

PARECER N.º 101/CITE/2007

Assunto: Concurso para admissão de guardas prisionais masculinos

Igualdade e não discriminação em função do sexo

Processo n.º 415 – DV/2007

I – OBJECTO

1.1. Em 14 de Novembro de 2007, a CITE recebeu um ofício do Director-Geral dos Serviços Prisionais, nos termos seguintes:

Assunto: Concurso para admissão de guardas prisionais masculinos

Pedido de parecer

Na sequência do descongelamento de 300 lugares de guarda prisional (Despacho n.º 4289/2007, publicado no D.R. n.º 49, II Série, de 9 de Março de 2007), pretende esta Direcção Geral proceder à abertura do correspondente concurso externo de ingresso na categoria de guarda prisional.

Pretende-se, no entanto, condicionar o recrutamento a elementos do sexo masculino, pelas razões que abaixo se indicam:

a) O Estatuto do Corpo da Guarda Prisional, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 174/93, de 12 de Maio, alterado pelo Decreto-Lei n.º 33/2001, de 8 de Fevereiro, nada dispõe sobre esta possibilidade;

b) Haver necessidade de reforçar apenas os estabelecimentos prisionais masculinos, considerando que o movimento de saídas para aposentação tem ocorrido quase exclusivamente nos guardas masculinos;

c) As limitações funcionais a que as guardas do sexo feminino estão sujeitas quando colocadas em estabelecimentos prisionais masculinos e que decorrem do regime jurídico relativo à Execução das Medidas Privativas de Liberdade (Decreto-Lei n.º 265/79 de 1 de Agosto, com as alterações introduzidas pelos Decretos-Leis n.º 49/80, de 22 de Março, e n.º 414/85, de 18 de Outubro), que estipula a completa separação dos reclusos, nomeadamente em função do sexo, pelo que as funções exercidas nesses estabelecimentos prisionais requerem elementos do sexo masculino para, nomeadamente, procederem à revista de reclusos e trabalho de vigilância no interior das alas, garantindo-se desta forma o respeito pelos direitos liberdades e garantias pessoais previstos no artigo 26.º da Constituição da República Portuguesa;

d) A população reclusa feminina tem vindo a ser concentrada em estabelecimentos prisionais exclusivamente femininos, como é o caso do Estabelecimento Prisional Especial de Sta Cruz do Bispo, com a correspondente reafecção a esses estabelecimentos prisionais das guardas femininas;

e) Em 1 de Outubro de 2007, terem sido admitidas 80 guardas femininas, na sequência de concurso externo de ingresso, as quais, após terminarem o respectivo curso de formação para ingresso na carreira, irão preencher as necessidades actualmente existentes nos estabelecimentos prisionais com população reclusa feminina;

Apesar do forte convencimento de que a intenção de limitar o recrutamento a elementos do sexo masculino por motivos imperiosos do funcionamento dos serviços, atendendo à especificidade das funções exercidas, como atrás referido, não configurará qualquer prática discriminatória com base no sexo, venho pelo presente solicitar a V. Ex.^a a emissão de parecer sobre esta pretensão, considerando as competências legalmente atribuídas a essa Comissão.

1.2. Em 24 de Novembro de 2007, a CITE recebeu novo ofício do referido Director-Geral, nos termos seguintes:

Relativamente ao assunto em epígrafe e em aditamento ao nosso ofício n.º 530/GDG/07, de 13 de Novembro p.p., cumpre informar o seguinte:

1. O actual parque penitenciário é constituído por 21 estabelecimentos prisionais centrais e especiais, 30 estabelecimentos prisionais regionais e uma cadeia de apoio. Destes estabelecimentos prisionais, apenas 3 estão vocacionados para acolher população reclusa feminina, que são: estabelecimento prisional especial de Tires e de Sta Cruz do Bispo e Regional de Odemira.

Complementarmente, existem ainda 6 secções femininas nos seguintes estabelecimentos prisionais: EP Funchal, EPR Aveiro, EPR Guarda, EPR Leiria, EPR Angra do Heroísmo, e Ponta Delgada.

2. A lotação actual prevista para a população reclusa feminina é de 972 lugares, sendo que o número de reclusas, nesta data, é de 813.

3. Relativamente à população reclusa masculina, o sistema prisional dispõe actualmente de 11.420 lugares e de 10.909 reclusos.

II – ENQUADRAMENTO JURÍDICO

2.1. O direito comunitário

De acordo com o n.º 1 do artigo 2.º da Directiva 76/207/CEE do Conselho, relativa à concretização do princípio da igualdade de tratamento entre homens e mulheres no que se refere ao acesso ao emprego, à formação e promoção profissionais e às condições de trabalho, alterada pela Directiva 2002/73/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 23 de Setembro de 2002, o princípio da igualdade de tratamento, na acepção das disposições adiante referidas, implica a ausência de qualquer discriminação em razão do sexo¹, quer directa, quer indirectamente, nomeadamente pela referência à situação matrimonial ou familiar.

De modo a explicitar o conceito de discriminação, preceitua o n.º 2 do mesmo artigo que, para efeitos da referida directiva, se aplicam as seguintes definições:

– *discriminação directa: sempre que, em razão do sexo, uma pessoa seja sujeita a tratamento menos favorável que aquele que é, tenha sido ou possa vir a ser dado a outra pessoa em situação comparável,*

e

– *discriminação indirecta: sempre que uma disposição, critério ou prática aparentemente neutro seja susceptível de colocar pessoas de um dado sexo numa situação de desvantagem comparativamente com pessoas do outro sexo, a não ser que essa disposição, critério ou prática seja objectivamente justificado por um objectivo legítimo e que os meios para o alcançar sejam adequados e necessários.*

Refere ainda o n.º 6 do mesmo preceito que *os Estados-membros podem prever que, no que respeita ao acesso ao emprego, incluindo a formação pertinente, uma diferença de tratamento baseada numa característica relacionada com o sexo não constitui discriminação sempre que, em virtude da natureza das actividades profissionais específicas em causa ou do contexto da sua execução, essa característica constitua um requisito genuíno e determinante para o exercício da actividade profissional, na condição de o objectivo ser legítimo e o requisito proporcional².*

2.2. O direito nacional

A Constituição da República Portuguesa consagra, na parte I, relativa aos direitos e deveres fundamentais, o princípio da igualdade, ao preconizar, no n.º 2 do artigo 13.º, que ninguém pode ser privilegiado, beneficiado, prejudicado, privado de qualquer direito ou isento de qualquer dever em razão de ascendência, sexo³, raça, língua, território de origem, religião, convicções políticas ou ideológicas, instrução, situação económica ou condição social.

¹ Sublinhado nosso.

² Sublinhado nosso.

³ Sublinhado nosso.

Ora, a Assembleia da República decretou, através da Lei n.º 99/2003, de 27 de Agosto, a aprovação do Código do Trabalho, publicado em anexo ao referido diploma⁴, pelo que a legislação ordinária nacional, na senda do referido preceito constitucional, e procedendo à transposição da aludida directiva comunitária sobre a matéria⁵, prevê, actualmente, na Subsecção III⁶, Divisões I⁷ e II⁸ do Código do Trabalho, normas sobre igualdade e não discriminação, designadamente em função do sexo.

Assim, de acordo com o previsto nos n.ºs 1 e 2 do artigo 22.º do referido Código, sob a epígrafe *Direito à igualdade no acesso ao emprego e no trabalho, Todos os trabalhadores têm direito à igualdade de oportunidades e de tratamento no que se refere ao acesso ao emprego, à formação e promoção profissionais e às condições de trabalho, pelo que nenhum trabalhador ou candidato a emprego pode ser privilegiado, beneficiado, prejudicado, privado de qualquer direito ou isento de qualquer dever em razão, nomeadamente, de (...), sexo, (...).*

O Código do Trabalho prevê ainda a proibição de discriminação⁹, quer directa, quer indirecta, por parte do empregador, baseada, nomeadamente, no sexo, sem que, contudo, deixe de permitir que, em casos excepcionais, não constitua discriminação o comportamento baseado num dos factores indicados, designadamente o sexo, *sempre que, em virtude da natureza das actividades profissionais em causa ou do contexto da sua execução, esse factor constitua um requisito justificável e determinante para o exercício da actividade profissional, devendo o objectivo ser legítimo e o requisito proporcional*¹⁰.

Conforme referido, o Código do Trabalho dedica especialmente, na Divisão II, da Subsecção III, alguns normativos à igualdade e não discriminação em função do sexo, reforçando os preceitos legais contidos na Divisão I. Deste modo, o n.º 1 do artigo 27.º do citado diploma, sob a epígrafe, *Acesso ao emprego, actividade profissional e formação*, designa que *toda a exclusão ou restrição de acesso de um candidato a emprego ou trabalhador em razão do respectivo sexo a qualquer tipo de actividade profissional ou à formação exigida para ter acesso a essa actividade constitui uma discriminação em função do sexo*, para além de aludir expressamente aos mecanismos utilizados no acesso ao emprego quando preceitua, no n.º 2 do mesmo artigo, que *os anúncios de ofertas de emprego e outras formas de publicidade ligadas à pré-selecção e ao recrutamento não podem conter, directa ou indirectamente, qualquer restrição, especificação ou preferência baseada no sexo*.

Naturalmente, é importante salientar que as disposições contidas na Divisão II deverão ser sempre interpretadas em concordância com as contidas na Divisão I, ou seja, embora o Código

⁴ Vide artigo 2.º da Lei n.º 99/2003, de 27 de Agosto.

⁵ Vide alínea b) do artigo 2.º da Lei n.º 99/2003, de 27 de Agosto.

⁶ Igualdade e não discriminação.

⁷ Disposições gerais.

⁸ Igualdade e não discriminação em função do sexo.

⁹ Vide n.º 1 do artigo 23.º do Código do Trabalho.

¹⁰ Vide n.º 2 do artigo 23.º do Código do Trabalho.

do Trabalho destaque a igualdade e não discriminação em função do sexo e lhe dedique especialmente os artigos 27.º a 32.º, tal não significa que esta matéria se desintegre do âmbito da igualdade e não discriminação e das disposições gerais sobre a matéria à qual é dedicada toda a Subsecção III do Código.

Desta forma, e considerando o preconizado no n.º 1 do artigo 9.º do Código Civil, sob a epígrafe, *Interpretação da lei, A interpretação não deve cingir-se à letra da lei, mas reconstituir a partir dos textos o pensamento legislativo, tendo sobretudo em conta a unidade do sistema jurídico, as circunstâncias em que a lei foi elaborada e as condições específicas do tempo em que é aplicada*. Assim sendo, a interpretação das normas constitucionais, comunitárias e do Código do Trabalho sobre a igualdade e não discriminação deve ser realizada de acordo com o princípio da unidade do sistema jurídico e partindo do caso concreto.

Igualmente, no que se refere à Lei n.º 35/2004, que veio regulamentar o Código do Trabalho, o mesmo princípio se aplica. Tal diploma dedica o Capítulo V à igualdade e não discriminação, dividindo a matéria, de forma semelhante ao Código. Assim, a Secção I refere-se ao âmbito de aplicação do referido capítulo e a Secção II, sobre igualdade e não discriminação, divide-se em duas Subsecções. A Subsecção I é dedicada às disposições gerais sobre igualdade e não discriminação, e a Subsecção II contempla normas relativas à igualdade e não discriminação em função do sexo.

Convém ainda referir que os normativos sobre igualdade e não discriminação¹¹, contidos no Código do Trabalho, são aplicáveis à *relação jurídica de emprego público que confira a qualidade de funcionário ou agente da Administração Pública*, com as necessárias adaptações e sem prejuízo do disposto em legislação especial, por força da alínea a) do artigo 5.º da Lei n.º 99/2003, de 27 de Agosto.

De igual modo, o n.º 2 do artigo 2.º da Lei n.º 35/2004, de 29 de Julho, preceitua que este diploma se aplica à *relação jurídica de emprego público, nos termos do artigo 5.º da Lei n.º 99/2003, de 27 de Agosto*.

2.3. O caso concreto

Na sequência do descongelamento de 300 lugares de guarda prisional, previsto no Despacho n.º 4289/2007, publicado no D.R. n.º 49, II Série, de 9 de Março de 2007, pretende a Direcção-Geral dos Serviços Prisionais proceder à abertura do correspondente concurso externo de ingresso na categoria de guarda prisional, querendo, contudo, condicionar o recrutamento a elementos do sexo masculino, apontando, para tal, as razões expendidas no ofício remetido à

¹¹ Artigos 22.º a 32.º do Código do Trabalho.

CITE e que, tal como constam do ponto 1.1. do presente parecer, se referem, em síntese, ao seguinte:

- O Estatuto do Corpo da Guarda Prisional¹² nada dispõe sobre a possibilidade de condicionar o recrutamento de elementos de apenas um dos sexos;
- Necessidade de reforçar apenas os estabelecimentos prisionais masculinos;
- Limitações funcionais a que as guardas do sexo feminino estão sujeitas, quando colocadas em estabelecimentos prisionais masculinos e que decorrem do regime relativo à Execução das Medidas Privativas da Liberdade¹³, que estipula a completa separação de reclusos, nomeadamente em função do sexo, pelo que as funções exercidas nos estabelecimentos prisionais masculinos, nomeadamente a revista a reclusos e trabalho de vigilância no interior das alas, devem ter em consideração o respeito pelos direitos, liberdades e garantias pessoais previstos no artigo 26.º da Constituição da República Portuguesa;
- A população reclusa feminina tem vindo a ser concentrada em estabelecimentos prisionais exclusivamente femininos, com a correspondente afectação a esses estabelecimentos prisionais de guardas femininas, e
- Em 1 de Outubro de 2007, foram sido admitidas 80 guardas femininas, na sequência de concurso externo de ingresso, as quais, após terminarem o respectivo curso de formação para ingresso na carreira, irão preencher as necessidades actualmente existentes nos estabelecimentos prisionais com população reclusa feminina.

Ora, pretendendo a Direcção-Geral dos Serviços Prisionais que a CITE emita parecer sobre a existência ou não de discriminação em função do sexo na abertura de concurso para preenchimento de 300 lugares de guarda prisional¹⁴, condicionando o recrutamento a elementos do sexo masculino, uma vez que, actualmente, apenas é necessário reforçar os estabelecimentos prisionais masculinos, cumpre analisar o caso considerando as informações veiculadas pela referida Direcção-Geral e as normas legais relativas à igualdade e não discriminação.

Sabendo-se que o n.º 1 do artigo 11.º do Decreto-Lei n.º 265/79, de 1 de Agosto, sob a epígrafe *Critérios de afectação a um estabelecimento*, dispõe que *na afectação do recluso a um estabelecimento deve(m) ter-se em conta (...) o sexo*, e que, de acordo com o n.º 1 do artigo 12.º do mesmo diploma, na redacção que lhe foi dada pelo Decreto-Lei n.º 49/80, de 22 de Março, sob a epígrafe *Separação dos reclusos*, *Deve promover-se a completa separação de reclusos, em função do sexo, idade e situação jurídica, em estabelecimentos próprios ou, quando isso não for possível, em secções separadas dentro do estabelecimento*, afigura-se que, no caso *sub judice*, o condicionamento a elementos do sexo masculino na abertura de concurso para recrutamento de guardas prisionais, de modo a preencher apenas os lugares vagos para a

¹² Aprovado pelo Decreto-Lei n.º 174/93, de 12 de Maio, alterado pelo Decreto-Lei n.º 33/2001, de 8 de Fevereiro.

¹³ Decreto-Lei n.º 265/79, de 1 de Agosto, com as alterações introduzidas pelo Decreto-Lei n.º 49/80, de 22 de Março, e pelo Decreto-Lei n.º 414/85, de 18 de Outubro.

¹⁴ Despacho n.º 4289/2007, publicado no D.R. n.º 49, II Série, de 9 de Março de 2007.

referida categoria profissional, em estabelecimentos prisionais de reclusos masculinos, não será discriminatório, uma vez que se integra nos casos excepcionais legalmente previstos no n.º 2 do artigo 23.º do Código do Trabalho.

De facto, uma vez que a natureza e a especificidade da actividade profissional dos guardas prisionais envolve, designadamente, a revista a reclusos e a vigilância no interior das alas, o que pressupõe, de certo modo, alguma invasão da intimidade do reclusos, é de admitir que, de modo a salvaguardar o direito à integridade e dignidade pessoal dos mesmos¹⁵, a referida actividade possa ser exercida por elementos do sexo masculino quando estão em causa reclusos do mesmo sexo.

Da informação prestada pela Direcção-Geral dos Serviços Prisionais, não decorre que, da experiência existente no parque prisional em causa, se verifique que o desempenho de funções por guardas prisionais do mesmo sexo dos/das reclusos/as pudesse ter outros resultados, considerados mais adequados aos fins a que se destinam, caso fosse alterada esta prática¹⁶.

Aliás, é de salientar que o Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias reconheceu que o sexo pode constituir uma condição determinante para empregos como os de guardas prisionais e chefes de guardas prisionais, mediante Acórdão de 30 de Junho de 1988, proferido no âmbito do processo 318/86, em que a Comissão das Comunidades Europeias demandou a República Francesa¹⁷, no qual se pode ler, no ponto 12, que, *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 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.*

III – CONCLUSÃO

¹⁵ Vide n.º 2 do artigo 25.º da Constituição da República Portuguesa, sob a epígrafe *Direito à integridade pessoal*, directamente aplicável por força do n.º 1 do artigo 18.º do mesmo diploma que refere que os preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias são directamente aplicáveis e vinculam as entidades públicas e privadas.

Vide, igualmente, Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, publicada em 18.12.2000, no Jornal Oficial das Comunidades Europeias – cfr. n.º 1 do artigo 3.º sob a epígrafe *Direito à integridade do ser humano*, nos termos do qual *todas as pessoas têm direito ao respeito pela sua integridade física e mental.*

¹⁶ Vide n.º 2 do artigo 9.º da Directiva 76/207/CEE do Conselho, relativa à concretização do princípio da igualdade de tratamento entre homens e mulheres no que se refere ao acesso ao emprego, à formação e promoção profissionais e às condições de trabalho, alterada pela Directiva 2002/73/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 23 de Setembro de 2002, que refere *que os Estados-membros devem proceder periodicamente a um exame das actividades profissionais referidas no n.º 2 do artigo 2.º com a finalidade de apreciar, tendo em consideração a evolução social, se se justificará manter as exclusões em questão. Devem comunicar à Comissão o resultado deste exame.*

¹⁷ In *Colectânea de Jurisprudência 1988*, página 3559, e também disponível em www.eur-lex.europa.eu.

3.1. Em face do que antecede, a CITE delibera que:

3.1.1. No caso *sub judice*, o condicionamento a elementos do sexo masculino na abertura de concurso para recrutamento de guardas prisionais, de modo a preencher os lugares vagos para a referida categoria profissional, em estabelecimentos prisionais de reclusos masculinos, não é discriminatório, uma vez que se integra nos casos excepcionais legalmente previstos no n.º 2 do artigo 23.º do Código do Trabalho, dado que a natureza e a especificidade da actividade profissional dos guardas prisionais envolve, designadamente, a revista a reclusos e a vigilância no interior das alas, o que pressupõe, em certa medida, alguma invasão da intimidade dos reclusos, sendo de admitir que, de modo a salvaguardar o direito à integridade e dignidade pessoal dos mesmos, a referida actividade possa ser exercida por elementos do sexo masculino quando estão em causa reclusos do mesmo sexo e por elementos do sexo feminino quando estejam em causa reclusas.

**APROVADO POR UNANIMIDADE DOS MEMBROS PRESENTES NA REUNIÃO DA
CITE DE 20 DE DEZEMBRO DE 2007**