

## VOTO

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – A petição inicial contém pleitos que não se coadunam com a ação direta de inconstitucionalidade por omissão. Ocorre que outros se mostram adequados, como a fixação de tempo para a licença-paternidade e o relativo à incapacidade provisória ou definitiva da mãe em decorrência de complicações do parto, considerado o período da licença-maternidade. Então, a preliminar de inépcia da inicial não pode ter agasalho irrestrito.

Sob o ângulo da ilegitimidade, postula-se pronunciamento judicial consentâneo com os objetivos sociais da Confederação, que congrega trabalhadores – homens e mulheres – na Saúde. O pedido visa a licença-paternidade.

A existência de projetos no âmbito do Legislativo não afasta a viabilidade da ação direta de inconstitucionalidade por omissão. Importante é saber se há ou não direito de índole constitucional cuja concretude dependa de normatização ainda ausente. A Confederação alude ao disposto no artigo 10, § 1º, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, ou seja, a previsão temporária da regência da licença. Eis o preceito:

Art. 10. Até que seja promulgada a lei complementar a que se refere o art. 7º, inciso I, da Constituição:

[...]

§ 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.

[...]

A ação direta de inconstitucionalidade por omissão pressupõe lacuna normativa. Ante a disposição constitucional transitória, esta última não há, pouco importando a passagem do tempo. A ação ajuizada não serve a afastá-la, tampouco ao aumento de período previsto em norma de envergadura constitucional.

Julgo improcedente o pedido formalizado.

## 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 - 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 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 Alcení 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 Assembleia 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.

## Voto-vista :

**Ementa:** Direito constitucional. Ação direta de inconstitucionalidade por omissão. Licença-paternidade. Reconhecimento da omissão inconstitucional com fixação de prazo ao Congresso Nacional. Equiparação entre as licenças- maternidade e paternidade após o prazo concedido.

### I. A questão constitucional

1. Ação direta em que se alega a existência de omissão inconstitucional na regulamentação da licença-paternidade, direito fundamental dos trabalhadores previsto no art. 7º, XIX, da CF/1988.

2. Há duas questões em discussão. Primeiro: saber se há ou não lacuna normativa ilegítima, diante da previsão do art. 10, § 1º, do ADCT, que garante o prazo de cinco dias de licença-paternidade “até que a lei venha a disciplinar o disposto no art. 7º, XIX, da Constituição”. Segundo: caso declarada a mora legislativa, questiona-se o modo pelo qual deve ser sanada a omissão.

### II. Existência de omissão inconstitucional

3. O art. 10, § 1º, do ADCT constitui regra transitória, prevista há mais de três décadas, que se revela manifestamente insuficiente para suprir a omissão na regulamentação do direito constitucional à licença-paternidade.

4. O prazo de cinco dias, previsto no ADCT, não reflete a evolução dos papéis desempenhados por homens e mulheres na família e na sociedade, nem a compreensão atual sobre o conteúdo e a extensão do direito à igualdade, em especial, à igualdade de gênero (art. 5º, I, CF/88), e dos deveres constitucionais de proteção familiar e à infância (arts. 6º, 203, 226, 227 e 229 CF/88), em atenção aos princípios do melhor interesse da criança e da paternidade responsável.



5. A radical diferença entre os prazos atuais das licenças-maternidade e paternidade produz impactos negativos e desproporcionais sobre a igualdade de gênero e sobre os direitos das crianças.

6. Proteção insuficiente da igualdade de gênero. Sob um primeiro ponto de vista, a ausência de uma licença-paternidade efetiva produz um impacto desproporcional sobre os direitos das mulheres. Primeiro, essa inércia ilegítima consolida a percepção discriminatória e estereotipada de que o cuidado com os filhos é um dever da mulher, e não uma responsabilidade igualmente compartilhada, de modo a violar também o direito à igualdade como reconhecimento (art. 3º, IV, CF/88). Segundo, ela institucionaliza um óbice à inserção e manutenção das mulheres no mercado de trabalho em igualdade de condições aos homens, em direção oposta ao art. 7º, XX, da CF/88, que impõe ao Estado a proteção do trabalho da mulher. Terceiro, ela contribui para a sobrecarga que é imposta às mulheres, que assumem tarefas familiares e domésticas (para além do trabalho remunerado), submetendo-as a duplas ou triplas jornadas, em prejuízo também à sua saúde física e mental (art. 6º, CF/88).

7. Sob um segundo ponto de vista, o regramento atual protege de forma insuficiente também os direitos dos homens. É direito do homem, que decorre de sua igual dignidade, experimentar integralmente a convivência familiar, em especial nos primeiros momentos de vida comum com seus filhos (arts. 1º, III, e 5º, I, CF/88). Se à época da Assembleia Nacional Constituinte buscou-se justificar a licença-paternidade diante de situações em que a mulher se encontrava impossibilitada de cuidar do bebê recém-nascido por motivo de saúde ou óbito, hoje, muitos homens desejam (e têm o direito de) assumir uma posição mais ativa, de corresponsável na criação de seus filhos. A licença-paternidade, tal como transitoriamente regulada, aprisiona os homens ao

papel de meros coadjuvantes nos cuidados iniciais com os filhos, com prejuízos inegáveis para a realização de sua personalidade e o exercício da paternidade responsável.

8. Proteção insuficiente aos direitos das crianças . A omissão da licença-paternidade também traz prejuízos aos direitos das crianças. A presença da figura paterna na primeira infância contribui para o melhor desenvolvimento da criança (arts. 6º, 203 e 227 da CF/88). Não apenas pelo fortalecimento do vínculo afetivo e de cuidado entre ambos, mas também, conforme demonstram diversos estudos, por sua capacidade de melhorar as capacidades cognitivas e a saúde da criança. Isso sem contar nos benefícios a longo prazo de se permitir a criação infantil em um ambiente familiar com papéis de gênero mais equilibrados.

9. Reconhecimento da existência de omissão inconstitucional e do consequente dever de legislar a respeito da licença-paternidade.

### III. Enfrentamento da omissão inconstitucional

10. A jurisprudência do STF, em mandado de injunção e em ação direta de inconstitucionalidade por omissão, evoluiu no sentido de permitir à Corte não apenas o reconhecimento da mora inconstitucional, mas também a fixação de prazo razoável ao legislador e a definição de regramento provisório. Precedentes.

11. Acompanhamento a divergência do Min. Edson Fachin quanto à fixação do prazo de 18 meses para que o Congresso Nacional legisle sobre a matéria.

12. Em relação à definição de regramento provisório, entendo que é o caso de adotar uma solução intermediária em relação às duas correntes de votos divergentes já proferidos. Voto no sentido de que, caso permaneça a mora após o prazo concedido, sejam equiparados os prazos das licenças-

maternidade e paternidade até a edição da norma. É que, por um lado, em prestígio à solução temporária adotada pelo legislador constituinte, não é prudente estabelecer, antes do fim do prazo assinalado, o regramento aplicável. Por outro lado, dado o elevado valor axiológico dos princípios violados no caso e a gravidade do impacto da inércia legislativa na vida das famílias, é insuficiente a mera declaração de existência da omissão, com a constituição do Poder Legislativo federal em mora para saná-la.

13. Por fim, deve-se reconhecer que a margem de discricionariedade do legislador ordinário na regulamentação da licença-paternidade é limitada pelas diretrizes constitucionais, em especial a necessidade de que o prazo estabelecido seja efetivo para realizar a igualdade de gênero (art. 5º, I, CF/88), e para o cumprimento dos deveres constitucionais de proteção familiar e à infância (arts. 6º, 7º, XX, 203, 226, 227 e 229 CF/88). Caso o legislador produza regra compatível com essas balizas, deve ser adotada postura de maior deferência à opção legislativa.

#### IV. Conclusão

14. Procedência do pedido para fins de reconhecer a existência de omissão inconstitucional na regulamentação da licença-paternidade prevista no art. 7º, XIX, da CF/1988, com a fixação do prazo de 18 meses para o Congresso Nacional legislar a respeito da matéria. Findo o prazo, caso a omissão persista, o direito à licença-paternidade deve ser equiparado, no que couber, à licença-maternidade.

#### **Relatório**

1. Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade por omissão ajuizada pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde – CNTS contra a mora, atribuída ao Presidente da República e ao Congresso Nacional, na regulamentação da licença-paternidade, prevista no art. 7º, XIX, da CF/1988. O dispositivo possui o seguinte teor:

“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;”**

2. O legislador constituinte originário fixou norma de transição nessa matéria. O art. 10, § 1º, do Ato das Disposições Finais e Transitórias – ADCT estabeleceu o prazo de 5 (cinco) dias de licença paternidade, até que a matéria fosse disciplinada por lei. Confira-se:

“Art. 10. Até que seja promulgada a lei complementar a que se refere o art. 7º, I, da Constituição: [...]

**§ 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.”**

3. Em síntese, a requerente afirma a sua legitimidade ativa, bem como a adequação da via eleita para propositura da ação, afirmando ser entidade sindical de grau superior, que representa, em âmbito nacional, os trabalhadores na área de saúde. No mérito, sustenta que, embora o direito à licença-paternidade figure no rol dos direitos dos trabalhadores desde a promulgação da Constituição, até o momento não houve sua regulamentação, de modo que esse relevante direito constitucional do trabalhador permanece não concretizado.

4. Em 2012, o então relator, Min. Marco Aurélio, adotou o rito do art. 12 da Lei nº 9.868/1999, requisitando informações à Presidência, à Câmara dos Deputados e ao Senado Federal e solicitando parecer do Advogado-Geral da União, bem como do Procurador-Geral da República(doc. 19).

5. Em informações, a Presidência suscita, preliminarmente, ilegitimidade ativa da CNTS, inépcia da inicial e ausência de pertinência temática. No mérito, defendeu a improcedência do pedido, sob o argumento de que o dispositivo constitucional invocado não é de eficácia limitada e que os pedidos exorbitam o âmbito de atuação deste Tribunal (doc. 24).

6. Por sua vez, o Senado Federal argumenta inexistir omissão do Congresso Nacional. Para tanto, apontou diversos Projetos de Lei (PLs nos 666/2007, 3.935/2008, 69/2012 e 341/2012), que pretendem a regulamentação do direito previsto no art. 7º, XIX, da CF (doc. 26).

7. A Câmara dos Deputados afirma inexistência de inércia na regulamentação da licença-paternidade, uma vez que ali tramitam os seguintes Projetos de Lei sobre o tema: PL nos 1.626/1989, 3.935/2008 e seu apensado, 5.896/2009, 6.753/2010 e seus apensados, 901/2011 e 3.754/2012 (doc. 27).

8. A Advocacia-Geral da União se manifesta pelo não conhecimento da ação e pela improcedência do pedido. Em sede preliminar, afirma ser juridicamente impossível o pleito da requerente, tendo em vista que a jurisprudência deste Tribunal não admite a atuação do Poder Judiciário para suprir inatividade do Legislativo, sob pena de afronta à separação dos poderes. No mérito, afirma que, embora o artigo 7º, XIX, da Constituição condicione o direito à licença-paternidade aos termos fixados em lei, tal norma não possui eficácia limitada, uma vez que o próprio legislador constituinte originário supriu, ainda que transitoriamente, a necessidade de regulamentação infraconstitucional para a aplicação do referido dispositivo (doc. 31). O parecer possui a seguinte ementa:

“Constitucional. Suposta omissão inconstitucional imputada ao Congresso Nacional, no dever de regulamentação legal da licença-paternidade (artigo 7º, inciso XIX, da Constituição da República). Preliminar. Impossibilidade jurídica do pedido. Mérito. Inexistência da alegada omissão inconstitucional. Norma da própria Carta Magna que disciplina provisoriamente o assunto. Artigo 10, § 1º, do ADCT. Licença paternidade de cinco dias até o advento de lei que a discipline. Existência de projetos de lei em trâmite visando à sua regulamentação definitiva. Manifestação pelo não conhecimento da ação e, no mérito, pela improcedência do pedido.”

9. O Procurador-Geral da República se manifesta pela procedência parcial do pedido. Em sede preliminar, sustenta que o requisito da pertinência temática está presente no caso, tendo em vista que a omissão legislativa viola diretamente direitos e interesses da categoria dos trabalhadores da área da saúde, razão pela qual resta demonstrada a legitimidade ativa da Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde –

CNTS. No mérito, pontua que, após mais de 25 anos da edição da Constituição, o direito do trabalhador ainda não foi objeto de apreciação legislativa, o que configura evidente omissão legislativa inconstitucional. Defende que o art. 10, § 1º, do ADCT qualifica-se como norma de caráter provisório e, portanto, insuficiente, que deve ser aplicada somente enquanto não for regulamentado o tema pelo Poder Legislativo, em caráter definitivo.

10. Acrescenta que a omissão inconstitucional é explícita, tendo em vista a quantidade de processos judiciais, de cunho subjetivo, em que se postula a concessão da licença-paternidade. Pontua, também, que a existência de diversos projetos de lei em tramitação não afasta a mora legislativa, considerando-se que a inércia do Congresso Nacional deve ser avaliada não só quanto à inauguração do processo de elaboração das leis, mas também no que tange à deliberação e à finalização do processo legislativo já instaurado. Ademais, na hipótese, o processo legislativo se procrastina há tanto tempo que o efeito prático é o mesmo dos casos em que inexistente projeto de lei.

11. Por fim, afirma que, tendo em vista o entendimento recente do STF no que se refere às omissões inconstitucionais, é cabível estabelecer prazo razoável para que o Congresso Nacional conclua a deliberação acerca das leis apropriadas. Na hipótese de o prazo estipulado pelo Supremo Tribunal Federal não ser observado, defende que a omissão legislativa poderá ser suprida normativamente pela própria Corte (doc.143). O parecer restou assim ementado:

“Ação direta de inconstitucionalidade por omissão. Omissão do Congresso Nacional em aprovar lei regulamentadora do art. 7º, XIX, da Constituição da República. Licença-paternidade. Preliminares. Existência de pertinência temática. Não configuração de inépcia da petição inicial. Mérito. Reconhecimento da omissão do Poder Legislativo na regulamentação do direito à licença-paternidade. Transcurso de tempo razoável. Existência de norma do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT) não afasta a omissão legislativa. Existência de projetos de lei em tramitação. Caracterização de *inertia deliberandi*, ante o transcurso de mais de 25 anos desde a promulgação da Constituição de 1988. Precedentes. Possibilidade do estabelecimento de prazo razoável para o Congresso Nacional editar a

norma regulamentadora. Precedente da ADI 3.682/MT. Caso o prazo não seja observado, o STF poderá fixar solução normativa para a matéria. Parecer pela procedência parcial do pedido.”

12. A ação foi incluída na pauta de julgamento em ambiente virtual, na sessão de 30.10.2020 a 10.11.2020. Na ocasião, o relator, Min. Marco Aurélio, votou pela improcedência do pedido, por entender que não há lacuna normativa, diante da previsão do art. 10, § 1º, do ADCT. O Min. Edson Fachin, por sua vez, divergiu para julgar procedente o pedido, de forma a declarar a mora legislativa, determinando o prazo de 18 meses ao Congresso Nacional para sanar a omissão. Até que sobrevenha a respectiva regulamentação, acolhe os pedidos constantes da inicial, no sentido de equiparar o direito à licença-paternidade, no que couber, à licença-maternidade. Os Ministros Dias Toffoli e Gilmar Mendes, por sua vez, julgaram parcialmente procedente o pedido, para reconhecer a mora legislativa do Congresso Nacional, estabelecendo o prazo de 18 meses, a contar da data da publicação do acórdão, para que sejam adotadas as medidas legislativas necessárias para sanar a omissão.

13. Pedi vista dos autos para melhor análise da matéria, trazendo-os agora para continuidade de julgamento. Adianto que irei divergir do relator e aderir parcialmente à proposta apresentada pelo Min. Luiz Edson Fachin, adotando uma solução intermediária em relação aos votos apresentados pelos Ministros Dias Toffoli e Gilmar Mendes.

#### **I. A omissão inconstitucional na regulamentação do art. 7º, XIX, da CF /1988**

14. A primeira questão em discussão é saber se há ou não lacuna normativa ilegítima na regulamentação do art. 7º, XIX, da CF/1988, diante da previsão do art. 10, § 1º, do ADCT, que garante o prazo de cinco dias de licença-paternidade “até que a lei venha a disciplinar o disposto no art. 7º, XIX, da Constituição”. Entendo que a resposta é positiva.

15. O art. 7º, XIX, da CF/1988 fixa um comando claro para que seja editada lei que discipline a licença-paternidade e, passadas mais de três décadas desde a promulgação da Constituição Federal, essa lei ainda não foi editada. Confira-se, uma vez mais, o teor do dispositivo:

“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; ”**

16. O fato de o art. 10, § 1º, do ADCT ter fixado o prazo de cinco dias de licença-paternidade, até que a lei seja editada, não afasta a mora do Congresso Nacional. Ao contrário, confirma a omissão. Em primeiro lugar, porque essa previsão é de natureza transitória. A regra só vale “até que a lei venha a disciplinar o disposto no art. 7º, XIX, da Constituição”. O dispositivo afirma expressamente a necessidade de que a lei seja editada. Por isso, não pode nem deve ser utilizado como argumento para se dispensar a regulamentação da licença-paternidade. Não é demais chamar a atenção para o fato de que o ADCT fixou disposições constitucionais *transitórias*, que não devem ser tomadas por *definitivas* por permanecerem vigentes há décadas.

17. Em segundo lugar, não se pode considerar que a lacuna foi suprida pelo art. 10, § 1º, do ADCT porque, ao longo de mais de trinta anos, houve uma evolução substancial tanto em relação aos papéis desempenhados por homens e mulheres na família e na sociedade quanto em relação à compreensão sobre o conteúdo e a extensão do direito à igualdade, em especial, à igualdade de gênero (art. 5º, I, CF/88), e dos deveres constitucionais de proteção familiar e à infância (arts. 6º, 203, 226, 227 e 229 CF/88), em atenção aos princípios do melhor interesse da criança e da paternidade responsável.

18. No atual cenário, o prazo de cinco dias é manifestamente insuficiente para suprir a omissão na regulamentação do direito constitucional à licença-paternidade e promover os compromissos assumidos pela Constituição de 1988, em especial a promoção da igualdade entre homens e mulheres e o enfrentamento à desigualdade de gênero. Conforme passarei a demonstrar, a manutenção de uma situação em que há manifesta desproporcionalidade entre o tempo de licença-maternidade e paternidade perpetua um *status quo* de desigualdade de gênero, no qual se atribui à mulher maior responsabilidade no cuidado dos filhos. Além disso, o prazo é insuficiente para atender aos deveres constitucionais de proteção familiar e à infância (arts. 6º, 203, 226, 227 e 229 CF/88), em atenção aos princípios do melhor interesse da criança e da paternidade responsável.



19. Tampouco a regulamentação trazida pela Lei nº 11.770/2008, que cria o Programa Empresa Cidadã, é suficiente para suprir a lacuna normativa. Essa lei prorroga a duração da licença-maternidade e da licença-paternidade, respectivamente, por 60 (sessenta) e 15 (quinze) dias. Somando-se ao tempo assegurado pelo art. 7º, XVIII, da Constituição (no caso da licença-maternidade) e pelo art. 10, § 1º, do ADCT (para a licença-paternidade), chegamos a 180 dias de licença para a mãe e 20 dias para o pai. O mesmo ocorre com alguns agentes públicos, a exemplo dos servidores públicos federais (arts. 207 e 208 da Lei nº 8.112/1990 c/c Decreto nº 6.690/2008 e Decreto nº 8.737/2016). Ocorre que essas normas incidem sobre apenas uma parcela da população brasileira. A grande parte dos trabalhadores e trabalhadoras submete-se ao prazo geral de 120 dias para a licença-maternidade e 5 dias para a licença-paternidade. Além disso, a diferença entre os prazos concedidos para a mãe e para o pai segue em manifesta desproporcionalidade. Permanece, assim, a omissão inconstitucional.

## II. Impactos da omissão inconstitucional

20. A radical diferença entre os prazos atuais das licenças-maternidade e paternidade produz impactos negativos e desproporcionais sobre a igualdade de gênero e sobre os direitos das crianças.

### II. 1. Proteção insuficiente à igualdade de gênero

21. O **art. 5º, I, da CF/1988** consagra a igualdade entre homens e mulheres, em direitos e obrigações. *Sob um primeiro ponto de vista*, a manifesta desproporcionalidade entre os prazos das licenças-maternidade e paternidade viola direitos das mulheres, em especial direitos relacionados ao direito ao reconhecimento, à empregabilidade e à saúde.

22. *Em primeiro lugar*, o cenário atual consolida a percepção discriminatória e estereotipada de que o cuidado com os filhos é um dever da mulher, e não uma responsabilidade igualmente compartilhada, de modo a violar o direito à igualdade como reconhecimento (art. 3º, IV, CF/88). Trata-se de dimensão do princípio da igualdade que se preocupa,

essencialmente, com problemas de natureza cultural ou simbólica, que dizem respeito ao modo como determinados indivíduos e grupos minoritários são enxergados no contexto social.

23. A promoção da igualdade de gênero esbarra nas hierarquias de gênero ainda muito presentes na sociedade brasileira, que reforçam a imagem das mulheres como voltadas ao cuidado da prole e do lar (construindo um capital social majoritariamente privado), enquanto os homens são vistos como feitos para o mercado de trabalho (voltados à formação de capital social público). Esses estereótipos limitam efetivamente a capacidade de homens e mulheres para desenvolverem suas aptidões pessoais e tomarem decisões sobre seus projetos de vida. As mulheres continuam enfrentando discriminação nas relações sociais no geral, e, em especial, nas relações de trabalho, em razão de sua condição de mãe, que coloca como seu destino natural a possibilidade de engravidar, reproduzindo o imaginário de que a maior parte das responsabilidades com os filhos é das mulheres. É preciso, portanto, combater o estereótipo socialmente enraizado de que o cuidado com os filhos é um dever da mulher e não uma responsabilidade igualmente compartilhada entre os genitores.

24. *Em segundo lugar*, de acordo com o **art. 7º, XX, da CF/1988**, o Estado deve promover a “proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos, nos termos da lei”. A inércia ilegítima na regulamentação da licença-paternidade institucionaliza um óbice à inserção e manutenção das mulheres no mercado de trabalho em igualdade de condições aos homens, em direção oposta ao mandamento constitucional. Vejamos.

25. Como forma de proteger o mercado de trabalho feminino, o ADCT assegurou à gestante período de estabilidade provisória desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto (art. 10, II, b do ADCT c/c art. 391-A da CLT). O empregador não pode dispensar de maneira arbitrária ou sem justa causa a mulher que engravida.

26. Essa estabilidade, todavia, não é suficiente para garantir o mercado de trabalho feminino, tendo em vista que não impede que as mulheres sejam dispensadas sem justa causa imediatamente após o período da licença. Estudo a respeito do mercado de trabalho brasileiro indica que

aproximadamente metade das mulheres é dispensada quando o período de estabilidade termina. Confira-se trecho da pesquisa:

“Os resultados obtidos foram que a probabilidade de emprego das mães no mercado de trabalho formal aumenta gradualmente até o momento da licença, e decai depois. Além disso, **a queda no emprego se inicia imediatamente após o período de proteção ao emprego garantido pela licença . Após 24 meses, quase metade das mulheres que tiram licença-maternidade está fora do mercado de trabalho , um padrão que se perpetua inclusive 47 meses após a licença . A maior parte das saídas do mercado de trabalho se dá sem justa causa e por iniciativa do empregador .** No entanto, os efeitos são bastante heterogêneos e dependem da educação da mãe: trabalhadoras com maior escolaridade apresentam queda de emprego de 35% 12 meses após o início da licença, enquanto a queda é de 51% para as mulheres com nível educacional mais baixo.”

27. Há, ainda, uma disparidade significativa na empregabilidade de homens e mulheres em idade fértil. É comum que em entrevistas de emprego a mulher seja questionada a respeito da sua intenção de engravidar, e a resposta positiva a coloca em situação de desvantagem na disputa por uma vaga. Esse tipo de questionamento não costuma ser dirigido aos homens.

28. Os dados do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE sobre o nível de ocupação das pessoas de 25 a 49 anos demonstram como a presença de crianças com até 3 anos de idade vivendo no domicílio é uma característica importante na determinação da ocupação das mulheres no mercado de trabalho. Para as famílias sem criança, o nível de ocupação dos homens é de 83,4% contra 67,2% das mulheres. Já em relação às pessoas com crianças até 3 anos, há não apenas uma diminuição da participação feminina como um aumento da empregabilidade masculina: a ocupação dos homens é de 89,2%; das mulheres é de apenas 54,6%. Fica claro o impacto desproporcional que o cuidado com os filhos produz em relação às mulheres.

29. Além disso, a mesma pesquisa demonstra que as mulheres tendem a ocupar postos de trabalho com carga horária reduzida justamente por conta da divisão sexual do trabalho. Mulheres que necessitam conciliar a dupla jornada entre trabalho remunerado e não-remunerado, em muitos casos,

acabam por trabalhar em ocupações com carga horária reduzida. Isso explica, em parte, a proporção de mulheres ocupadas em trabalhos por tempo parcial, de até 30 horas semanais: em 2019, cerca de 1/3 das mulheres estavam ocupadas nessa modalidade de trabalho, quase o dobro do verificado para os homens (15,6%). Mais uma vez, esses números aumentam na análise por cor ou raça: mulheres pretas ou pardas representam 32,7% do total, enquanto entre as brancas o percentual foi de 26%.

30. O impacto da divisão desigual entre trabalho produtivo e reprodutivo também se manifesta em termos remuneratórios: em 2019, as mulheres receberam o equivalente a 77,7% dos rendimentos dos homens. Essa diferença é ainda maior entre as pessoas inseridas nos grupos ocupacionais que auferem maiores rendimentos, como diretores e gerentes e profissionais das ciências e intelectuais, grupos nos quais as mulheres receberam, respectivamente, 61,9% e 63,6% do rendimento dos homens.

31. *Em terceiro lugar*, a radical diferença entre os prazos atuais das licenças-maternidade e paternidade contribui para a sobrecarga que é imposta às mulheres, que assumem tarefas familiares e domésticas (para além do trabalho remunerado), submetendo-as a duplas ou triplas jornadas, em prejuízo também à sua saúde física e mental (art. 6º, CF/88).

32. No estágio atual da sociedade brasileira, não há dúvida de que a desigualdade de gênero se reflete muito claramente na assunção dos deveres relativos ao cuidado doméstico e familiar – que incluem a carga mental de gerenciamento dessas atividades – predominantemente por mulheres. Estudo conduzido pelo IBGE apontou que, em 2019, as mulheres dedicaram aos cuidados de pessoas ou afazeres domésticos quase o dobro de tempo que os homens (21,4 horas contra 11,0 horas). O recorte por cor ou raça indica que as mulheres pretas ou pardas estavam ainda mais envolvidas com os cuidados de pessoas e os afazeres domésticos, com o registro de 22,0 horas semanais em 2019, ante 20,7 horas para mulheres brancas. Para os homens, contudo, o indicador pouco varia quando se considera a cor ou raça ou região. Portanto, mesmo em meio a transformações sociais relativas à inserção no mercado de trabalho e queda da natalidade, as mulheres continuam se dedicando mais tempo a tarefas relacionadas ao cuidado e as diferenças são mais gritantes quando se trata de mulheres pretas ou pardas.

33. Além disso, a renda é um fator que impacta consideravelmente no nível da desigualdade entre as mulheres na execução do trabalho doméstico não remunerado, uma vez que permite acesso diferenciado ao serviço de creches e à contratação de trabalho doméstico remunerado, possibilitando a delegação das atividades de cuidados de pessoas e/ou afazeres domésticos. O estudo revela que há uma média maior de horas trabalhadas nas atividades de cuidados e afazeres domésticos entre aquelas que fazem parte dos 20% da população com os menores rendimentos (24,1 horas) em comparação com as que se encontram nos 20% com os maiores rendimentos (18,2 horas). Ressalto que a delegação dessas atividades, quando possível, é feita, sobretudo, a outras mulheres, já que essas profissões são, ainda hoje, tipicamente femininas, em uma segregação horizontal do mercado de trabalho.

34. De outra parte, pesquisa realizada pela Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico – OCDE aponta que os pais em licença parental ou paternidade têm maior probabilidade de realizar tarefas como alimentar e dar banho nas crianças. Além disso, também revela que esse tende a ser um efeito duradouro: os pais que cuidam dos filhos mais cedo tendem a se envolver mais à medida que os filhos crescem. Dessa forma, a regulamentação da licença paternidade focada em estimular os pais a assumirem seus deveres de cuidado com os filhos é uma forma de promover a igualdade de gênero e a paternidade responsável. É preciso reduzir a sobrecarga de trabalho feminina por meio da promoção de um maior equilíbrio na distribuição de tarefas relativas ao cuidado. O mandamento constitucional do art. 5º, I, da CF/1988 exige a atuação positiva do Estado no sentido de combater a dupla jornada feminina.

35. *Sob um segundo ponto de vista*, o cenário normativo atual viola, também, os direitos dos homens no que se refere aos cuidados com os filhos. De fato, é direito do homem, que decorre de sua igual dignidade, experimentar integralmente a convivência familiar, em especial nos primeiros momentos de vida comum com seus filhos (arts. 1º, III, e 5º, I, CF /88).

36. É verdade que à época da Assembleia Nacional Constituinte buscou-se justificar a licença-paternidade diante de situações em que a mulher se encontrava impossibilitada de cuidar do bebê recém-nascido por motivo de saúde ou óbito, tal como relatado no voto do Min. Edson Fachin. Hoje,

porém, muitos homens desejam (e têm o direito de) assumir uma posição mais ativa, de corresponsável na criação de seus filhos. A licença-paternidade, tal como transitoriamente regulada, aprisiona os homens ao papel de meros coadjuvantes nos cuidados iniciais com os filhos, com prejuízos inegáveis para a realização de sua personalidade (aqui incluída a sua personalidade como pai), seus projetos de vida e o exercício da paternidade responsável.

37. Nesse ponto, deve-se afastar o argumento de que o prazo de licença após o nascimento do filho justifica-se puramente em razão do aleitamento materno. No RE 778.889, sob minha relatoria, j. 10.03.2016, o Supremo Tribunal Federal equiparou o prazo da licença-maternidade ao da licença-adotante. Na ocasião, o Tribunal afastou o argumento de que a licença-maternidade se justifica, exclusivamente, por conta da necessidade de aleitamento, promovendo um avanço do significado atribuído à licença parental e à igualdade entre filhos, previstas na Constituição. Ao mesmo tempo, afirmou o dever reforçado do Estado de assegurar à mulher condições para compatibilizar maternidade e profissão.

38. Além disso, saliento que a Consolidação das Leis do Trabalho – CLT sofreu diversas alterações ao longo das últimas duas décadas em linha com o entendimento deste Tribunal. Atualmente, o prazo de 120 dias é assegurado tanto para a empregada quanto para o empregado adotante. Ademais, em caso de morte da mãe, garante-se ao cônjuge o gozo do mesmo período ou do tempo restante a que ela teria direito. Confira-se a redação desses dispositivos:

“Art. 392. A empregada gestante tem direito à licença-maternidade de 120 (cento e vinte) dias, sem prejuízo do emprego e do salário.(Redação dada pela Lei nº 10.421, 15.4.2002) (Vide Lei nº 13.985, de 2020)

§ 1º A empregada deve, mediante atestado médico, notificar o seu empregador da data do início do afastamento do emprego, que poderá ocorrer entre o 28º (vigésimo oitavo) dia antes do parto e ocorrência deste. (Redação dada pela Lei nº 10.421, 15.4.2002)

§ 2º Os períodos de repouso, antes e depois do parto, poderão ser aumentados de 2 (duas) semanas cada um, mediante atestado médico. (Redação dada pela Lei nº 10.421, 15.4.2002)

§ 3º Em caso de parto antecipado, a mulher terá direito aos 120 (cento e vinte) dias previstos neste artigo. (Redação dada pela Lei nº 10.421, 15.4.2002)

§ 4º É garantido à empregada, durante a gravidez, sem prejuízo do salário e demais direitos:(Redação dada pela Lei nº 9.799, de 26.5.1999)

I - transferência de função, quando as condições de saúde o exigirem, assegurada a retomada da função anteriormente exercida, logo após o retorno ao trabalho;(Incluído pela Lei nº 9.799, de 26.5.1999)

II - dispensa do horário de trabalho pelo tempo necessário para a realização de, no mínimo, seis consultas médicas e demais exames complementares.(Incluído pela Lei nº 9.799, de 26.5.1999)

Art. 392-A. À empregada que adotar ou obtiver guarda judicial para fins de adoção de criança ou adolescente será concedida licença-maternidade nos termos do art. 392 desta Lei. (Redação dada pela Lei nº 13.509, de 2017) (...)

§ 4º A licença-maternidade só será concedida mediante apresentação do termo judicial de guarda à adotante ou guardiã. (Incluído pela Lei nº 10.421, 15.4.2002)

§ 5º A adoção ou guarda judicial conjunta ensejará a concessão de licença-maternidade a apenas um dos adotantes ou guardiães empregado ou empregada. (Incluído pela Lei nº 12.873, de 2013)

Art. 392-B. Em caso de morte da genitora, é assegurado ao cônjuge ou companheiro empregado o gozo de licença por todo o período da licença-maternidade ou pelo tempo restante a que teria direito a mãe, exceto no caso de falecimento do filho ou de seu abandono.(Redação dada pela Lei nº 12.873, de 2013) (Vigência)

Art. 392-C. Aplica-se, no que couber, o disposto no art. 392-A e 392-B ao empregado que adotar ou obtiver guarda judicial para fins de adoção.(Incluído pela Lei nº 12.873, de 2013)''

39. Chega-se, então, a uma situação de flagrante desproporcionalidade entre o direito assegurado aos homens que adotam, que podem ter 120 dias de licença, e aos pais que têm filhos biológicos, que atualmente só podem se afastar do trabalho por 5 dias. O pai é, assim, privado do contato mais duradouro com seus filhos no momento de maior necessidade de cuidado e de formação de laços afetivos.

## II. 2. Proteção insuficiente aos direitos das crianças

40. De acordo com o **art. 226 da CF/1988**, os deveres referentes à sociedade conjugal devem ser exercidos igualmente pelo homem e pela mulher e o planejamento familiar é fundado no princípio da paternidade responsável. O dispositivo constitucional possui o seguinte teor:

“Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. (...)”

§ 5º Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher .(...)

§ 7º Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável , o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.” (grifou-se)

41. Desse modo, não são apenas os direitos, mas também os deveres que precisam ser divididos pelo casal. Além disso, como o constituinte não utiliza palavras em vão, quando o art. 226 da Constituição afirma que o planejamento familiar é fundado no *princípio da paternidade responsável*, é preciso conferir as condições de possibilidade para que os pais exerçam seus *deveres e responsabilidades* no que diz respeito ao cuidado com os filhos.

42. Além disso, o **art. 227 da CF/1988** dispõe que é dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança o direito à convivência familiar, o que deve contemplar a participação do pai no exercício do dever de cuidado. Estudos demonstram que a divisão de tarefas relativas ao cuidado, com a presença paterna na primeira infância, contribui para o melhor desenvolvimento da criança, além de ajudar a combater a sobrecarga trabalho das mulheres.

43. A partir da análise de dados da Austrália, Dinamarca, Reino Unido e Estado Unidos, a pesquisa *“Fathers’ Leave, Fathers’ Involvement and Child Development: Are They Related? Evidence From Four Oecd Countries”* fez uma análise das associações entre licença paterna, envolvimento dos pais nos primeiros cuidados com os filhos e desenvolvimento da criança. O estudo conclui que o envolvimento paterno durante o primeiro ano de vida da criança é associado positivamente aos resultados cognitivos. Crianças com pais altamente envolvidos apresentam maior desempenho relativo ao desenvolvimento da leitura, vocabulário e comunicação. Há também evidências, embora ainda não conclusivas, sobre um maior envolvimento paterno e melhores resultados comportamentais.



44. A pesquisa também sugere que o envolvimento dos pais pode estar associado a outros benefícios para criança e para família. Por exemplo, crianças com pais mais envolvidos durante a primeira infância são expostas a papéis de gênero mais igualitários no cuidado e no trabalho, que possivelmente serão replicados quando adultos. Portanto, um maior envolvimento dos pais pode contribuir para a mudança de atitudes e comportamentos das gerações futuras em relação ao papel dos homens como cuidadores. Adicionalmente, indica que uma divisão mais igualitária dos cuidados com os filhos e das responsabilidades doméstica tende a repercutir na felicidade do casal, o que também é benefício para o desenvolvimento e bem-estar da criança.

45. No mesmo sentido, informativo da Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico – OCDE afirma que os pais que cuidam dos filhos desde cedo tendem a ficar mais envolvidos durante o seu crescimento. Além disso, onde os homens participam mais dos cuidados infantis e da vida familiar, os filhos desfrutam de resultados cognitivos, emocionais e de saúde física e mental mais elevados. Também a Organização das Nações Unidas – ONU aponta que as evidências são no sentido de que um maior envolvimento paterno na criação dos filho é benéfico para o crescimento social, emocional e cognitivo das crianças e diminui os estereótipos de gênero”.

### **III. Enfrentamento da omissão inconstitucional**

46. Como visto, há um conjunto de normas constitucionais que devem informar a regulamentação da licença paternidade. Em síntese, (i) o art. 226 da CF/1988 determina que os deveres referentes à sociedade conjugal devem ser exercidos igualmente pelo homem e pela mulher (§ 5º) e o planejamento familiar é fundado no princípio da paternidade responsável (§7º); (ii) o art. 5º, I, da CF/1988, afirma a igualdade entre homens e mulheres; o (iii) o art. 7º, XX, da CF/1988, determina a proteção do mercado de trabalho da mulher e (iv) o art. 227 da CF/1988 afirma o princípio do melhor interesse da criança. Todos esses fatores convergem no sentido de que se deve estimular que os pais dividam de maneira igualitária com as mães o trabalho de cuidado com os filhos.

47. Reconhecida a mora legislativa, questiona-se o modo pelo qual deve ser sanada a omissão.

48. A jurisprudência do STF, tanto em mandado de injunção como em ação direta de inconstitucionalidade por omissão, evoluiu quanto aos efeitos de suas decisões. Permite-se à Corte não apenas reconhecer a mora e dar ciência ao órgão competente, mas também a fixação de prazo razoável ao legislador ( v.g. ADI 3.682, rel. Min. Gilmar Mendes, j. em 09.05.2007) e a definição de um regramento provisório para evitar que a omissão inconstitucionalidade paralise a eficácia de normas constitucionais ( v.g. ADO 26, rel. Min. Celso de Mello, e MI 4.733, rel. Min. Edson Fachin, j. em 13.06.2019. Na hipótese, após quase 35 (trinta e cinco) anos da promulgação da Constituição, a licença-paternidade continua sendo regulada pela regra provisória do ADCT. A aplicação da literalidade do § 2º do art. 103 da Constituição é insuficiente para a tutela objetiva do ordenamento constitucional como um todo e, em específico, para a concretização da igualdade de gênero, a proteção do mercado de trabalho da mulher, a paternidade responsável e o melhor interesse da criança (arts. 5º, I, 7º, XX, 226 e 227 da CF/88).

49. Nesse cenário, em primeiro lugar, reconheço a omissão inconstitucional e, conseqüentemente, o dever de legislar a respeito da licença-paternidade dentro das balizas fixadas pela Constituição de 1988.

50. Em segundo lugar, fixo o prazo máximo de dezoito meses para que o Congresso Nacional discipline a matéria. Tendo em vista que a mora se estende por mais de três décadas, é preciso fixar uma data limite para a atuação do legislador. Ressalto que a questão possui impacto previdenciário relevante, já que, atualmente, o salário-maternidade é custeado pela Previdência Social. Cabe, portanto, ao legislador equacionar a questão relativa à fonte de custeio, sendo possível vislumbrar modelos alternativos ao atual. O relevante é que se tenha claro que se trata de uma questão de gênero com impactos previdenciários e não de uma questão previdenciária com impacto de gênero.

51. Consoante relatado, o Min. Edson Fachin propôs fixar o prazo de 18 meses para edição da norma pelo Congresso Nacional, bem como equiparar, desde já, o direito à licença-paternidade à licença-maternidade

até que sobrevenha a regulamentação. Já o Ministro Dias Toffoli abriu divergência parcial apenas para deixar de estabelecer uma solução normativa, em deferência à norma provisória fixada pela Carta de 88 no ADCT, no que foi acompanhado pelo Min. Gilmar Mendes.

52. Entendo que é o caso de adotar uma solução intermediária, que estabeleça um diálogo com o Congresso Nacional. Por um lado, em prestígio à solução temporária adotada pelo legislador constituinte, não é prudente estabelecer, antes do fim do prazo assinalado, o regramento aplicável. Por outro lado, dado o elevado valor axiológico dos princípios violados no caso e a gravidade do impacto da inércia legislativa na vida das famílias, é insuficiente a mera declaração de existência da omissão, com a constituição do Poder Legislativo federal em mora para saná-la.

53. Desse modo, caso a mora inconstitucional não seja sanada dentro do prazo de dezoito meses, entendo que a consequência deve ser a imediata equiparação, no que couber, entre os prazos das licenças maternidade e paternidade.

54. Por fim, é preciso reconhecer que a margem de discricionariedade do legislador ordinário na regulamentação da licença-paternidade é limitada pelas diretrizes constitucionais, em especial a necessidade de que o prazo estabelecido seja efetivo para realizar a igualdade de gênero (art. 5º, I, CF/88), e para o cumprimento dos deveres constitucionais de proteção familiar e à infância (arts. 6º, 7º, XX, 203, 226, 227 e 229 CF/88). Caso o legislador produza regra compatível com essas balizas, deve ser adotada postura de maior deferência à opção legislativa.

#### IV. Conclusão

55. Diante do exposto, **voto 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**.

É como voto.

*Plenário Virtual - minuta de voto - 29/09/2023*

## 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](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 25/09/2023

## 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 vênua 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<sup>a</sup> 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<sup>a</sup>, 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 .**

## Voto-vista divergente da Ministra Rosa Weber

Ação direta de inconstitucionalidade por omissão.

**Licença-paternidade** . Situação de lacuna técnica configurada. Direito fundamental dos trabalhadores rurais e urbanos (CF, art. 7º, XIX) e dos servidores públicos em geral (CF, art. 39, § 3º) **frustrado** em razão da injustificável **inércia** do Congresso Nacional. Duração mínima do período de licença — 05 (cinco) dias — estipulada em norma de caráter eminentemente transitório, destinada a vigor apenas temporariamente, somente até a edição da faltante lei ordinária exigida pelo texto constitucional (ADCT, art. 10, § 3º). Omissão congressional na atualização do regime da licença-paternidade insuscetível de ser saneada pela adoção, pura e simples, do parâmetro temporal provisoriamente definido há quase 35 (trinta e cinco) anos atrás. **Garantia constitucional dos trabalhadores vinculada à tutela integral dos direitos da criança na primeira infância** (CF, art. 227, *caput*), **ao respeito à igualdade de direitos e deveres entre homens e mulheres** (CF, art. 5º, I) e **à salvaguarda da mulher contra as estruturas sociais e jurídicas discriminatórias e obstativas do desenvolvimento integral de suas capacidades** (CF, art. 3º, IV). Pedido conhecido e julgado procedente.

1. Insurge-se a autora contra a **inércia** do Congresso Nacional em regulamentar a licença-paternidade prevista no art. 7º, XIX, da Constituição Federal.

2. A lacuna técnica existente não pode ser colmatada pela aplicação do **parâmetro mínimo** previsto nas disposições constitucionais transitórias — prazo de 05 (cinco) dias de licença-paternidade (ADCT, art. 10, § 1º). **Primeiro** , porque a norma em questão, por sua própria natureza, reveste-se de inequívoco **conteúdo transitório** , não se prestando à regulamentação permanente do instituto da licença-paternidade. **Segundo** , porque tal parâmetro, estabelecido provisoriamente **há quase 35 (trinta e cinco) anos**

**atrás, não se harmoniza com os valores da nova ordem social**, baseada na **igualdade** entre homens e mulheres (CF, art. 5º, I), no ideal de construção de uma sociedade **justa, livre e solidária**, livre de todas as formas de **discriminação** (CF, art. 3º, IV) e no reconhecimento das relações familiares como ambiente para a realização da **dignidade da pessoa humana** e da **busca da felicidade** (família eudemonista).

2. A licença-paternidade é garantia dos trabalhadores vinculada à **proteção da criança recém-nascida**, no estágio da primeira infância (CF, art. 227, *caput*), em que são formados **laços emocionais e afetivos profundos** com os pais, essenciais ao desenvolvimento integral do ser humano, notadamente de sua personalidade, caráter e capacidade de aprendizado.

3. É necessário reconhecer, no entanto, que o sistema de licenças parentais dissociadas entre sexos (licença-maternidade vs. licença-paternidade) perpetua situações de opressão às mulheres relacionadas aos estereótipos de gênero associados à maternidade.

4. Nesse sentido, a estipulação de prazo reduzido para a licença do homem faz recair sobre a mulher uma carga excessiva de responsabilidade em relação aos cuidados com o recém-nascido, perpetuando estruturas sociais e jurídicas discriminatórias **incompatíveis** com a igualdade de direitos entre homens e mulheres (CF, art. 5º, I), **inconciliáveis** com os valores de uma sociedade democrática e igualitária, livre de toda forma de discriminação (CF, art. 3º), **conflitantes** com a solidariedade e reciprocidade de direitos e deveres entre os pais (CF, art. 229) e **avessas** ao primado do livre planejamento familiar e à paternidade responsável (CF, art. 227, § 3º), tudo a perpetuar a discriminação de gênero e a desigualdade de direitos entre homens e mulheres.

5. Ação direta julgada **procedente** , para **declarar** a mora legislativa do Congresso Nacional e **assinar** ao Poder Legislativo da União o prazo de 18 (dezoito) meses para sanar a omissão, **determinando** , ainda, enquanto não sobrevier a legislação faltante, **seja equiparada** a licença-paternidade, no que couber, à licença-maternidade.

**A Senhora Ministra Rosa Weber:** 1. Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade por omissão ajuizada pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde (CNTS) visando a colmatar a lacuna legislativa decorrente da inércia dos órgãos legislativos da União em regulamentar a licença-paternidade prevista no art. 7º, XIX, da Constituição Federal.

O dispositivo constitucional invocado como paradigma possui a seguinte redação:

“Constituição Federal de 1988

.....  
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 ;**“

2. Quanto aos fundamentos do pedido e ao conteúdo das manifestações produzidas nos autos, reporto-me ao bem lançado relatório da lavra do eminente Relator, Ministro Marco Aurélio.

3. Cabe rememorar que o julgamento em causa teve início na sessão do Plenário Virtual de 30.10.2020, com o voto do eminente Relator no sentido da **improcedência** do pedido, ao fundamento da inexistência de lacuna legislativa, diante da previsão contida no art. 10, § 1º, da Constituição, segundo a qual, enquanto não sobrevier a lei exigida pelo art. 7º, XIX, da Constituição, **o prazo da licença-paternidade será de 05 (cinco) dias** .

Transcrevo o teor do dispositivo referido:

“ADCT

.....  
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.”

4. **Foi inaugurada a divergência** pelo voto do Ministro Edson Fachin, que — enfatizando a essencialidade da licença-paternidade como instrumento de concretização da proteção constitucional à família (CF, art. 226), à infância (CF, art. 6º e 203) e à igualdade entre homens e mulheres (CF, art. 5º, I) — reconhece o estado de mora inconstitucional e julga procedente o pedido, *“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 ”* .

5. Na sequência, **surgiu uma nova posição , também divergente** , manifestada no voto do Ministro Dias Toffoli e acompanhada pelo Ministro Gilmar Mendes, 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 ”** .*

6. **Interrompido** o julgamento em razão do pedido de vista formulado pelo Ministro Luís Roberto Barroso, **retomou-se** a apreciação da matéria na sessão do Plenário Virtual de 30.6.2023, na qual o eminente vistor lançou voto pela **procedência** do pedido, *“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”* .

7. Naquela mesma sessão, votou ainda a Ministra Cármen Lúcia, **acompanhando** o Ministro Edson Fachin.

8. Logo após, diante do relevo constitucional do tema em exame, pedi vista dos autos e ora apresento voto pelo qual, desde já adianto, rogando vênua ao eminente Relator, julgo **procedente** o pedido, embora propondo solução diversa daquelas apresentadas até o momento.



9. Feitas essas breves considerações e reconhecendo a presença dos pressupostos formais de admissibilidade, **aprecio o pedido** .

#### **Omissão inconstitucional na regulamentação da licença-paternidade (CF, art. 7º, XIX)**

10. Como dito, embora o direito à licença-paternidade seja constitucionalmente reconhecido tanto em favor dos servidores públicos quanto dos trabalhadores em geral (CF, art. 7º, XIX), a Assembleia Constituinte, no entanto, **delegou ao legislador ordinário** o dever de fixar, **mediante lei** , o conteúdo deste direito fundamental.

11. Vislumbrando a possibilidade dessa regulamentação demorar a ser positivada, o legislador constituinte estabeleceu, desde logo, um parâmetro mínimo a ser observado **provisoriamente** , correspondente ao prazo mínimo de 05 (cinco) dias de licença-paternidade (ADCT, art. 10, § 1º), até que sobrevenha a legislação ordinária exigida pelo texto constitucional.

12. Diante da existência dessa previsão normativa transitória, alega-se que a norma invocada como paradigma de controle seria autoaplicável, afastando a possibilidade de caracterização de omissão legislativa do Congresso Nacional.

13. Nada colhe tal argumento. **Em primeiro lugar** , a previsão inscrita no ADCT, por sua própria natureza, reveste-se de inequívoco **conteúdo transitório** , não se prestando à regulamentação permanente do instituto da licença-paternidade. Isso decorre não apenas dos próprios termos do art. 7º, XIX, cujo teor **reivindica a edição de lei ordinária** para a sua integração normativa; como também da própria redação do art. 10, § 1º, do ADCT, que, além de destacar o caráter provisório daquela disposição, enfatiza, ainda, a regulamentação futura da questão mediante lei ordinária ( *“até que a lei venha a disciplinar”* ).

14. **Em segundo lugar** , é necessário destacar que a Constituição Federal de 1988 fundou uma nova ordem social baseada na igualdade entre homens e mulheres, na construção de uma sociedade justa, livre e solidária, e na família como instrumento de busca da felicidade e de realização da dignidade humana.

Isso significa a **ruptura** com os valores do passado, fundados no ideal de família **patriarcal** (chefiada pelo *pater familias* ), centralizada no instituto do

**casamento** (pelo qual se conferia legitimidade à filiação), organizada com base em **papéis de gênero** definidos (estruturada em torno do homem provedor e da mulher dona de casa) e constituída pelo modelo de reprodução **biológica** (relação paternal exclusivamente sanguínea).

A nova ordem constitucional reconfigurou a família com base no primado da dignidade da pessoa humana (CF, art. 1º, III); da igualdade entre homens e mulheres (CF, art. 5º, I); e do primado da defesa dos interesses da criança e do adolescente (CF, art. 227).

Daí o novo direito das famílias estruturado com base na primazia das relações de **afeto** e nos laços de **solidariedade**, visando à proteção de todo tipo de organização familiar fundado na convivência socioafetiva.

Nesse sentido, o novo modelo familiar é **pluralizado**, compreendendo não apenas a tradicional **família heteroparental** (pai e mãe cisgêneros), mas também as **famílias homo e transparentais** (paternalidade decorrente de uniões homoafetivas ou de casais transgêneros), **monoparentais** (família fundada entre pai ou mãe solteiros ou viúvos e seus filhos) **ou anaparentais** (entre irmãos ou parentes próximos sem vínculo de ascendência ou descendência entre si).

É baseada na organização **democrática** e **igualitária**, pois o planejamento familiar é de livre decisão do casal (CF, art. 226, § 7º) e a direção da sociedade conjugal exercida, em colaboração, por ambos os cônjuges ou companheiros, sempre no interesse do casal e dos filhos (CC, art. 1.567).

Já não se cogita mais, portanto, da figura arcaica do *pater familias* ou dos **papéis de gênero** reservados *ao homem provedor do lar e à mulher dona de casa*. Sob a égide da nova ordem constitucional, prevalece o **primado da solidariedade** entre os cônjuges e companheiros, pais e mães, especialmente no tocante à criação, à educação, à proteção e à formação emocional da criança e do adolescente, em conformidade com o novo modelo constitucional de família eudemonista, “*caracterizada pela busca da felicidade pessoal e solidária de cada um de seus membros*” (Cristiano Chaves de Farias, Felipe Braga Netto e Nelson Rosenvald. *Manual de Direito Civil*. p. 1.176, 5ª ed. JusPodivm. 2020).

15. Diante desse novo paradigma, a tutela normativa das diversas formas pelas quais a parentalidade pode se manifestar **já não se coaduna**

**mais com o regime dicotômico** existente baseado na licença à gestante de 120 (cento e vinte) dias (CF, art. 7º, XVIII) e na licença-paternidade de 05 (cinco) dias (CF, art. 7º, XIX, c/c o ADCT, art. 10, § 1º).

Esse antiquado modelo voltado apenas à tutela dos direitos “da gestante”, **além de reforçar esteriótipos de gênero**, é incapaz de atender às necessidades específicas da primeira infância, privando o recém-nascido das experiências essenciais à formação dos laços de afinidade com seus pais e familiares.

16. **Com base nessas premissas**, reconheço a necessidade de superação da lacuna legislativa existente no tocante à regulamentação da licença-paternidade.

Para esse efeito, é preciso considerar tanto a necessidade de tutela integral da criança na primeira infância quanto a de superação dos esteriótipos de gênero envolvendo os papéis socialmente reservados às mulheres mães.

Isso significa, **em primeiro lugar**, definir o prazo de duração da licença-paternidade em termos compatíveis com as necessidades afetivas e materiais do recém-nascido; **em segundo lugar**, superar os efeitos prejudiciais do sistema de licenças parentais dissociadas entre sexos, naquilo em que perpetua a discriminação de gêneros e a desigualdade entre homens e mulheres.

### **Licença-paternidade e tutela integral da criança na primeira infância**

17. É conhecido como primeira infância o período entre o nascimento e os 06 (seis) anos de vida da criança, **essencial para o desenvolvimento físico e emocional da criança**, especialmente pela formação de laços profundos com os pais e a família, assim como pela aquisição de e o desenvolvimento de habilidades sociais fundamentais à vida.

Na exposição de motivos da Lei nº 13.257/2016 (Marco Legal da Primeira Infância), destacaram-se as diversas razões científicas e de justiça social justificadoras do especial cuidado com a primeira infância:

O avanço da neurociência na pesquisa sobre a formação do cérebro e a aprendizagem corrobora e expande o conhecimento que outras ciências – psicologia, pedagogia, psicanálise, medicina,

sociologia da infância, nutrição, entre outras - já haviam revelado sobre a importância dos primeiros anos de vida. **Há coincidência entre as várias ciências de que a primeira infância é a idade crucial para um começo sólido e para expandir as possibilidades de desenvolvimento humano** . Esse período da vida vem ganhando, por isso, destaque no mundo inteiro, como tempo estratégico na formação da pessoa cidadã, e estratégico, igualmente, para o desenvolvimento social e econômico de um país.

Extraio do relatório elaborado pela Frente Parlamentar Mista da Primeira Infância (Family Talks – Licença Parental, p 18-19) os aspectos essenciais da primeira infância e sua importância da formação emocional da criança:

“A primeira infância é um período, que vai dos 0 aos 6 anos da vida de uma criança, crucial para a aquisição e o desenvolvimento de habilidades que serão utilizadas ao longo da vida do indivíduo, visto que representa: (i) a fase em que atravessam o mais rápido crescimento e mudança de todo seu ciclo vital em termos 19 de amadurecimento do corpo e do sistema nervoso, da mobilidade crescente, de sua capacidade de comunicação e aptidões intelectuais, de mudanças de interesses e atitudes; (ii) o período de criação de vínculos emocionais fortes com seus pais ou outros cuidadores, de quem precisam receber cuidados, atenção, orientação e proteção, que devem ser oferecidas de maneira respeitosa à sua individualidade e às suas crescentes capacidades; (iii) a base de sua saúde física e mental, de sua segurança emocional, de sua identidade cultural e pessoal e do desenvolvimento de suas aptidões.

Uma das características da primeira infância é a dependência total do indivíduo em relação aos genitores, ou ao cuidado de outros adultos que sejam responsáveis por ele, tendo em vista a necessidade de alimentação, higiene básica, cuidados em geral, bem como estímulos e satisfação de demandas afetivas. Por essa razão, a presença dos genitores, nesse período, é fundamental para proporcionar segurança e tranquilidade em um ambiente estável, em que os adultos possam se concentrar integralmente no cuidado da criança.”

18. O reconhecimento da importância da companhia paternal nos primeiros meses de vida do recém-nascido levou o Congresso Nacional a editar o **Marco Legal da Primeira Infância** (Lei nº 13.257/2016), promovendo a ampliação do tempo de permanência dos pais com o recém-nascido.

19. Para esse fim, modificaram-se as regras do **programa Empresa Cidadã** — criado em 2008 como forma de viabilizar a prorrogação licença-maternidade mediante concessão de incentivo fiscal às empresas aderentes (Lei nº 11.770/2008) —, estendendo-se em 60 (sessenta) dias o prazo da licença-maternidade (de 120 para 180 dias) e em 15 (quinze) dias a licença-paternidade (de 05 para 20 dias). Transcrevo, no ponto, o teor da modificação legislativa:

**Lei nº 13.257/2016**

.....  
**Art. 38** . Os arts. 1º, 3º, 4º e 5º da Lei nº 11.770, de 9 de setembro de 2008, passam a vigorar com as seguintes alterações:

Art. 1º É instituído o Programa Empresa Cidadã, destinado a prorrogar:

I - por 60 (sessenta) dias a duração da licença-maternidade prevista no inciso XVIII do caput do art. 7º da Constituição Federal;

II - por 15 (quinze) dias a duração da licença-paternidade, nos termos desta Lei, além dos 5 (cinco) dias estabelecidos no § 1º do art. 10 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.”

19. Esses mesmos direitos foram estendidos **também aos servidores públicos federais**, por meio do Programa de Prorrogação da Licença Paternidade do Poder Executivo da União (Decreto 8.737/2016).

20. É digno de nota que, embora consubstanciando significativo avanço social, **tais medidas beneficiaram apenas uma parcela bastante reduzida da população**, restrita ao universo dos servidores públicos da União e aos empregados vinculados às empresas que aderiram, voluntariamente, ao programa Empresa Cidadã.

São medidas, por isso mesmo, insuscetíveis de sanarem, adequadamente, a lacuna legislativa existente. É que a enorme diferença de duração entre a licença-paternidade destinada apenas aos homens (20 dias) e a licença-maternidade reservada às mulheres (120 dias) reforça as barreiras sociojurídicas à igualdade entre homens e mulheres.

Com efeito, conquanto o prazo estendido de licença-paternidade, ampliado em até 15 (quinze) dias, favoreça a participação efetiva dos pais nas tarefas de cuidado com o recém-nascido, **ainda assim a grande diferença entre o tempo de licença da mãe e do pai contribui para reforçar**

**os papéis sociais de gênero associados à maternidade** , culminando por constringer as mulheres mães a abandonarem a vida profissional para se adequarem a essa realidade.

### **Autonomia do casal e superação dos estereótipos de gênero**

21. É necessário reconhecer, portanto, que o **sistema de licenças parentais dissociadas entre sexos** perpetua o modelo patriarcal, hierarquizado e estereotipado de relações familiares, baseado na desigualdade entre homens e mulheres.

Exatamente por isso o *quantum* da licença-paternidade foi fixado **em norma transitória** (ADCT, art. 10, § 1º), visando a perdurar apenas pelo tempo suficiente à adequação das estruturas sociais patriarcais aos ideais da nova ordem constitucional democrática e igualitária.

22. Nesse sentido, a Constituição Federal consagrou a proteção à família (CF, art. 226), à maternidade e à infância (CF, art. 6º), à criança e ao adolescente (CF, art. 227) **estruturada sob o fio condutor** da dignidade da pessoa humana (CF, art. 1º, III), da promoção da igualdade entre homens e mulheres (CF, art. 5º, I) e da eliminação de todas as formas de discriminação (CF, art. 3º).

23. **A transição exigida pelo texto constitucional** , contudo, **jamais ocorreu** . Ainda vige, até hoje, a sistemática fundada em estereótipos de gênero, segundo a qual os papéis domésticos são todos reservados à mãe. Na realidade, a atual sistemática da licença-paternidade contribui enormemente para a **perpetuação dos papéis de gênero** associados à superioridade masculina e à subordinação feminina.

24. Sob tal aspecto, é de reconhecer a fundamental importância do instituto da licença-paternidade na tarefa de **aproximar as realidades do pai e da mãe** , viabilizando a **divisão de responsabilidades** e o **compartilhamento de cuidados** com o recém-nascido.

É nesse sentido que o texto constitucional afirma a **responsabilidade solidária e recíproca** de ambos os pais na criação, assistência e educação da criança (CF, art. 229). Trata-se de postulado consagrador da igualdade entre o homem e a mulher no âmbito das relações familiares e afetivas.

Igualmente os princípios do planejamento familiar **mediante livre decisão do casal** e da **paternidade responsável** (CF, art. 226, § 7º) reafirmam

o caráter solidário das relações familiares e a estrutura democrática e igualitária da organização familiar contemporânea.

25. Em conformidade com esses princípios, muitas das barreiras à igualdade de gênero nas relações familiares **têm sido superadas**, seja pelo Congresso Nacional, seja pela jurisprudência desta Corte.

Com efeito, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal responsável pela superação da distinção entre os direitos decorrentes da **maternidade biológica e da maternidade socioafetiva**, ao equiparar os efeitos da licença-maternidade e licença-adoptante, fazendo prevalecer o primado do melhor interesse da criança ( **RE 778.899**, Rel. Min. Roberto Barroso, Pleno, j. 10.3.2016; **ADI 6.603**, Rel. Min. Rosa Weber, Pleno, j. 14.9.2022). Posteriormente, **o direito à licença-adoptante foi reconhecido também ao pai solteiro, nas mesmas condições desfrutadas pelas mães**, novamente com fundamento na tutela integral dos direitos e interesses do recém-nascido ( **RE 1.348.854**, Rel. Min. Alexandre de Moraes, Pleno, j. 15.5.2022).

26. **Na esfera administrativa**, vigora no âmbito da Administração Pública Federal a Nota Técnica SEI nº 18585/2021, segundo a qual o direito de licença-maternidade será deferido a integrante de **casal homoafetivo**, preferencialmente à parturiente, sem prejuízo de formulação de pedido administrativo em sentido diverso, vedada apenas a percepção cumulativa do mesmo benefício por ambos os cônjuges ou companheiros.

Em poucas palavras, é dizer que na esfera da Administração Pública Federal é possível que os parceiros homoafetivos decidam entre si qual dos dois gozará do benefício da licença-maternidade ou da licença paternidade, vedada apenas a percepção simultânea de idêntico benefício pelo casal (duas licenças-maternidades), sendo que, na ausência de manifestação quanto à escolha, a licença-maternidade será concedida preferencialmente à parturiente, quando houver.

27. Também a Lei nº 14.417/2022 deu novo passo no sentido de harmonizar os direitos/responsabilidades dos pais ao viabilizar o **compartilhamento entre o casal** do prazo de 60 (sessenta) dias de extensão da licença-maternidade, mediante decisão conjunta do casal (Lei nº 11.770/2008, art. 1º, § 3º, incluído pela Lei nº 14.417/2022).

28. Como se vê, tanto as novíssimas reformas legislativas quanto às recentes decisões desta Corte **convergem entre si** no sentido de buscarem a compatibilização da licença-paternidade com a tarefa de construir uma sociedade democrática e igualitária entre homens e mulheres, em que o

papeis de gênero associados à maternidade não ampliem ainda mais as barreiras sociais e jurídicas à concretização dos direitos das mulheres.

29. Vê-se, daí, que o modelo de licença-paternidade reduzido faz recair sobre a mulher uma carga excessiva de responsabilidade em relação aos cuidados com o recém-nascido, reforçando esteriótipos de gênero **incompatíveis** com a igualdade de direitos entre homens e mulheres (CF, art. 5º, I), **inconciliáveis** com os valores de uma sociedade democrática e igualitária, livre de toda forma de discriminação (CF, art. 3º), **conflitantes** com a solidariedade e reciprocidade de direitos e deveres entre os pais (CF, art. 229) e **avessos** ao primado do livre planejamento familiar e à paternidade responsável (CF, art. 227, § 3º), **tudo a perpetuar a discriminação de gênero e a desigualdade de direitos entre homens e mulheres**.

30. Ante o exposto, pedindo vênia ao eminente Relator, **conheço** da ação direta e, no mérito, acompanhando o eminente Ministro Edson Fachin, **julgo procedente** o pedido, para **declarar** a mora legislativa do Congresso Nacional e **assinar** ao Poder Legislativo da União o prazo de 18 (dezoito) meses para sanar a omissão, **determinando**, ainda, enquanto não sobrevier a legislação faltante, **seja equiparada** a licença-paternidade, no que couber, à licença-maternidade.

**É como voto**.

Plenário Virtual - ministro os voto - 29/05/2023