



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
PROCURADORIA ADMINISTRATIVA



PROCESSO:

IAMSPE/15285/2016

INTERESSADO:

Isabel Godoy do Amaral Moreira Registro IAMSPE 25220

PARECER:

PA n.º 51/2017

EMENTA:

SERVIDOR TRABALHISTA. Consolidação das Leis do Trabalho. Empregada lactante. Afastamento de atividades insalubres. Artigo 394-A, inciso III, da CLT, com a redação dada pela Lei Federal nº 13.467, de 13 de julho de 2017. Proteção e incentivo à continuidade do aleitamento materno até os 2 (dois) anos de idade. Lei Federal nº 11.265, de 3 de janeiro de 2006. Proteção à maternidade, à infância e da saúde pública. Artigos 6º e 196 da Constituição Federal. A empregada deverá ser afastada de atividades consideradas insalubres em qualquer grau durante a lactação, que poderá se estender até o segundo ano de vida da criança, caso razões de ordem médica o recomendem durante todo o período.

1. Os autos vieram a esta Procuradoria Administrativa por sugestão da Consultoria Jurídica que serve o Instituto de Assistência Médica ao Servidor Público Estadual para que seja dirimida a dúvida acerca do afastamento da empregada lactante de atividades consideradas insalubres.



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
PROCURADORIA ADMINISTRATIVA



2. Diante do pedido formulado por servidora que requereu transferência de setor alegando motivo de “amamentação exclusiva” (fls. 3), a Gerência de Recursos Humanos formulou o seguinte questionamento à Consultoria Jurídica:

É razoável, por analogia, a Administração entender que o chamado período de lactação é o que se encontra especificado no artigo 396 da CLT, ou seja, até os 6 (seis) meses de idade do filho, podendo esse tempo ser dilatado, quando a saúde exigir e a critério da autoridade competente, como prevê o parágrafo único do mesmo artigo?

(fls. 6/7)

3. Veio assim a lume o bem lançado Parecer CJ/IAMSPE nº 69/2017¹, no qual concluiu o órgão jurídico que a tutela do legislador às empregadas lactantes não deve jungir-se apenas ao período da amamentação exclusiva, até os seis meses, mas até os dois anos de idade, como recomenda a Organização Mundial da Saúde, devendo cada caso submeter-se à orientação do Serviço Especializado em Engenharia de Segurança e em Medicina do Trabalho (SESMT) e do médico que acompanha a empregada (fls. 8/14).

4. Por vislumbrar matéria de interesse geral da Administração, alçou o assunto ao crivo da Subprocuradoria Geral do Estado da Área da Consultoria Geral que, por sua vez, encaminhou ou autos a esta Procuradoria Administrativa para análise e manifestação (fls. 18).

É o breve relato do necessário. Opinamos.

5. De proêmio, cumpre registrar que a redação do artigo 394-A da Consolidação das Leis do Trabalho, introduzida pela Lei Federal nº 13.287, de 11 de maio de 2016, já sofreu alteração pela chamada “Reforma Trabalhista”².

¹ Parecerista a Procuradora do Estado DEISE CAROLINA MUNIZ REBELLO CHOSTAKOVIS.

² Como amplamente divulgado no noticiário, no mesmo dia em que publicada a lei, o Chefe do Executivo federal encaminhou medida provisória ao Congresso com proposta de alterações pontuais da Reforma Trabalhista, dentre elas, o artigo 394-A, que cuida do trabalho em condições insalubres de gestantes e lactantes (disponível em: <http://agenciabrasil.ebc.com.br/politica/noticia/2017-07/governo-envia-parlamentares-minuta-de-mp-que-altera-reforma-trabalhista>; acesso aos 28 jul. 2017).



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
PROCURADORIA ADMINISTRATIVA



Com efeito, a recentíssima Lei Federal nº 13.467, de 13 de julho de 2017³, dentre diversos outros dispositivos da CLT, alterou o artigo 394-A⁴ para os seguintes termos:

Art. 394-A. Sem prejuízo de sua remuneração, nesta incluído o valor do adicional de insalubridade, a empregada deverá ser afastada de:

I - atividades consideradas insalubres em grau máximo, enquanto durar a gestação;

II - atividades consideradas insalubres em grau médio ou mínimo, quando apresentar atestado de saúde, emitido por médico de confiança da mulher, que recomende o afastamento durante a gestação;

III - atividades consideradas insalubres em qualquer grau, quando apresentar atestado de saúde, emitido por médico de confiança da mulher, que recomende o afastamento durante a lactação.

§ 1º

§ 2º Cabe à empresa pagar o adicional de insalubridade à gestante ou à lactante, efetivando-se a compensação, observado o disposto no art. 248 da Constituição Federal, por ocasião do recolhimento das contribuições incidentes sobre a folha de salários e demais rendimentos pagos ou creditados, a qualquer título, à pessoa física que lhe preste serviço.

§ 3º Quando não for possível que a gestante ou a lactante afastada nos termos do caput deste artigo exerça suas atividades em local salubre na empresa, a hipótese será considerada como gravidez de risco e ensejará a percepção de salário-maternidade, nos termos da Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991, durante todo o período de afastamento.

(g.n.)

6. Em que pese a inexistência de referência temporal a determinar a extensão do período de lactação, pensamos, na esteira da exegese externada pelo órgão jurídico preopinante, que não se poderia adotar o parâmetro referido no artigo 396 da Consolidação das Leis do Trabalho, no qual se garante a jornada especial de trabalho à empregada para amamentar o filho, até os seis meses de idade.

7. Cuida-se do período de amamentação exclusiva⁵, proteção conferida pelo legislador seguindo a recomendação do Ministério da

³ A lei encontra-se sob *vacatio legis*, visto que entrará em vigor após cento e vinte e dias de sua publicação oficial (artigo 6º da Lei Federal nº 13.467, de 13 de julho de 2017).

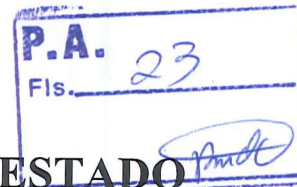
⁴ Rezava a anterior redação do dispositivo: “A empregada gestante ou lactante será afastada, enquanto durar a gestação e a lactação, de quaisquer atividades, operações ou locais insalubres, devendo exercer suas atividades em local salubre. Parágrafo único. (VETADO)”.

⁵ Disponível em:

http://bvsmis.saude.gov.br/bvs/publicacoes/saude_crianca_nutricao_aleitamento_alimentacao.pdf, acesso aos 27 jul.2017.



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
PROCURADORIA ADMINISTRATIVA



Saúde e da Organização Mundial da Saúde (OMS). A esse período refere-se o parágrafo 1º do artigo 389 da CLT, quando estabelece a necessidade de um local apropriado “*onde seja permitido às empregadas guardar sob vigilância e assistência os seus filhos no período da amamentação*” aos “*estabelecimentos em que trabalharem pelo menos 30 (trinta) mulheres com mais de 16 (dezesesseis) anos de idade*”. O Ministério do Trabalho, já nos idos da década de 80, expediu portaria autorizando as empresas a adotar o sistema de reembolso-creche em substituição à exigência contida no art. 389, § 1º, da CLT, “*pelo menos até os seis meses de idade da criança, nas condições, prazos e valor estipulados em acordo ou convenção coletiva, sem prejuízo do cumprimento dos demais preceitos de prestação à maternidade*” (art. 1º da Portaria MTb nº 3.296, de 3/9/1986, com a redação dada pela Portaria MTb nº 670, de 20/08/1997).

8. Já o artigo 394-A da Consolidação das Leis do Trabalho pretende afastar as empregadas das atividades consideradas insalubres em qualquer grau, a critério médico, *durante a lactação* (inciso III). Segundo recomendações de sólidas entidades que se debruçam sobre o tema, encampadas pelo Ministério da Saúde pátrio, indica-se o aleitamento materno complementado⁶ até o segundo ano de vida da criança. Esse o período a ser considerado para a lactação a que se refere a norma indigitada, considerando a especial tutela não somente da saúde da empregada, mas também do lactente.

9. Nesse diapasão, a Lei Federal nº 11.265, de 3 de janeiro de 2006, do qual se extrai constituir política pública a necessidade do aleitamento continuado após o sexto mês de vida da criança:

Art. 1º O objetivo desta Lei e contribuir para a adequada nutrição dos lactentes e das crianças de primeira infância por meio dos seguintes meios:

I - regulamentação da promoção comercial e do uso apropriado dos alimentos para lactentes e crianças de primeira infância, bem como do uso de mamadeiras, bicos e chupetas;

⁶ “Quando a criança recebe, além do leite materno, qualquer alimento sólido ou semi-sólido com a finalidade de complementá-lo, e não de substituí-lo” (Disponível em: http://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/saude_crianca_nutricao_aleitamento_alimentacao.pdf, acesso aos 27 jul.2017).



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
PROCURADORIA ADMINISTRATIVA



II - proteção e incentivo ao aleitamento materno exclusivo nos primeiros 6 (seis) meses de idade; e

III - proteção e incentivo à continuidade do aleitamento materno até os 2 (dois) anos de idade após a introdução de novos alimentos na dieta dos lactentes e das crianças de primeira infância.

(g.n.)

10. Consignamos, ainda, a exegese placitada pela então Presidente da República, que vetou o parágrafo único do Projeto de Lei nº 76, de 2014⁷, que posteriormente seria convertida na Lei nº 13.287/2016, apondo em suas razões que,

Ainda que meritório, o dispositivo apresenta ambiguidade que poderia ter efeito contrário ao pretendido, prejudicial à trabalhadora, na medida em que o tempo da lactação pode se estender além do período de estabilidade no emprego após o parto, e o custo adicional para o empregador poderia levá-lo à decisão de desligar a trabalhadora após a estabilidade, resultando em interpretação que redunde em eventual supressão de direitos.⁸

11. Destarte, o afastamento da empregada de atividades insalubres “*durante a lactação*” pode se estender até o segundo ano de vida da criança, segundo critério médico, exegese essa que a nosso sentir melhor atende a finalidade do artigo 394-A em sua interpretação conjugada com ditames de ordem constitucional, como a proteção à maternidade e à infância (art. 6º, *caput*, da CF), e da saúde pública (art. 196 da CF).

12. Por fim, conquanto a Gerência de Recursos Humanos tenha suscitado questão relativa à exegese a ser emprestada ao artigo 394-A da CLT, concordamos, na linha do opinativo lançado pela Consultoria Jurídica de origem, que

⁷ Que assim dizia: “Parágrafo único. Durante o afastamento temporário previsto no caput, fica assegurado à empregada gestante ou lactante o pagamento integral do salário que vinha percebendo, incluindo o adicional de insalubridade”.

⁸ Mensagem nº 248, de 11 de maio de 2016. Acessível em : <
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Msg/VEP-248.htm>, acesso aos 27 jul. 2017.



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
PROCURADORIA ADMINISTRATIVA



a solução do caso concreto passa ao largo da questão debatida, voltando-se mais ao gerenciamento da distribuição de folgas e escalas de plantão.

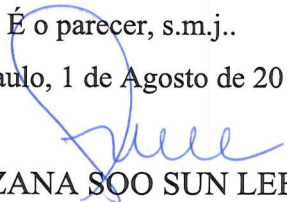
13. Não se olvide a relevância do papel desempenhado por órgãos como o Serviço Especializado em Engenharia de Segurança e em Medicina do Trabalho, com o qual conta a Autarquia, para melhor orientar a Administração na realocação de servidores à luz dos riscos para a saúde das empregadas gestantes e lactantes.

14. Do quanto exposto, concluímos que a empregada deverá ser afastada de atividades consideradas insalubres em qualquer grau durante a lactação, que poderá se estender até o segundo ano de vida da criança, caso razões de ordem médica o recomendem durante todo o período (art. 394-A, inc. III, Consolidação das Leis do Trabalho).

15. Deve atentar a Administração eventual regulamentação da matéria, que poderá seguir entendimento diverso.

É o parecer, s.m.j..

São Paulo, 1 de Agosto de 2017.


SUZANA SOO SUN LEE

Procurador do Estado
OAB/SP nº 227.865



P.A.	26
Fis.	
fls. 1	<i>passado</i>

PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
PROCURADORIA ADMINISTRATIVA

PROCESSO: IAMSPE/15285/2016 (GDOC 16847-297933/2017)
INTERESSADA: ISABEL GODOY DO AMARAL MOREIRA
PARECER: PA n.º 51/2017

Estou de acordo com o Parecer PA n.º 51/2017, que, ao examinar o art. 394-A da CLT, com a redação dada pela Lei n.º 13.467, de 13 de julho de 2017, concluiu que, em tese, razões de ordem médica, devidamente verificadas pela Administração com o auxílio de seus órgãos técnicos, podem dar ensejo ao afastamento (com remanejamento) da lactante de atividades insalubres em qualquer grau até os dois anos de idade da criança, ao menos enquanto não sobrevier regulamentação federal a respeito da matéria.

Transmitam-se os autos à consideração da douta Subprocuradoria Geral da Consultoria Geral.

P.A., em 2 de agosto de 2017.

[Assinatura]
DEMerval FERRAZ DE ARRUDA JUNIOR
Procurador do Estado respondendo pelo expediente
da Procuradoria Administrativa
OAB/SP n.º 245.540



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
SUBPROCURADORIA GERAL DA CONSULTORIA GERAL

PROCESSO: IAMSPE/15285/2016

INTERESSADO: Isabel Godoy do Amaral Moreira Registro IAMSPE 25220

ASSUNTO: Mobilidade Funcional Artigos 394-A e 396 DA CLT Consulta á CJ/IAMSPE

PARECER: PA n.º 51/2017

1. Trata-se de dirimir dúvida quanto à duração do período de lactação previsto no § 3º. do artigo 394-A da Consolidação das Leis do Trabalho, na redação acrescentada pela Lei nº 13.287/2016, que atualmente tem a seguinte redação¹, dada pela Medida Provisória n. 808, de 14.11.2017, ainda em tramitação:

Art. 394-A - A empregada gestante será afastada, enquanto durar a gestação, de quaisquer atividades, operações ou locais insalubres e exercerá suas atividades em local salubre, excluído, nesse caso, o pagamento de adicional de insalubridade.

(...)

§ 3º A empregada lactante será afastada de atividades e operações consideradas insalubres em qualquer grau quando apresentar atestado de saúde emitido por médico de sua confiança, do sistema privado ou público de saúde, que recomende o afastamento durante a lactação.

2. A Gerência de Recursos Humanos do IAMSPE, onde a dúvida surgiu, pugnou pela aplicação por analogia do artigo 396 da CLT, o qual dispõe

¹ Observe-se que a redação do dispositivo legal sofreu alteração desde a data da formulação da consulta.



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO SUBPROCURADORIA GERAL DA CONSULTORIA GERAL

sobre o direito da mulher em ter descansos especiais, durante a jornada de trabalho, para amamentar o filho, até que este complete 6 (seis) meses de idade.

3. A Consultoria Jurídica da autarquia, no entanto, afastou a aplicação da analogia como instrumento de interpretação da lei, embora tenha entendido que *“o prazo constante do art. 396 poderá ser útil à interpretação do art. 394-A da CLT. Partindo-se do pressuposto que o direito aos intervalos de amamentação foi garantido até os seis meses de idade do bebê, a saúde da gestante e do leite materno deve ser garantida por meio do art. 394-A da CLT no mínimo por seis meses.”* (item 21 do Parecer CJ)

4. Ao final, pondera com a recomendação da Organização Mundial de Saúde que incentiva o aleitamento materno até os 2 (dois) anos de idade da criança, que, portanto, poderá ser adotado como prazo limite – até ulterior regulamentação da matéria ou entendimento jurisprudencial.

5. No período entre os 6 (seis) meses e os 2 (dois) anos de idade do recém-nascido, pode ser garantido o afastamento da empregada das atividades e operações consideradas insalubres, a ser ponderado à luz do caso concreto, com a colaboração do Serviço Especializado em Engenharia de Segurança e Medicina do Trabalho - SEESMT e com atestado médico que certifique que a empregada está amamentando.

6. O Parecer PA nº 51/2017, por sua vez, o qual acolho, concluiu que não é possível a aplicação analógica do prazo de 6 (seis) meses previsto no artigo 396 da CLT, conforme proposto pela Gerência de Recursos Humanos da autarquia, uma vez que tal artigo dispõe sobre o direito da mulher em ter descansos especiais, durante a jornada de trabalho, passando ao largo da questão debatida sobre o alcance do comando legal do § 3º do artigo 394-A da CLT.

7. Embora ambas as normas sejam voltadas à proteção da maternidade, a assistência almejada pelo § 3º do artigo 394-A da CLT se diferencia

Assinatura manuscrita em azul.



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

SUBPROCURADORIA GERAL DA CONSULTORIA GERAL

daquela tratada no artigo 396 da CLT. Enquanto este dispõe sobre a jornada especial da empregada lactante no período inicial da vida do recém-nascido, aquele trata de prevenir que a saúde do bebê amamentado pela mãe seja afetada pela insalubridade ao qual esta esteja eventualmente submetida.

8. Nesse passo, creio não ser possível aplicar, como bem exposto no Parecer PA nº 51/2017, o prazo de 6 (seis) meses, previsto no art. 396 da CLT, como limite ao afastamento, pois o objetivo da norma não restaria alcançado.

9. Adotada essa premissa, passo a discorrer somente a respeito da proteção insculpida no § 3º do artigo 394-A da CLT. Embora seja considerada dentro do contexto maior de incentivo ao aleitamento materno, como bem explorado no Parecer CJ/IAMSPE 69/2017, a medida em pauta é voltada à saúde da lactante inserida em ambientes insalubres e da qualidade do leite transmitido ao recém-nascido, e não propriamente ao período de amamentação. Explico.

10. A proteção da mulher que labora em condições de insalubridade durante a lactação guarda relação direta com a sua saúde e, consequentemente, da qualidade do leite que está sendo transmitido ao bebê, no entanto, não se pode afirmar, *a priori*, que toda a atividade insalubre exercida pela mulher lactante irá ensejar o prolongamento do afastamento que eventualmente lhe tenha sido recomendado durante o período de gestação, conforme previsto no § 2º do artigo 394-A².

11. Desse modo, o eventual risco à lactação e à qualidade do leite materno promovido por fatores químicos, físicos ou biológicos a que a empregada lactante está submetida, deverá ser analisada e atestada pelo médico particular, do setor público ou privado, em conjunto com o SESMT da autarquia, de modo a possibilitar que a

² Art. 394-A. A empregada gestante será afastada, enquanto durar a gestação, de quaisquer atividades, operações ou locais insalubres e exercerá suas atividades em local salubre, excluído, nesse caso, o pagamento de adicional de insalubridade. [...]O exercício de atividades e operações insalubres em grau médio ou mínimo, pela gestante, somente será permitido quando ela, voluntariamente, apresentar atestado de saúde, emitido por médico de sua confiança, do sistema privado ou público de saúde, que autorize a sua permanência no exercício de suas atividades.

Assinatura manuscrita em azul no canto inferior direito da página.



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

SUBPROCURADORIA GERAL DA CONSULTORIA GERAL

Administração tenha meios para melhor realocar a empregada para outro local apto a garantir a higiene da amamentação ao recém-nascido.

12. Esse risco, uma vez existente, perdura enquanto for mantida a amamentação, mesmo no período onde houver integração a outros alimentos líquidos e sólidos. Assim, vislumbro, nos termos do Parecer PA nº 51/2017, que o afastamento da empregada lactante das atividades insalubres, previsto no artigo 394-A, § 3º, da CLT, pode ser garantido, desde que haja recomendação médica, até o período máximo de 2 (dois) anos, conforme indicação da Organização Mundial de Saúde.

13. Caso a empregada deixe de amamentar o filho antes de findo o prazo de 2 (dois) anos ou a atividade insalubre não tenha o condão de prejudicar a qualidade do leite materno e a saúde do bebê, não há que se falar em qualquer direito subjetivo a afastamento de atividades insalubres, nos termos do artigo 394-A, § 3º, da CLT.

14. Considerando o exposto, proponho a submissão dos autos à análise e deliberação do Sr. Procurador Geral do Estado, com a **proposta de aprovação do Parecer PA nº 51/2017**, cujas conclusões estão sintetizadas abaixo:

- a) o afastamento determinado no §3º do artigo 394-A da CLT deve ser garantido à empregada lactante enquanto perdurar a lactação, desde que justificado mediante razões de ordem médica, devidamente atestadas pela Administração, com o auxílio de seus órgãos técnicos, considerando os reflexos do meio ambiente de trabalho insalubre na lactação e na qualidade do leite materno;
- b) o período máximo a ser considerado, para efeito do §3º do artigo 394-A da CLT, é o de 2 (dois) anos, conforme recomendação da Organização Mundial de Saúde, até que sobrevenha regulamentação posterior;

Assinatura manuscrita em azul na parte inferior direita da página.



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
SUBPROCURADORIA GERAL DA CONSULTORIA GERAL

- c) o prazo de 6 (seis) meses, previsto no art. 396 da CLT, não pode ser utilizado por analogia ou mesmo como paradigma de prazo limite para o afastamento da empregada lactante nos termos do §3º do artigo 394-A do mesmo diploma legal, tendo em vista que a norma diz respeito à jornada especial do trabalho da empregada lactante, não se confundindo com o afastamento nos casos de o labor ser desenvolvido em locais insalubres.

SubG-Consultoria, 24 de janeiro de 2018.

CRISTINA M. WAGNER MASTROBUONO
SUBPROCURADORA GERAL DO ESTADO
CONSULTORIA GEAL



PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO

GABINETE DO PROCURADOR GERAL DO ESTADO

Rua Pamplona, 227, 17º Andar – Jardim Paulista – CEP 01405-902 – São Paulo - SP

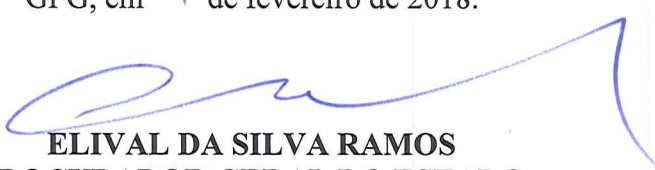
PROCESSO: IAMSPE/15285/2016

INTERESSADO: Isabel Godoy do Amaral Moreira Registro IAMSPE 25220

ASSUNTO: Mobilidade Funcional Artigos 394-A e 396 DA CLT
Consulta á CJ/IAMSPE

1. Aprovo o **Parecer PA nº 51/2017**, por seus próprios e jurídicos fundamentos e com os acréscimos trazidos pela Subprocuradora Geral do Estado da Consultoria Geral.
2. Restituam-se os autos à Subprocuradoria Geral da Consultoria Geral para prosseguimento.

GPG, em 9 de fevereiro de 2018.



ELIVAL DA SILVA RAMOS
PROCURADOR GERAL DO ESTADO



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
SUBPROCURADORIA GERAL DA CONSULTORIA GERAL

PROCESSO: IAMSPE/15285/2016
INTERESSADO: Isabel Godoy do Amaral Moreira Registro IAMSPE 25220
COTA: SUBG-CONS n.º 69/2018
ASSUNTO: Mobilidade Funcional Artigos 394-A e 396 DA CLT Consulta á CJ/IAMSPE

Ao Expediente,

1. Solicito divulgação do parecer **PA n.º 51/2017** por meio de Ofício Circular SubG Cons para "Listagem completa PA", UCRH.
2. Após, restituam-se os autos à Consultoria Jurídica do IAMSPE para prosseguimento.

São Paulo, 16 de fevereiro de 2018.

Assinatura manuscrita em azul da Cristina M. Wagner Mastrobuono.

CRISTINA M. WAGNER MASTROBUONO
SUBPROCURADORA GERAL DO ESTADO
CONSULTORIA GERAL