

# A licença-paternidade

FOLHA DE SÃO PAULO

OCTAVIO BUENO MAGANO

19 OUT 1988

“É impossível contentar-se todo mundo e seu pai.”  
(velho provérbio francês)

De todos os preceitos contidos na Constituição de 1988, talvez o mais castigado tenha sido o da licença-paternidade, entendendo-se como tal o direito do trabalhador de se ausentar do trabalho durante os cinco dias subsequentes ao nascimento de filho. Enquanto alguns apontaram esse direito como exemplo do espírito casuista do constituinte, outros caracterizaram a deliberação de o instituir como complexo de índio. A inovação, com certeza, não merecia tão acerbas críticas. As responsabilidades familiares constituem o tema da Convenção nº 156 e da Recomendação nº 165, da Organização Internacional do Trabalho, nas quais se contém a regra de que as mesmas responsabilidades devem ser divididas entre os cônjuges, a fim de que nenhum deles sofra discriminações. A ilustração mais significativa de aplicação prática das normas internacionais mencionadas depara-se na lei italiana 903, de 9 de dezembro de 1977, na qual se confere alternativamente aos dois genitores o direito de se ausentarem do trabalho para cuidar dos filhos. O indigitado preceito reflete, sem dúvida, a tendência doutrinária moderna, no sentido de rever o papel do homem no seio da família, de modo a permitir que os cônjuges conjuguem harmoniosamente a atividade profissional e as responsabilidades familiares. O que se quer é a superação da crença

contida neste refrão: “Os filhos absorvem as mães quando são pequenos e absorvem os pais quando são maiores.”

Mas se, pelas razões expostas, a inovação não merecia as investivas contra ela dirigidas, não se justifica, agora, o adoçamento de certas correntes de opinião em a dotar de eficácia plena e imediata.

Como se lê no artigo 59, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, o aparato da seguridade social só se tornar eficaz depois de compridas as seguintes fases: de seis meses, a partir de 5 de outubro de 1988, para a apresentação do respectivo programa de organização; de mais seis meses, a fim de ser tal programa apreciado no Congresso; e, finalmente, de 18 meses, para a sua implantação progressiva. É óbvio que se os apontados prazos dilatatórios se aplicam à seguridade, como um todo, o mesmo deve ocorrer relativamente a cada um dos institutos que a compõem: “specialia generalibus insunt”.

Resulta do exposto que todas as novas prestações da Previdência Social terão de obedecer ao cronograma do artigo 59, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

Não se argumente, em sentido contrário, com o princípio de aplicabilidade imediata dos preceitos concernentes ao Direito Social, encrustado no parágrafo 1º, do artigo 5º, da nova Carta, porque esse dispositivo, obviamente,

não pode prevalecer, quando limitado por outro da própria Constituição.

Nem se diga que o benefício configuraria encargo patronal e não previdenciário, porque a sua caracterização, como licença, exclui tal hipótese. Se se tratasse de ônus patronal, a expressão utilizada, pelo constituinte, teria sido salário-paternidade e não licença-paternidade. Na verdade, o instituto se apresenta como caso típico de dualidade de obrigações, em que o peso do tributo recai sobre os ombros do empregador, mas a responsabilidade de o pôr em prática, com o mecanismo de compensação entre valor do benefício e contribuições, é da Previdência.

Nem se alegue, tampouco, que em se tratando de encargo de responsabilidade da Previdência, esta poderia dele se desincumbir, fazendo uso de outros recursos à sua disposição.

Há, pelo menos, dois preceitos constitucionais impeditivos de tal solução. O primeiro é o parágrafo 5º, do artigo 195, onde se diz que nenhum benefício da seguridade social pode ser criado, majorado ou estendido sem a correspondente fonte de custeio total. O segundo é o já citado artigo 59, do ato das Disposições Constitucionais Transitórias, onde se exige que a implantação dos novos benefícios previdenciários se correlacionem com as respectivas fontes de custeio.

Assim, por exemplo, não há a menor dúvida de que a licença-maternidade, de 120 dias, deverá ficar na dependência dos prazos dilatatórios, previstos no artigo 59, do referido ato.

Dir-se-á, porém, que a licença-paternidade, embora se caracterize também como prestação previdenciária, deve receber tratamento diferenciado, à vista da ressalva constante do parágrafo 1º, do artigo 10, do mesmo Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, onde se lê o seguinte: “Até que a lei venha a disciplinar o disposto no artigo 7º, XIX, da Constituição, o prazo da licença-paternidade, a que se refere o inciso, é de cinco dias.” A leitura da regra em causa —prosseguir-se-á— deixa claro que o constituinte teve a manifesta intenção de subtrair a licença-paternidade ao regime de dilatações legislativas, atribuindo-lhe, ao contrário, eficácia imediata.

Tal conclusão é de todo em todo inaceitável, porque quebraria uma das pilstras mestras da seguridade social, a saber, a norma, linhas atrás mencionada, segundo a qual nenhum benefício ou serviço por ela prodigalizado pode ser criado sem a correspondente fonte de custeio total. Segue-se que a única maneira de se conciliarem as divergências normativas, acima sublinhadas, é concluir que a licença-paternidade foi provisoriamente implantada como licença não remunerada, só se convertendo em prestação pecuniária da Previdência Social, depois de completado o ciclo legislativo, previsto no artigo 59, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.