

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. Acompanho 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 - 30/06/2023