

AÇÕES DIRETAS DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO E DIREITOS FUNDAMENTAIS TRABALHISTAS: ESTUDO SOBRE A JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Amanda Guimarães Poderoso David¹

Dirley da Cunha Júnior²

Roberto da Cruz David³

RESUMO

O presente trabalho pretende analisar a propositura de Ações Diretas de Inconstitucionalidade por Omissão perante o Supremo Tribunal Federal relativas à pretendida regulamentação dos direitos fundamentais trabalhistas estabelecidos no artigo 7º da Constituição da República por meio de normas constitucionais de eficácia limitada. O método adotado consiste na análise das manifestações processuais referentes às ações propostas, a partir do suporte teórico adotado, relacionado à inconstitucionalidade por omissão. Resulta da pesquisa a conclusão de que o padrão decisório adotado pelo Supremo Tribunal Federal permite antever o estabelecimento, como regra, pela Corte de prazo razoável para que o Congresso Nacional, instância que goza de legitimidade democrática popular, regulamente a matéria, sob pena de, mantido o estado de omissão inconstitucional a inviabilizar o exercício de tais direitos pelas(os) trabalhadoras(es), regulamentação pela Corte Suprema. O estudo guarda relação com a pesquisa acerca da Jurisdição Constitucional, com especial enfoque para a noção da força normativa da Constituição.

Palavras-chave: Jurisdição Constitucional. Normas Constitucionais de Eficácia Limitada. Inconstitucionalidade por Omissão. Direitos Fundamentais Trabalhistas. Controle judicial.

¹ Advogada. Bacharela em Direito pela Universidade Tiradentes de Sergipe. Especialista em Direitos Humanos.

² Juiz Federal. Mestre em Direito Econômico pela Universidade Federal da Bahia. Doutor em Direito Constitucional pela PUC-SP. Pós-Doutor em Direito Constitucional pela Universidade de Lisboa/Portugal. Professor Adjunto de Direito Constitucional da Universidade Federal da Bahia

³ Advogado. Especialista em Direitos Humanos. Mestre e Doutorando em Direito pela Universidade Federal da Bahia.

1 INTRODUÇÃO

Fruto do encontro de interesses diversos, não raro colidentes, entre capital e trabalho, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 buscou estabelecer pontos de encontro entre tais interesses.

Não por acaso, já no seu Art. 1º, estabelece o texto constitucional os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa como fundamentos da república brasileira reunidos num mesmo inciso, a indicar a necessidade de convivência desses interesses numa sociedade capitalista que pretende, por meio de uma constituição dirigente, implementar um Estado de bem estar social, a incluir a proteção de direitos fundamentais trabalhistas.

Esse propósito conciliatório, resultante em última análise das circunstâncias em que elaborada a Constituição de 1988, como fruto do processo de redemocratização do país após mais de duas décadas de ditadura militar, também se faz presente na declaração de uma série de direitos fundamentais das trabalhadoras e dos trabalhadores urbanos e rurais no seu Art. 7º com a adoção da técnica das normas constitucionais de eficácia limitada.⁴

Assim, de um lado, restavam declaradas e abrangidas pela cláusula de imutabilidade plasmada no Art. 60, §4º do texto constitucional proteções tidas como inafastáveis para o ingresso definitivo do Estado brasileiro na modernidade e, de outro, restavam postergadas e atribuídas ao legislador constituído as regulamentações específicas de tais direitos.

Acontece que, passados mais de 35 anos da promulgação do texto constitucional, muitas dessas previsões restam carentes de regulamentação pelo Congresso Nacional, a inviabilizar em maior ou menor medida o efetivo exercício de tais direitos por seus titulares. A respeito da efetividade dos direitos fundamentais

⁴ Não se desconsidera, ao contrário a elas se adere expressamente, as ideias constantes de estudos acerca do desenvolvimento contemporâneo da racionalidade neoliberal, a conduzir, especialmente em países da periferia do capitalismo, a referida promessa de implementação de um Estado de bem estar social em nada além de simbologia, sem impacto social relevante. Por todos, DARDOT, Pierre; LAVAL, Christian. **A nova razão do mundo: ensaio sobre a sociedade neoliberal**. Trad. Mariana Echalar. 1ª ed. São Paulo: Boitempo, 2016.

trabalhistas, com suporte numa teoria crítica dos Direitos Humanos, colhe-se na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal manifestação do Ministro Luiz Edson Fachin, anunciada em voto divergente no julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF 501.⁵

É nesse panorama que têm sido propostas nos últimos anos pela Procuradoria Geral da República Ações Diretas de Inconstitucionalidade por Omissão em que suscitada a violação, por inércia, dos mandamentos constitucionais definidores de tais direitos.

Essas ações representam, nesse sentido, o objeto de análise do presente estudo. Nada obstante versem sobre direitos diversos, admitindo, portanto, variações decorrentes de tais especificidades em suas análises, essas ações guardam similitude no essencial ao representarem um movimento de levada ao conhecimento e decisão do Supremo Tribunal Federal, em controle concentrado de constitucionalidade (com os efeitos que lhe são inerentes), do estado de inconstitucionalidade pela ausência de regulamentação dos direitos fundamentais trabalhistas previstos nesses dispositivos.

Para a adequada análise do problema proposto, cumpre sejam estudadas, como pressuposto, a tradicional conceituação das normas constitucionais a partir de sua eficácia (difundida no país pelo Professor José Afonso da Silva), bem como a já consolidada jurisprudência do Supremo Tribunal Federal acerca dos efeitos das

⁵ “Com esse propósito, as relações contratuais trabalhistas são informadas não apenas pela lei em sentido estrito e pela autonomia privada, mas por um conjunto de princípios constitucionais e legais e, também, pela jurisprudência trabalhista que as integram a partir da interpretação da realidade dos sujeitos e objetos concretos, i.e., às pessoas e aos seus comportamentos inseridos no mundo da vida em que tais relações acontecem. A crise efetiva do direito contemporâneo pode não tão somente acostar à fragilidade dos pilares da modernidade, passíveis de estarem fincados na universalidade do sujeito, no individualismo e na autonomia; pode, também, cunhar o esboroar da abstração, da racionalidade única e do primado da lei como fonte exclusiva do direito. A “carnalidade do direito”, termo cunhado pelo mestre e juiz constitucional italiano, Paolo Grossi, a quem rendo homenagem em virtude do seu recente passamento, demanda “elasticidade e factualidade” e uma nova consciência epistemológica: “[...] à velha dominação do texto e à velha passividade do intérprete se substitui a convicção de que o texto não é uma realidade auto-suficiente, mas sim incompleta e não acabada, que atingirá completude e plenitude somente graças a sua interpretação; a qual não se resolve somente numa operação cognoscitiva, mas é compreensão, no sentido de intermediação entre a mensagem do texto, alheio à história pela imobilização da escritura, e a atualidade do intérprete com o seu patrimônio de convicções adequadas à sua contemporaneidade” (GROSSI, Paolo. Primeira lição sobre Direito. Trad. Ricardo Marcelo Fonseca. Rio de Janeiro: 2005 p. 97-98).” BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF 501**. Relator Ministro Alexandre de Moraes. Disponível em <http://www.stf.jus.br>. Acesso em 13 mar. 2024.

decisões proferidas em controle concentrado de constitucionalidade em que reconhecida a violação do texto constitucional como consequência da inércia na regulamentação de direitos fundamentais nele previstos.

2 DIREITOS FUNDAMENTAIS PREVISTOS EM NORMAS CONSTITUCIONAIS DE EFICÁCIA LIMITADA E AS AÇÕES DIRETAS DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO RELATIVAS A DIREITOS FUNDAMENTAIS TRABALHISTAS

A tradicional classificação das normas constitucionais a partir de sua eficácia tem no Brasil como seu maior expoente o Professor José Afonso da Silva. Conforme seu magistério, tais normas são aquelas que traçam as diretrizes ou princípios estruturais de instituições, órgãos ou entidades, permitindo que o legislador ordinário, por meio de lei, os estruture⁶.

Versando sobre essa caracterização das normas constitucionais a partir de sua eficácia e partindo especificamente do suporte teórico fornecido pelo referido José Afonso da Silva, George Salomão Leite, atento à noção de força normativa da Constituição, reforça a aptidão para a geração de efeitos jurídicos presente em toda e qualquer norma constitucional⁷.

Representativa dessa eficácia de que gozam todas as normas constitucionais, tem-se que tais normas instituem situações jurídicas subjetivas, de vantagem ou desvantagem para seus respectivos destinatários, impondo ao legislador ordinário o

⁶ SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. 3a ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1998, p. 116.

⁷ “Em conclusão, sob o prisma da eficácia jurídica, para o autor inexistente norma constitucional desprovida da capacidade de produzir efeitos jurídicos. A partir do momento em que algo sai da esfera do ser e passa a compor o âmbito do dever-ser, do normativo, se torna suscetível de produzir eficácia jurídica. Razão maior há, diga-se de passagem, quando se trata de normas constitucionais, de elevado status jurídico.” LEITE, George Salomão. **Eficácia e aplicabilidade das normas constitucionais**. Brasília: Senado Federal. 2020. pp. 74/75.

dever de, por meio de outras normas jurídicas, lhes implementar ou desenvolver o conteúdo⁸.

Ou seja, segundo essa noção, normas constitucionais veiculadoras de direitos fundamentais, ainda que estruturadas sob o modelo de normas de eficácia limitada, a exigem a complementação do legislador constituído para que esteja implementada definitivamente sua concretude normativa, possuem o condão de por os seus respectivos destinatários em condições jurídicas de vantagem, representada pelo dever imposto ao legislador ordinário de regulamentação de seus termos.

Como reforço a essa noção de impositividade das disposições constitucionais veiculadas por meio de normas ditas de eficácia limitada, estabeleceu o legislador constituinte o mecanismo garantidor representado pela jurisdição constitucional especificamente dirigida a afastar os vícios de inconstitucionalidade decorrentes na inércia em implementar tais prescrições postas na Norma Fundamental.

Representativos desse sistema de jurisdição constitucional destinado a afastar as inconstitucionalidades por omissão são os instrumentos do Mandado de Injunção⁹ e da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão¹⁰. Enquanto aquele constitui medida concreta de implementação dos direitos fundamentais carentes de regulamentação infraconstitucional em condição de configuração como mora passível de ser suscitada pelo pretense titular do direito violado, a integrar o sistema de remédios constitucionais (componente, portanto, do sistema de controle difuso e concreto de constitucionalidade), essa seria dirigida à verificação em tese da existência de mora na regulamentação de disposições constitucionais (integrando,

⁸ LEITE, George Salomão. **Eficácia e aplicabilidade das normas constitucionais**. Brasília: Senado Federal. 2020. pp. 73/74.

⁹ “LXXI - conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania;”. BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil 05 de outubro de 1988**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em 05 mar. 2024.

¹⁰ “Art. 103, §2º Declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias;”. BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil 05 de outubro de 1988**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em 05 mar. 2024.

nesse sentido, o sistema de controle concentrado e abstrato de constitucionalidade, que possui, considerado como parâmetro a Constituição Federal, como órgão competente o Supremo Tribunal Federal)¹¹.

Inovações do texto Constitucional de 1988, tanto o Mandado de Injunção quanto a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão têm imposto ao Poder Judiciário e, em última análise, ao Supremo Tribunal Federal o desenvolvimento de jurisprudência especificamente dirigida às alegadas violações por omissão à Constituição¹².

Como se verá, na última quadra, tem a Suprema Corte adotado posicionamentos pautados na citada ideia de força normativa da constituição, imprimindo deveres concretos aos atores políticos envolvidos nas situações em que constata pelo Tribunal a ocorrência de mora violadora da Norma Fundamental.

Seja pela adoção da posição concretista geral em suas decisões em Mandado de Injunção¹³ (que não será abordada no presente estudo, ante o recorte temático assumido), seja pela utilização de elementos hermenêuticos aptos a dotar suas decisões em Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão de efeitos que se demonstrarão impositivos para os envolvidos na declarada mora inconstitucional, o fato é que a jurisprudência consolidada do Supremo Tribunal Federal não mais se

¹¹ “Cuida-se, a nosso ver, de uma *ação específica* vocacionada ao controle abstrato da constitucionalidade da omissão de medida necessária para tornar efetiva norma constitucional, a despeito de ter sido instituída em simples parágrafo de artigo que dispõe sobre a ação direta de inconstitucionalidade.” CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **O controle de constitucionalidade no Brasil e no Direito Comparado**. 11. Ed. São Paulo: Editora Juspodivm. 2022, p. 272.

¹² “Sob uma perspectiva histórica, o reconhecimento das omissões inconstitucionais deveu-se ao advento do Estado Social. Com efeito, com as Constituições Dirigentes, o Estado foi elevado a uma condição de maior responsável pela promoção do bem-estar social, a ele sendo confiadas múltiplas tarefas e atividades voltadas à realização dos fins sociais constitucionalmente estabelecidos. Visando garantir a realização destes fins, o que corresponde, em última análise, a assegurar a efetividade da Constituição Dirigente, a ordem jurídica viu-se compelida a instituir novas categorias jurídico-constitucionais. Cria-se, assim, a inconstitucionalidade por omissão, como uma sanção jurídico-constitucional dirigida aos órgãos do Estado pelo silêncio transgressor da Constituição e destinada a evitar a erosão da força normativa da Constituição Dirigente.” CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **O controle de constitucionalidade no Brasil e no Direito Comparado**. 11. Ed. São Paulo: Editora Juspodivm. 2022, p. 278.

¹³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **MI 708**. Relator Ministro Eros Grau. Disponível em <http://www.stf.jus.br>. Acesso em 05 mar. 2024.

limita à declaração de mora da autoridade responsável pela edição da regulamentação imposta pela Constituição¹⁴.

Países como Alemanha, Áustria, Itália e, mais recentemente, Espanha, Costa Rica e Hungria, apesar de não possuírem norma constitucional expressa que institua a inconstitucionalidade por omissão, têm, por meio de suas Cortes Constitucionais, logrado obter resultados muito semelhantes em face da adoção de técnicas de interpretação e integração, que resultam em sentenças criativas e aditivas. Assim, a partir da apreciação da inconstitucionalidade por ação, esses Tribunais realizam autêntico julgamento da inconstitucionalidade por omissão, isto é, não por aquilo que prescreve, mas sim por aquilo que não prescreve. E tais julgados têm, efetivamente, alcançado a concretização de preceitos constitucionais.¹⁵

É a partir desse suporte teórico, associado ao desenvolvimento jurisprudencial da matéria, que uma série de Ações Diretas de Inconstitucionalidade por Omissão tem sido proposta pela Procuradoria Geral da República tendo como objeto a recalcitrância dos poderes constituídos, em especial Congresso Nacional e Presidência da República, em regulamentarem em âmbito infraconstitucional direitos fundamentais trabalhistas previstos em grande medida no Art. 7º da Constituição.

Possuem esse objetivo as Ações Diretas de Inconstitucionalidade por Omissão de número: 74 (adicional de remuneração para atividades penosas, Art. 7º, XXIII), 77 (expropriação, para reforma agrária e de programas de habitação popular, das propriedades rurais e urbanas utilizadas para a exploração de trabalho escravo, Art. 243), 81 (edição de lei complementar federal para disciplinar o direito social dos trabalhadores urbanos e rurais à proteção da relação de emprego contra despedida

¹⁴ Versando sobre a posição tradicional do Supremo Tribunal Federal, assim se posiciona Dirley da Cunha Júnior: “Talvez seja o momento de o Supremo Tribunal Federal revendo sua posição, passar a adotar as técnicas de interpretação e integração, que resultam em sentenças criativas e aditivas, seguindo a linha de orientação dos Tribunais Constitucionais da Alemanha e da Itália, por exemplo. Nunca é tarde para udar. Somente a partir de uma revisão crítica de sua própria orientação, poderá o Supremo Tribunal Federal transformar a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, de sua atual posição de simples peça figurativa integrante de uma ordenação constitucional fragilizada, em efetivo instrumento de controle de constitucionalidade das omissões do poder público com fins verdadeiramente garantísticos em um sistema constitucional de normatividade plena, integral e eficaz.” CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **O controle de constitucionalidade no Brasil e no Direito Comparado**. 11. Ed. São Paulo: Editora Juspodivm. 2022, p. 304.

¹⁵ MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional, T. II**, Coimbra: Coimbra Editora. 2017, p. 511.

arbitrária ou sem justa causa, Art. 7º, I), 82 (dever de tipificar como crime a conduta de retenção dolosa do salário do trabalhador urbano e rural, Art. 7º, X), 83 (edição de lei federal para disciplinar o direito social à proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos, Art. 7º, XX) e 85 (edição de lei federal que discipline o direito social dos trabalhadores urbanos e rurais à participação na gestão da empresa, Art. 7º, XI).

3 O TRATAMENTO DADO AO TEMA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

De um modo geral, tais Ações Diretas de Inconstitucionalidade por Omissão se encontram em estágio inicial de tramitação. Adotado como regra o procedimento previsto no Art. 12 da Lei 9.868/99, nada obstante veiculados pedidos de concessão de medida cautelar pela Autora, têm os Ministros Relatores determinado a manifestação do Congresso Nacional, da Presidência da República, da Advocacia Geral da União e da Procuradoria Geral da República, a fim de que as matérias sejam submetidas diretamente ao Tribunal, para julgamento definitivo pelo colegiado¹⁶.

Ainda que não se pretenda realizar qualquer exercício de futurologia (o que seria de todo indesejável, especialmente em trabalho acadêmico), o conhecimento da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal permite antever com relativa segurança que a solução a ser dada a tais ações, ante o caráter prescritivo e impositivo das normas constitucionais adotadas como paradigma, deverá seguir o caminho trilhado pela Suprema Corte em casos análogos.

A título de exemplo, considerado inclusive o grau de complexidade da matéria posta a decisão, pode ser utilizada como referência a Ação Direta de

¹⁶ “Art. 12. Havendo pedido de medida cautelar, o relator, em face da relevância da matéria e de seu especial significado para a ordem social e a segurança jurídica, poderá, após a prestação das informações, no prazo de dez dias, e a manifestação do Advogado-Geral da União e do Procurador-Geral da República, sucessivamente, no prazo de cinco dias, submeter o processo diretamente ao Tribunal, que terá a faculdade de julgar definitivamente a ação.”. BRASIL. **Lei 9.868/99**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19868.htm. Acesso em 05 mar. 2024.

Inconstitucionalidade por Omissão nº 20, tendo como Requerente a Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde (CNTS), com decisão do Pleno do Tribunal publicada no dia 14.12.2023. A referida ADO nº 20 versa sobre o benefício de licença-paternidade previsto no Art. 7º, XIX, da Constituição Federal de 1988.

Como sabido, esse benefício se encontra previsto no Art. 10, §1º, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias nos seguintes termos: “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.”.

Como se percebe, e resulta da natureza mesma do diploma anexo ao texto permanente da Carta Magna, tal previsão possui declarada essência transitória. Estabeleceu o legislador constituinte originário prazo curto para a licença-paternidade, certo de que a regulamentação definitiva e mais adequada viria pela via da legislação ordinária, determinada pelo dispositivo provisório.

Apresentado voto pelo relator, Ministro Marco Aurélio Melo pela improcedência da ação, por não vislumbrar a alegada omissão, ante a existência de regulamentação constitucional da matéria, ainda que pela via transitória, restou aberta divergência pelo Ministro Luis Roberto Barroso no sentido de acolher o pleito formulado na ação para reconhecer a existência de lacuna normativa definitiva, não sendo apto o dispositivo constitucional referido a afastar tal vácuo normativo, justamente como decorrência de sua declarada transitoriedade.

Para além da existência do vazio normativo na espécie, o voto a inaugurar a divergência propunha o acolhimento dos argumentos postos na Petição Inicial no sentido de declaração de mora na regulamentação do benefício, bem como adotando a técnica de estabelecimento de prazo compreendido como razoável para que o Congresso Nacional, instância política adequada para o desenlace da questão posta, conclua o processo legislativo correspondente, regulando a matéria.

Conforme adotado em outros julgados dessa natureza, o voto divergente propôs a adoção do prazo de 18 meses como lapso razoável para a conclusão do processo legislativo específico.

A adoção dessa linha hermenêutica, como dito, comprometida com a efetividade da Constituição diante de omissões inconstitucionais na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem-se apresentado, aliás, já há algum tempo, como se pode ver do julgamento da ADI 3682/MT, ocorrido em 09.05.2007.¹⁷

Segundo a proposta indicada no voto no Ministro Luis Roberto Barroso, findo o prazo, caso a omissão persista, passaria a valer, no que couber, a equiparação entre os prazos das licenças maternidade e paternidade.

Em síntese, acolhida majoritariamente pelos demais Ministros a tese divergente oferecida pelo Ministro Luis Roberto Barroso, restaria estabelecida a tese de julgamento no sentido do reconhecimento da existência, na espécie, de omissão inconstitucional relativamente à edição da lei regulamentadora da licença paternidade, prevista no art. 7º, XIX, da Constituição. Além disso, restaria estabelecido o prazo de 18 meses para o Congresso Nacional sanar a omissão apontada. Por fim, não sobrevivendo a lei regulamentadora, estender-se-ia à licença paternidade o mesmo prazo previsto para a licença maternidade, que é de 120 dias (art. 7º, XVIII, da Constituição)¹⁸.

Incluído na pauta de julgamento virtual prevista para o período entre 29.09.2023 e 06.10.2023, restou lançada pelo Ministro Dias Toffoli nova divergência, dessa vez total em relação ao voto do relator e parcial em relação à divergência originária.

¹⁷ “O Tribunal, por maioria, rejeitou a preliminar de ilegitimidade ativa do Presidente da Assembléia Legislativa do Estado de Mato Grosso, vencidos os Senhores Ministros Marco Aurélio e Sepúlveda Pertence. Por unanimidade, o Tribunal julgou procedente ação para reconhecer a mora do Congresso Nacional, e, por maioria, estabeleceu o prazo de 18 (dezoito) meses para que este adote todas as providências legislativas ao cumprimento da norma constitucional imposta pelo artigo 18, § 4º, da Constituição Federal, nos termos do voto do Relator, vencidos os Senhores Ministros Marco Aurélio e Sepúlveda Pertence, que não fixavam prazo. Votou a Presidente, Ministra Ellen Gracie. Ausente, justificadamente, o Senhor Ministro Joaquim Barbosa.” Supremo Tribunal Federal. **ADI 3682/MT**. Plenário. Julgamento em: 09.05.2007. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2366425>. Acesso em: 12 mar. 2024.

¹⁸ “1. Existe omissão inconstitucional relativamente à edição da lei regulamentadora da licença paternidade, prevista no art. 7º, XIX, da Constituição. 2. Fica estabelecido o prazo de 18 meses para o Congresso Nacional sanar a omissão apontada. 3. Não sobrevivendo a lei regulamentadora, estende-se à licença paternidade o mesmo prazo previsto para a licença maternidade, que é de 120 dias (art. 7º, XVIII, da Constituição)”. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADO 20**. Redator do acórdão Ministro Edson Fachin. Disponível em <http://www.stf.jus.br>. Acesso em 05 mar. 2024.

Em alentado voto, discorreu o Ministro Dias Toffoli acerca da configuração contemporânea do conceito de família, diverso daquele vigente quando da promulgação do texto constitucional de 1988, considerado ainda, para além do interesse do trabalhador ao gozo do benefício, o interesse da criança, que goza, conforme expressa dicção constitucional, de absoluta prioridade¹⁹.

No essencial, ou seja, em relação ao reconhecimento judicial de existência de mora na regulamentação da matéria, bem como da necessidade de estabelecimento de prazo razoável para que o Congresso Nacional conclua o processo legislativo relativo ao tema (compreendido igualmente como adequado o prazo de 18 meses), a proposta do Ministro Dias Toffoli se alinha à divergência aberta pelo Ministro Luis Roberto Barroso e acompanhada pelo Ministro Edson Fachin.

O ponto fulcral acerca da divergência estabelecida entre esse novo voto e a divergência originária consiste no ponto em que proposta a previsão imediata pela Corte no sentido de que, não sobrevivendo a lei regulamentadora, estender-se-ia à licença paternidade o mesmo prazo previsto para a licença maternidade, de 120 dias, conforme Art. 7º, XVIII, da Constituição. Entedia o Ministro Dias Toffoli não

¹⁹ “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, inciso 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)...

A ausência de regulamentação do art. 7º, inciso 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 (adotante 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 estes ser 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...

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 a 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.” BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADO 20**. Redator do acórdão Ministro Edson Fachin. Disponível em [http:// www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br). Acesso em 05 mar. 2024.

caber ao Supremo Tribunal Federal o estabelecimento imediato de solução normativa aplicável ao caso. Conforme consta do voto apresentado, se compreende mais adequado à função de intérprete máximo 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 reavaliada²⁰.

Destacado o processo pelo Ministro Luis Roberto Barroso, seu julgamento restou levado ao Plenário presencial, incluído na pauta de julgamento do dia 14.12.2023. Na oportunidade, a tese suscitada pelo Ministro Dias Toffoli resultou acolhida majoritariamente pela Corte, inclusive pelo Ministro Edson Fachin, que já se manifestara previamente no sentido da divergência oferecida e que, portanto, restou designado redator para o acórdão, ainda pendente de publicação oficial, com tese de julgamento estabelecida²¹.

4 CONCLUSÃO

A disciplina de direitos fundamentais trabalhistas, ainda que não represente inovação absoluta na experiência constitucional brasileira, assume no texto vigente contornos jamais experimentados na história constitucional pátria. Nunca tantas condições jurídicas de vantagem restaram postas com condição de supremacia hierárquica (e sua conseqüente proteção reforçada, alçada a núcleo irredutível da Constituição) numa Constituição brasileira.

²⁰ “Está, portanto, configurada omissão inconstitucional quanto à regulamentação do disposto no art. 7º, inciso 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 constituinte no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. Não obstante, cabe a este 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 ele transcorra in albis.”. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADO 20**. Redator do acórdão Ministro Edson Fachin. Disponível em [http:// www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br). Acesso em 05 mar. 2024.

²¹ “1. Existe omissão inconstitucional relativamente à edição da lei regulamentadora da licença-paternidade, prevista no art. 7º, XIX, da Constituição. 2. Fica estabelecido o prazo de 18 meses para o Congresso Nacional sanar a omissão apontada, contados da publicação da ata de julgamento. 3. Não sobrevindo a lei regulamentadora no prazo acima estabelecido, caberá a este Tribunal fixar o período da licença paternidade”. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADO 20**. Redator do acórdão Ministro Edson Fachin. Disponível em [http:// www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br). Acesso em 05 mar. 2024.

Nesse sentido, atento aos conflitos naturalmente decorrentes da imbricação entre interesses do capital e do trabalho, o legislador constituinte originário houve por bem enunciar boa parte desses direitos (em sua grande maioria no Art. 7º da Constituição), adotando, no entanto, cláusula compromissória de regulamentação futura a cargo do legislador constituído. Assim, vários direitos resultantes de previsões constantes dos incisos desse Art. 7º, bem como de outros dispositivos constitucionais (a exemplo do Art. 243), demandam, para o pleno gozo das condições jurídicas de vantagem neles estabelecidas, a edição de leis regulamentadoras, configurando aquilo que na classificação de José Afonso da Silva se convencionou designar de norma constitucional de eficácia limitada.

Corolários da reforçada normatividade carecedora de complementação legislativa para tornar plenamente vigente a Constituição de 1988, o texto constitucional cuidou de adotar instrumental apto à sua efetivação. Foram assim criados, eles sim de modo inédito, os mecanismos do Mandado de Injunção e da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão.

Compreendido o recorte temático adotado no trabalho, o estudo das Ações Diretas de Inconstitucionalidade por Omissão que possuem como mérito os direitos fundamentais trabalhistas previstos sob a estrutura de normas constitucionais de eficácia limitada, a ensejar, portanto, interposição do legislador ordinário para a sua efetivação plena, apresenta material farto.

Essa amplitude de temas decorre em especial do relativamente recente reforço no oferecimento de Ações Diretas de Inconstitucionalidade por Omissão pela Procuradoria Geral da República acerca de tais direitos, a demandar do Supremo Tribunal Federal manifestação específica.

Restaram, assim, elencadas, por possuírem esse objetivo, as Ações Diretas de Inconstitucionalidade por Omissão de número: 74 (adicional de remuneração para atividades penosas, Art. 7º, XXIII), 77 (expropriação, para reforma agrária e de programas de habitação popular, das propriedades rurais e urbanas utilizadas para a exploração de trabalho escravo, Art. 243), 81 (edição de lei complementar federal para disciplinar o direito social dos trabalhadores urbanos e rurais à proteção da relação de emprego contra despedida arbitrária ou sem justa causa, Art. 7º, I), 82

(dever de tipificar como crime a conduta de retenção dolosa do salário do trabalhador urbano e rural, Art. 7º, X), 83 (edição de lei federal para disciplinar o direito social à proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos, Art. 7º, XX) e 85 (edição de lei federal que discipline o direito social dos trabalhadores urbanos e rurais à participação na gestão da empresa, Art. 7º, XI).

Ao contrário de buscar simples antecipação do julgamento de mérito a ser realizado pela Corte Suprema, se buscou na sua experiência jurisprudencial repertório capaz de lançar luzes acerca daquilo que se deve esperar do andamento dessas ações.

Adotado como paradigma, dada a similitude temática, a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 20 oferece substrato relevante a embasar o caminho que tende a ser trilhado pela Corte Suprema no julgamento dessas ações.

Passados mais de 35 anos da promulgação do texto constitucional de 1988, a efetiva existência de mora legislativa relativa à regulamentação dos direitos fundamentais trabalhistas elencados nas ações propostas pela Procuradoria Geral da República tende a ser reconhecida e associada à técnica de julgamento relacionada à declaração de inconstitucionalidade por omissão consistente no estabelecimento de prazo razoável para a conclusão pelo Congresso Nacional do correspondente processo legislativo, sob pena de oportuna e específica deliberação da Corte Suprema acerca do exercício dos direitos levados a seu conhecimento.

REFERÊNCIAS

BERCOVICI, G.. O estado de exceção econômico e a periferia do capitalismo. **Pensar**. Fortaleza, v. 11, fev. 2006, p. 95-99.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil 05 de outubro de 1988**.

Disponível

em:

https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm.

Acesso em 05 mar. 2024.

BRASIL. **Lei 9.868/99.** Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9868.htm. Acesso em 05 mar. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 3682/MT.** Plenário. Julgamento em: 09.05.2007. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2366425>. Acesso em: 12 mar. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADO 20.** Redator do acórdão Ministro Edson Fachin. Disponível em <http://www.stf.jus.br>. Acesso em 05 mar. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF 501.** Relator Ministro Alexandre de Moraes. Disponível em <http://www.stf.jus.br>. Acesso em 13 mar. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **MI 708.** Relator Ministro Eros Grau. Disponível em <http://www.stf.jus.br>. Acesso em 05 mar. 2024.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **O controle de constitucionalidade no Brasil e no Direito Comparado.** 11. Ed. São Paulo: Editora Juspodivm. 2022.

DARDOT, Pierre; LAVAL, Christian. **A nova razão do mundo: ensaio sobre a sociedade neoliberal.** Trad. Mariana Echalar. 1ª ed. São Paulo: Boitempo, 2016.

LEITE, George Salomão. **Eficácia e aplicabilidade das normas constitucionais.** Brasília: Senado Federal. 2020.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional, T. II.** Coimbra: Coimbra Editora. 2017.

RAMOS, André de Carvalho. **Curso de Direitos Humanos.** 8. ed. São Paulo: Saraiva Educação. 2021.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais.** 3a ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1998.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **A proteção internacional dos direitos humanos e o Brasil.** Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2000.

WOLKMER, Antônio Carlos. **Introdução ao Pensamento Jurídico Crítico.** 9. ed. São Paulo: Saraiva. 2015.