



Ricardo Calcini: A importância da prorrogação da licença-paternidade

A [Lei 13.257/2016](#), estabeleceu princípios e diretrizes para a formulação e implementação de “políticas públicas para a primeira infância”. Dentre as alterações legislativas trazidas por essa norma – como aquelas promovidas na [Lei 8.069/1990](#) (ECA), no [Decreto-Lei 3.689/1941](#) (CPP) e no artigo 473 do [Decreto-Lei 5.452/1943](#) (CLT) – destacam-se aqui as modificações incorporadas à Lei 11.770/2008, que criou o “Programa da Empresa Cidadã”.

Referido programa regulamentava, até então, apenas a prorrogação da duração da licença-maternidade, de 120 dias (CF, art. 7º, XVIII), para 180 dias. Com a edição da Lei 13.257/2016, passou a contemplar também a prorrogação da duração da licença-paternidade, de 5 dias (ADCT, art. 10, § 1º), para agora 20 dias.

Importante salientar, porém, que as prorrogações às aludidas licenças somente alcançam os empregados *da pessoa jurídica que aderirem ao “Programa da Empresa Cidadã”*. No caso da gestante, a empregada deve solicitar a prorrogação até o final do primeiro mês após o parto, sendo concedida imediatamente após a fruição da licença-maternidade de 120 dias (CF, art. 7º, XVIII). Já o empregado deve fazer seu requerimento no prazo de dois dias úteis após o parto, cuja prorrogação ocorrerá após o término do prazo inicial de 5 dias (ADCT, art. 10, § 1º).

Curioso destacar que a Constituição Federal de 1988 foi a primeira, em nosso país, a consagrar o benefício da licença-paternidade, conquanto não seja efetivamente considerado como modalidade de política pública pelo ordenamento jurídico pátrio.

Entretanto, ao tratar da licença-paternidade, a Lei 13.257/2016 trouxe a exigência legal de que o empregado comprove a chamada “*atividade de orientação sobre paternidade responsável*”. Contudo, há crítica na doutrina sobre tal requisito, seja porque a própria norma não traz a sua exata definição – tratando-se, portanto, de conceito vago e indeterminado –, seja porque não foi feita semelhante exigência à empregada, para se perquirir, com igual desiderato, quanto ao que viesse a ser “gestação responsável”.

Outro ponto polêmico diz respeito aos servidores públicos. Isso porque o artigo 2º da [Lei 11.770/2008](#) preconiza ser a Administração Pública Direta, Indireta e Fundacional autorizada a instituir programa que garanta a prorrogação da licença-maternidade para suas servidoras. Nada refere, porém, sobre a licença-paternidade, o que parte da doutrina sustenta ter sido um “silêncio eloquente” do legislador. Para tanto, afirma-se que, com supedâneo no princípio da legalidade, a Administração Pública somente pode fazer o que a lei determina e autoriza, enquanto ao particular é lícito fazer tudo o que a lei não proíbe (CF, art. 5º, II).

Sucedo, porém, que deve prevalecer o entendimento segundo o qual a prorrogação de 15 dias da licença-paternidade também é extensível aos servidores públicos do sexo masculino, pois pensamento em sentido contrário viola o postulado constitucional da igualdade (CF, art. 5º, “caput” e inciso I).



Nesse sentido, o artigo 2º, “in fine”, faz expressa alusão à prorrogação das licenças de que trata o artigo 1º da Lei 11.770/2008, o que contempla a autorização conferida à Administração Pública para internamente instituir a aludida prorrogação em cada órgão.

A este respeito, a propósito, a Presidência da República editou o [Decreto 8.737/2016](#), com base na referida Lei 11.770/2008, instituindo o Programa de Prorrogação da Licença-Paternidade para todos os servidores regidos pela Lei 8.112/1991, com duração de 15 dias, acrescidos aos cinco dias já concedidos na forma do seu artigo 208.

Para tanto, de se mencionar os principais pontos trazidos pelo decreto presidencial:

- o requerimento deve ser formulado no prazo de 2 dias úteis após o nascimento ou a adoção;
- a prorrogação se iniciará no dia subsequente ao término da licença de 5 dias de que trata o artigo 208 da Lei 8.112/1990;
- o decreto é aplicável a quem adotar ou obtiver guarda judicial para fins de adoção de criança;
- considera-se criança a pessoa de até 12 anos de idade incompletos; e
- é vedado o exercício de atividade remunerada durante a prorrogação da licença-paternidade, sob pena de cancelamento do benefício e o registro da ausência como falta ao serviço.

Mais recentemente, inclusive, o Conselho Nacional de Justiça, em medida liminar concedida pelo Conselheiro Bruno Ronchtti, passou a permitir que os Tribunais e demais órgãos do Poder Judiciário concedam a Magistrados e Servidores o direito à licença-paternidade de 20 dias. A decisão foi tomada em pedido de providências formulado pela Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB), pela Associação de Juízes Federais (Ajufe) e pela Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho (Anamatra).

Antes disso, inclusive, o benefício foi estendido por portarias aos membros e servidores do Ministério Público Federal, como também aos servidores do Conselho Nacional do Ministério Público. Aos servidores do Supremo Tribunal Federal igualmente foi prorrogada a licença-paternidade, por meio da Resolução 576/2016, editada pelo Presidente Ricardo Lewandowski.

Além do mais, a prorrogação deve ser garantida, na mesma proporção, à empregada e ao empregado que adotar ou obtiver guarda judicial para fins de adoção de criança. Ainda, durante o período de prorrogação da licença-maternidade e da licença-paternidade:

- a empregada terá direito à sua remuneração integral, nos mesmos moldes devidos no período de percepção do salário-maternidade pago pelo Regime Geral de Previdência Social (RGPS) e
- o empregado terá direito à sua remuneração integral, paga por seu empregador.



Questão interessante fica por conta da adoção ou guarda judicial feita em nome de casal homossexual. Isso porque, a despeito de a legislação consolidada não tratar da matéria referente ao “Programa da Empresa Cidadã”, o artigo 392-A, § 5º, da CLT, preconiza que “a adoção ou guarda judicial conjunta ensejará a concessão de licença-maternidade a apenas um dos adotantes ou guardiães empregado ou empregada”.

Partindo da diretriz trazida pelo legislador, e desde que o empregador seja participante do aludido programa, é possível se defender a prorrogação da licença-maternidade pelo período de 60 dias, a um dos adotantes ou guardiães empregado ou empregada, e a prorrogação da licença-paternidade ao outro.

Impende salientar, ainda, que o período de *licença-paternidade* não tem natureza de benefício previdenciário no Regime Geral de Previdência Social (CF, art. 201), mas apenas de interrupção do contrato de trabalho, com direito ao salário a ser pago pelo empregador, ainda que ausente a prestação de serviço pelo empregado (CF, art. 7º, inciso XIX c/c ADCT, art. 10, § 1º).

Neste aspecto, inclusive, é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça (STJ), para quem há incidência da contribuição previdenciária sobre o salário paternidade, conforme se extrai do recurso especial repetitivo (REsp 1.230.957-RS), julgado pela 1ª Seção, no dia 26/2/2014, de relatoria do ministro Mauro Campbell Marques:

DIREITO TRIBUTÁRIO E PREVIDENCIÁRIO. INCIDÊNCIA DE CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA SOBRE O SALÁRIO PATERNIDADE. RECURSO REPETITIVO (ART. 543-C DO CPC E RES. 8/2008-STJ).

Incide contribuição previdenciária a cargo da empresa sobre os valores pagos a título de salário paternidade. Esse salário refere-se ao valor recebido pelo empregado durante os cinco dias de afastamento em razão do nascimento de filho (arts. 7º, XIX, da CF; 473, III, da CLT; e 10, § 1º, do ADCT). Ao contrário do que ocorre com o salário-maternidade, o salário paternidade constitui ônus da empresa, ou seja, não se trata de benefício previdenciário. Desse modo, em se tratando de verba de natureza salarial, é legítima a incidência de contribuição previdenciária. Ademais, ressalte-se que o salário paternidade deve ser tributado, por se tratar de licença remunerada prevista constitucionalmente, não se incluindo no rol dos benefícios previdenciários. Precedente citado: AgRg nos EDcl no REsp 1.098.218-SP, Segunda Turma, DJe 9/11/2009. STJ – 1ª Seção. [REsp 1.230.957-RS](#), Rel. Min. Mauro Campbell Marques, julgado em 26/2/2014.

Frise-se, mais, que no período de prorrogação da licença-maternidade e da licença-paternidade, de que trata a Lei 11.770/2008, a empregada e o empregado não podem exercer nenhuma atividade remunerada, mesmo que possuam mais de um emprego, sendo que a criança deve ser mantida sob seus cuidados. Em caso de descumprimento dessa previsão, ambos perdem o direito à prorrogação das licenças.

No mais, reitere-se que as prorrogações às licenças maternidade e paternidade não são automáticas, porquanto exigem que o empregador seja pessoa jurídica que tenha aderido ao “Programa Empresa



Cidadã”.

E neste viés, somente a pessoa jurídica tributada com base no lucro real é participante do programa, podendo deduzir do imposto devido, em cada período de apuração, o total da remuneração integral paga à empregada e ao empregado nos dias de prorrogação de suas licenças, sendo vedada a dedução como despesa operacional. Trata-se, assim, de medida com nítida natureza de *renúncia fiscal*, que não contempla, porém, as empresas de pequeno porte, tributadas com base no lucro presumido, e as microempresas regidas pelo Simples Nacional.

Nota-se, portanto, que, ao restringir a prorrogação das licenças maternidade e paternidade, o legislador pátrio se coloca de encontro com a "Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia", que anuncia a proteção da família nas esferas jurídica, econômica e social, bem como o direito de conciliar a vida familiar e a vida profissional.

De outro norte, sobreleva ressaltar que, havendo autorização em acordo ou convenção coletiva de trabalho ampliando os dias de licença-paternidade, independentemente de o empregador ser pessoa jurídica tributada com base no lucro real, impõe-se a adoção da norma mais favorável ao empregado.

Logo, a aplicação se mostra imperativa, à luz do artigo 7º, “caput”, da Constituição Federal, por concretizar mandamento constitucional de melhoria das condições sociais de trabalho. Aqui, portanto, está o fundamento apto a autorizar a extensão do benefício ao empregado doméstico, considerando-se que sua contratação se realiza por meio de pessoa física, e não jurídica.

De mais a mais, para conferir efetiva proteção à licença-paternidade, mostra-se necessária a ampliação do período remunerado, sem que haja imposição de outras restrições, o que já ocorre em outros países. São exemplos à proteção do aludido direito a Eslovênia e a Islândia, com 90 dias, a Suécia, com 70 dias, e a Finlândia, com 54 dias. Na América do Sul, o destaque fica por conta do Uruguai, com período de 12 semanas de licença-paternidade pagas pelo governo.

O Brasil, ainda no âmbito da América Latina, foi o único país que não ratificou a Convenção 156 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), que aborda a igualdade de oportunidades e tratamento para trabalhadoras e trabalhadores com responsabilidades familiares. Com a adesão de mais de 40 países, o preâmbulo de referida norma internacional preconiza que “(...) para alcançar a plena igualdade entre homens e mulheres, é necessário modificar o papel tradicional tanto do homem quando da mulher na sociedade e na família (...)”.



Neste contexto, a ampliação da licença-paternidade acaba, a um só tempo, por propiciar uma maior conciliação e equilíbrio entre a vida familiar e profissional; trazer certa democratização às relações sociais, para que, em igualdade de condições, homens e mulheres participem da vida pública e privada; assegurar maior proteção aos direitos da criança, concretizando o princípio da absoluta prioridade à infância; estimular uma maior participação de homens na denominada "ética do cuidado", o que minimiza a prática cultural de concentrar quase que exclusivamente na mulher a responsabilidade de cuidar dos filhos; intensificar o vínculo e a convivência entre pais e seus filhos; e garantir condições de maior bem-estar aos trabalhadores de ambos os sexos, o que também enseja um maior rendimento profissional e lucros às empresas.

De resto, a ideia de "dias livres", incorporada no instituto brasileiro da licença-paternidade, é distinta de outras adotadas em países como Alemanha e França. Nesses países prevalece o conceito de *parental leave*, pautado na Convenção 183 e na Recomendação 191, ambas da OIT, em que homens e mulheres podem optar por se revezar, em períodos intercalados, no cuidado dos filhos por um longo período.

Por fim, partindo-se da premissa de ser fundamental aos trabalhadores o direito de passar mais tempo com a família, ganha destaque o instituto do *home office*, que adota a jornada de trabalho pautada em horários flexíveis, viabilizando o postulado da "paternidade responsável", em conformidade com os princípios da proteção integral e prioridade absoluta (CF, art. 227, "caput").

Date Created

11/06/2016