

PARECER N.º 11/CITE/2002

Assunto: Eventual discriminação com base no sexo, em virtude da criação de dois contingentes, um feminino e outro masculino, na sequência do concurso interno geral e de acesso para o preenchimento de vagas de 2.º Subchefe da Guarda ...
Processo n.º 15/2000

I - OBJECTO

1.1. Em 5 de Abril de 2000, o Gabinete da Senhora Ministra para a Igualdade, reenviou para a CITE a exposição apresentada pela 2.ª Subchefe do Corpo da Guarda ..., cujo conteúdo é em síntese o seguinte:

1.1.1. A funcionária foi candidata ao concurso interno geral e de acesso para o preenchimento de vagas de 2.º Subchefe da Guarda ..., aberto por aviso publicado no Diário da República, II.ª Série, n.º ... de ... de... de 1995, com a rectificação inserta no Diário da República, II.ª Série n.º ..., de ...de ... de 1995;

1.1.2. Ficou posicionada emº lugar, conforme lista homologada e publicada no Diário da República, II.ª Série, n.º ..., de ... de ... de 1999, com classificação de ... valores;

1.1.3. Em sede de manifestação da preferência da funcionária para os estabelecimentos ... onde existiam vagas, foi confrontada com a existência de dois contingentes – um destinado aos 2.ºs Subchefes femininos e o outro destinado aos 2ºs Subchefes masculinos;

1.1.4. A norma vigente à data em que a funcionária foi confrontada com a dupla contingentação (art.º 11.º do Decreto-Lei n.º 174/93, de 12 de Maio, com as alterações introduzidas pelos Decretos–Lei n.º 100/96, de 23 de Julho, e n.º 403/99, de 14 de Outubro, nada diz quanto à criação ou existência de 2 contingentes em termos de distinção sexual do pessoal do Corpo da Guarda ...;

1.1.5. A não existir a discriminação sexual referida, a funcionária, com a classificação que obteve no concurso referido, teria sido colocada no Estabelecimento ... de ..., onde exerce funções o seu marido, também pertencente ao Corpo da Guarda ..., ficando na localidade onde comprou casa e onde vive com os dois filhos menores e onde estes frequentam a escola e a creche.

1.2. Em 27 de Julho de 2000, a CITE recebeu resposta da Direcção-Geral referindo que:

- 1.2.1.** Remete por inteiro para a Informação N.º ... e para a Informação da Auditoria Jurídica ..., que correu termos sob o Proc.º n.º ..., não deixando, contudo de realçar alguns aspectos que considera como importantes, assim:
- 1.2.1.1.** Por necessidade imperiosa do funcionamento dos Serviços – Estabelecimentos ..., sempre houve dupla contingência;
- 1.2.1.2.** O artigo 11.º do Decreto-Lei n.º 174/93, de 12 de Maio, com as alterações introduzidas pelos Decretos-Leis n.º 100/96, de 23 de Julho, e n.º 403/99, de 14 de Outubro, nada diz sobre a criação ou existência de 2 contingentes em termos de distinção sexual do pessoal do Corpo da Guarda ..., mas também não o proíbe, é simplesmente omissivo;
- 1.2.1.3.** As 2.^{as} Subchefes têm de ser colocadas onde existe carência de pessoal feminino do Corpo da Guarda ... ou seja, sobretudo nos Estabelecimentos ... Femininos, nos Estabelecimentos ... com Zona Feminina e nos Estabelecimentos ... com visitas íntimas (... e ...);
- 1.2.1.4.** O diploma legal sobre Execução das Medidas Privativas de Liberdade – n.º 1 do artigo 12.º do Decreto-Lei n.º 265/79, de 1 de Agosto, com as alterações introduzidas pelos Decretos-Lei n.º 49/80, de 22 de Março, e n.º 414/85, de 18 de Outubro – estipula que se “Deve promover a completa separação dos reclusos, em função do sexo, idade e situação jurídica, em estabelecimentos próprios ou, quando isso não for possível, em secções separadas dentro do estabelecimento.”;
- 1.2.1.5.** Nas Zonas ... Femininas não é permitida a entrada de guardas do sexo masculino; No caso de terem balneários comuns as reclusas, muitas vezes atravessam as alas em roupas interiores (íntimas), o que explica facilmente a não existência de guardas prisionais masculinos nessas zonas; As revistas de senhoras terão de ser feitas por elementos do sexo feminino e as dos homens deverão ser feitas por elementos do sexo masculino;
- 1.2.1.6.** A contingência em elementos masculinos e femininos é sobretudo uma questão de bom senso e de respeito pela vida privada e íntima dos reclusos, pois se assim não fosse estaria em causa uma grave violação dos direitos, liberdades e garantias pessoais – artigo 26.º da C.R.P.;
- 1.2.1.7.** O n.º 2 do artigo 18.º da C.R.P. refere que “A lei só pode restringir os direitos, liberdades e garantias nos casos expressamente previstos na Constituição, devendo as restrições limitar-se ao necessário salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos”.
- Aquilo que esta norma constitucional nos transmite é que em caso de colisão de direitos, as restrições a direitos ou interesses constitucionalmente protegidos se devem limitar ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos;

1.2.1.8. Conforme afirmação constante da Informação da Auditoria Jurídica ..., só seria concebível a existência de uma qualquer discriminação se, em resultado dessa dupla contingentação, um qualquer dos sexos tivesse acesso a vagas que estivessem vedadas ao outro.

II - ENQUADRAMENTO JURÍDICO

2.1. No âmbito das competências consagradas na alínea f) do n.º 1 do artigo 15.º do Decreto-Lei n.º 392/79, de 20 de Setembro, na redacção que lhe foi dada pelo Decreto-Lei n.º 426/88, de 18 de Novembro, a CITE emite e aprova pareceres em matéria de igualdade no trabalho e no emprego, sempre que solicitados por qualquer interessado.

2.2. Considerando o quadro legal existente sobre igualdade de oportunidades e tratamento na admissão e no exercício de funções públicas, Decreto-Lei n.º 426/88, de 18 de Novembro, a consagração de importantes regras não discriminatórias constitui o Estado empregador no dever de não discriminar com base no sexo, quer directa, quer indirectamente, os seus funcionários, nomeadamente pela referência ao estado civil ou à situação familiar.

2.3. Contudo, se é certo que este princípio generalista se impõe, certo é também que a lei previu excepções como o caso consagrado no n.º 3 do artigo 9.º do referido diploma legal, que se transcreve: – “Não constitui discriminação o facto de se condicionar o recrutamento a um ou outro sexo quando tal seja essencial à natureza das funções ou cargos a exercer, tornando-os qualitativamente diferentes quando prestados por um homem ou por uma mulher.”

2.4. O fundamento da exposição da funcionária do Corpo da Guarda ..., alegando discriminação com base no sexo em virtude da criação de dois contingente um feminino e outro masculino, não é por si só justificativo da existência de discriminação com base no sexo, atenta a natureza do cargo desempenhado e a necessária diferença qualitativa quando prestado por um dos sexos, o mesmo se dizendo quanto à circunstância desta contingentação afectar ambos os sexos.

2.5. O Acórdão do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias, de 30 de Junho de 1988, referente à igualdade de tratamento entre homens e mulheres no acesso a lugares na função pública – Aplicação da Directiva 76/207/CEE do Conselho, artigo 2.º, n.º 2, que opôs a Comissão das Comunidades Europeias à República Francesa, vem referir que:

“12 Quanto ao pessoal de vigilância em geral, a Comissão aceitou que a especificidade dos lugares de guardas prisionais e as condições em que estes desenvolvem a sua actividade justificam que estes lugares sejam reservados principalmente para homens nas prisões de homens e principalmente para mulheres nas cadeias de mulheres. Assim, a diferença no acesso ao quadro do pessoal de vigilância, por um sistema de recrutamentos distintos para homens e para mulheres, não excede os limites definidos pelo n.º 2 do artigo 2.º da directiva.”

2.6. A legalidade da criação deste contingente posteriormente ao concurso interno efectuado para preenchimento de vagas de 2º Subchefe do Corpo da Guarda ... nos estabelecimentos prisionais

carecidos de funcionários está provada pelos fundamentos apresentados, nomeadamente a salvaguarda de direitos constitucionalmente protegidos e invocados na Informação N.º ... da Direcção-Geral ..., tendo assim, a entidade patronal cumprido o ónus de provar a inexistência de qualquer prática, critério ou medida discriminatória em função do sexo, de acordo com o estatuído no artigo 5.º da Lei n.º 105/97, de 13 de Setembro.

III - CONCLUSÕES

- 3.1.** A funcionária alegou discriminação com base no sexo com fundamento na criação de dois contingentes um feminino e outro masculino para preenchimento de vagas nos Estabelecimentos ... carecidos de 2.ºs Subchefes do Corpo da Guarda ..., resultando da sua exposição que esses contingentes tanto se aplicavam a mulheres como a homens o que leva a concluir que a discriminação não poderia ser imputada à sua condição de mulher uma vez que um funcionário homem nas mesmas circunstâncias estaria sujeito à mesma contingência, pelos mesmos motivos apresentados pela entidade empregadora, carecendo, desta forma, a exposição dos fundamentos exigidos no artigo 10.º do Decreto-Lei n.º 426/88, de 18 de Novembro.
- 3.2.** A CITE considera que a entidade empregadora fundamentou a medida adoptada não se vislumbrando indícios de uma prática discriminatória com base no sexo, pelo que é de parecer que neste caso a entidade empregadora provou que as razões subjacentes à tomada da medida criadora da contingência, objecto deste parecer, não comportam por si só uma medida discriminatória com base no sexo.

APROVADO POR UNANIMIDADE DOS MEMBROS PRESENTES NA REUNIÃO DA CITE DE 22 DE ABRIL DE 2002