sexual ou identidade de gênero, tal como qualquer forma de discriminação, é nefasta, porque retira das pessoas a justa expectativa de que tenham igual valor.

6. Mandado de injunção julgado procedente, para (i) reconhecer a mora inconstitucional do Congresso Nacional e; (ii) aplicar, até que o Congresso Nacional venha a legislar a respeito, a Lei 7.716/89 a fim de estender a tipificação prevista para os crimes resultantes de discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional à discriminação por orientação sexual ou

identidade de gênero” (MI n. 4.733, Relator o Ministro Edson Fachin, Plenário, DJe 29.9.2020).

“(…) APOSENTADORIA - TRABALHO EM CONDIÇÕES ESPECIAIS - PREJUÍZO À SAÚDE DO SERVIDOR - INEXISTÊNCIA DE LEI COMPLEMENTAR - ARTIGO 40, § 4º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. Inexistente a disciplina específica da aposentadoria especial do servidor, impõe-se a adoção, via pronunciamento judicial, daquela própria aos trabalhadores em geral - artigo 57, § 1º, da Lei nº 8.213/91” (MI n. 758, Relator o Ministro Marco Aurélio, DJe 26.9.2008).

Comprovada a omissão do Congresso Nacional na regulamentação da licença-paternidade nestes quase trinta e cinco anos, há de se determinar, na espécie, a equiparação do direito à licença-paternidade, no que cabível, à licença-maternidade.

7. Pelo exposto, com as venias de estilo, divirjo do voto do Relator e voto no sentido de julgar procedente o pedido, para declarar a mora legislativa, quanto à regulamentação do inc. XIX do art. 7º da Constituição e § 1o. do art. 10 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, fixando o prazo máximo de dezoito meses ao Congresso Nacional para sanar a omissão. Concluo também que, até que sobrevenha a regulamentação constitucionalmente prevista, pelo acolhimento dos pedidos constantes da petição inicial, para equiparar o direito à licença-paternidade, no que couber, à licença maternidade até o advento daquela legislação .