

Trabalho prisional na lusofonia em abordagem metodológica jurídica-feminista da análise do direito

Prison labour on Lusophony. A legal approach to a feminist methodology of jurisprudence

Marco Ribeiro Henriques 1 (PG), Daniela Serra Castilhos 2 (PQ).

1-Doutorando em direito, Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, Lisboa, Portugal.

2-Doutora em direito. Universidade Portucalense Infante D. Henrique, Porto, Portugal.

mrh.researcher@gmail.com ; dcastilhos@uportu.pt

Resumo

A nossa proposta de investigação reflete a controvérsia sobre a conceptualização jurídica da relação que se estabelece entre quem disponibiliza tarefas de trabalho dentro do espaço prisional e quem aceita estas tarefas, subordinando-se às ordens, horários e remuneração afeta a tais tarefas de trabalho, operando uma relação jurídica de trabalho que não conhece regulação normativa particular à sua singularidade.

Propomos apresentar resultados em atualização referentes à análise metodológica feminista do fenómeno jurídico, essencialmente analítica e comparada entre jurisprudência de tribunais superiores em Portugal e, na mesma medida, entre aquela que é emanada do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos, mas igualmente no quadro da *soft law* emanada do Conselho da Europa. Escolha fundamentada nas especificidades particulares de cada uma das prerrogativas jurídicas em análise.

São definidas hipóteses autopoéticas de investigação na análise desenvolvida na nossa investigação à luz de um fundamento quadro teórico e metodológico feminista de análise do direito, por referência aos resultados obtidos através comparação dos indicadores parametrizados subsumidos à jurisprudência identificada.

Palavras-chave: Trabalho prisional. Jurisprudência. Direito público comparado. Metodologia feminista de análise do direito. Autopoiese.

Abstract

Our research proposal reflects the controversy over legal conceptualization of the relationship that is established between who offers work tasks within the prison and who accepts these tasks, subject to orders, schedules and compensation affect such work tasks, operating a legal relationship that knows no particular legislation adjustment to your uniqueness.

We propose to deliver results in update regarding the methodological analysis of feminist legal phenomenon essentially analytic and compared between case law of higher courts in Portugal and, in equal measure, between that which is issued by the European Court of human rights, but also in the context of "soft law" published by the Council of Europe. Choice based on the specificities of each of the legal prerogatives.

Autopoietic research hypotheses are defined on the analysis developed in our investigation in the light of a theoretical framework and methodological basis of feminist analysis of law, by reference to the results obtained through comparison of indicators parameterized subsumed the case law identified.

Keywords: Prison Work. Jurisprudence. Public law. Legal feminist methodology of analysis. Autopoiesis.

Introdução

A nossa proposta insere-se num domínio jurídico dos direitos humanos e fundamentais das pessoas, em geral e, mormente, no que concerne ao poder que emerge do direito público, através do exercício da soberania do Estado de Direito em particular, laborando o nosso estudo na senda de um dos princípios estruturantes da ordem jurídico-constitucional do Estado: o princípio da dignidade da pessoa humana.

A análise que se propõe tem por foco o papel da jurisprudência da regulação do trabalho que é desenvolvido por pessoas que vivem em espaços prisionais no cumprimento de penas de prisão, mormente no que concerne à sua validade e enquadramento jurídico.

Esta questão tem sido amplamente denunciada por organismos internacionais e é frequentemente objeto de litigância nos tribunais, tendo chegado aos tribunais superiores internacionais, como o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos e Tribunal de Justiça da União Europeia, diversos casos, nos últimos anos, sob os quais subsistem decisões, que têm conformado um respaldo mínimo de proteção, onde o legislador ordinário não tem conseguido chegar e sob as quais se propõe uma aprofundada análise jurídica comparada.

Sem embargo, subsistem, por resolver, assimetrias de género ímpares na eficácia de algumas funções de soberania, onde a questão prisional, em geral e, o trabalho prisional, em particular, são sinónimos frequentes de necessária reflexão na seara jurídica, o que, por si, só remete para a utilização de metodologias feministas para a análise do direito.

Preliminarmente, procura-se responder à questão de saber: Qual a conformação jurídica que deve ter a relação de trabalho que se estabelece dentro dos muros da prisão, entre quem disponibiliza trabalho e quem, uma vez em cumprimento de pena de prisão, aceita desempenhar esse trabalho?

Esta uma realidade portuguesa, mas igualmente europeia e muito evidente na lusofonia, por referencia ao caso em estudo, como bem o vem demonstrando pela Corte Interamericana de Direitos Humanos e Conselho da Europa através dos seus relatórios anuais ou mesmo do

Tribunal Europeu dos Direitos Humanos, nomeadamente através dos seus relatórios anuais sobre o estado dos direitos humanos no mundo, onde as prisões em geral continuam a figurar como potenciais mecanismos de ofensa aos direitos humanos das pessoas, e o trabalho prisional sem regulação específica como uma das “novas formas de tortura” dentro das prisões .

Como se referiu, este não é um problema exclusivamente português, mas um problema mais amplo e transversal ao espectro territorial, mas, sobretudo, o próprio sistema prisional constitui um problema latente de apurada reflexão, numa perspectiva holística das suas problemáticas, em muito associadas ao modelo confinante de intervenção que a sociedade hodierna faz junto das pessoas, agentes de crime, com recursos a meios técnicos, infraestruturas, mas igualmente jurídicos, com uma conceitualidade pouco mais que medieva .

Metodologia

A proposta colocada, tem por base um esquema metodológico ordenado, sistematizado e consequencial, partindo da questão de investigação previamente apresentada, para uma análise quantitativa e qualitativa dos fatores e dados recolhidos.

Preliminarmente, foram delimitados os recursos de investigação disponíveis, nomeadamente livros e outros recursos bibliográficos, disponíveis em formato físico e em motores de busca eletrónica especializados, de autores de reconhecido mérito, que versam sobre as questões prisionais e, em particular, sobre o trabalho prisional e suas problemáticas associadas.

Reconhece-se a relevância dos dados estatísticos e particularmente dos relatórios que são emitidos por organizações governamentais e não governamentais, pelo que, ainda em sede de revisão prévia ao estado da arte, procurou-se delimitar o quadro geral da investigação através do recurso aos dados disponíveis sobre a matéria em análise, tratados privilegiando metodologias de análise qualitativa.

Assim, foram estudados conceitos basilares à questão de investigação, como o conceito e dimensão da reinserção social, da reentrada que estão intimamente conectados com o objeto da análise que se pretende desenvolver - o trabalho prisional.

Por forma a complementar o estudo de investigação procurámos desenvolver uma recolha de dados em estudos realizados no espaço prisional, no âmbito de outras ciências conexas com o direito, como a criminologia ou a sociologia do direito.

Ainda nesta fase de análise de recursos de investigação, realizámos uma investigação aberta a contributos obtidos em congressos, conferências e outros eventos científicos especializados nesta área.

Por conseguinte, analisados os elementos de investigação disponíveis através de metodologias, sobretudo quantitativas, procurou-se parametrizar os indicadores de comparação, sob os quais, na fase seguinte da investigação, se desenvolveu uma comparação entre a jurisprudência selecionada.

Neste sentido, procurou-se desenvolver uma metodologia de análise comparada entre os indicadores selecionados, mas aberta à inclusão de novos indicadores cuja inclusão, no decorrer da nossa análise, se demonstre relevante.

O tratamento da jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos demonstra-se relevantíssimo, na medida em que são inúmeros os casos que chegam ao TEDH cujas decisões têm produzindo alterações vinculativas em alguns Estados-Parte, onde a *soft law*, nomeadamente o conjunto de Regras Mínimas para

o Tratamento Penitenciário do Conselho da Europa ou o seu equivalente da Organização das Nações Unidas, a Regras de Bangkok ainda não conseguiu chegar plenamente

Esta fase da nossa investigação foi desenvolvida sobretudo com recurso a motores de busca em linha, especializados em jurisprudência, mas igualmente em coletâneas de jurisprudência publicadas em formato físico, em Portugal e no estrangeiro.

Resultados e Discussão

Muito embora o crime seja um objeto recorrente de estudo e de estimulado interesse no direito, em particular, e nas ciências sociais, em geral, em Portugal, mas também na Europa, as ciências jurídicas continuam por estudar, suficientemente, o modelo de intervenção penitenciária, bastante arreigado ao confinamento de homens e de mulheres.

Alguns autores seguem defendendo que a prisão é erroneamente gerida de dentro para fora dos muros, numa perspetiva de domínio, quase total, sob as pessoas que, no seu interior, cumprem penas de prisão, descorando-se, neste processo de confinamento, o *self* da pessoa humana.

Internacionalmente, nomeadamente nos Estados Unidos da América, encontramos abundância de estudos centrados no processo de reentrada da pessoa, encarando a reentrada das pessoas encarceradas como um problema complexo e multifacetado.

Neste processo, a que Pertersilia chamou reentrada, encontramos diversificados instrumentos de intervenção, entre eles o trabalho prisional. O trabalho prisional é entendido pela doutrina como a prestação de tarefas típicas de uma relação jurídica de trabalho, prestado por pessoa em cumprimento de uma pena de prisão e que, para tanto, cumpre um horário, subordinada a uma hierarquia, em troca de uma retribuição. Ora, as condições de confinamento e de trabalho em prisões, um pouco por toda a Europa, vêm sendo identificadas por alguns organismos judiciais, políticos e da sociedade civil, como configurando novas formas de tortura, em alguns casos porque não asseguram os direitos fundamentais das pessoas em reclusão que não hajam sido capturados pela condenação.

É preciso não perder de vista, que as prisões são espaços pensados para acolher homens e, no caso português, data de 1954 a primeira construção de um estabelecimento prisional edificado, a pensar em acolher mulheres.

Esta acessão de docilidade específica da mulher, enquanto fruto do processo social e das representações conformadas ao longo de séculos - atribuindo-lhe como que tão só o resultado da sua condição jurídica [inferior, entenda-se] - é esparsamente tratada pela seara jurídica, de onde ressaltam quase isolados os estudos de Teresa Pizarro Beleza e, conhecendo outros apuros científicos, entre outros, nos campos da criminologia ou da antropologia, entre outros, através dos estudos de Maria Ivone Cunha.

Na Europa, tanto quanto é conhecido, encontra-se erradicada a modalidade de trabalho prisional mais primitiva de todas: os trabalhos forçados. Subsistem agora duas visões antagónicas sobre o trabalho prisional. A primeira, e prevalente no espaço europeu, que encara o trabalho prisional como uma componente implícita da pena, configurando uma obrigação da

pessoa presa desde que tenha condições físicas, mentais e assim encontre tarefas de trabalho disponíveis na prisão e a segunda visão, e menos prevalente na Europa, encara o trabalho prisional como uma opção da pessoa, inserido num processo de autonomização da vontade das pessoas reclusas, como parte de um modelo mais próximo da ressocialização centrada na pessoa reclusa, como um agente de direitos e deveres no próprio processo de tratamento penitenciário - é o caso português. Porquanto, a nossa pesquisa, desenvolve-se uma abordagem quantitativa, mas sobretudo qualitativa, através do recurso a metodologias feministas de análise do direito de que foram precursoras Katharine Barlett ou Carol Smart, através da comparação de sistemas jurídicos, sobretudo, comparação da jurisprudência dos tribunais superiores em matéria de regulação do trabalho prisional à luz do perspectiva de desenvolvimento dos direitos humanos e fundamentais das pessoas.

Conclusão

Homens e mulheres, uma vez em cumprimento de penas de prisão, são sujeitos a um conjunto alargado de intervenções, que perpassam a condição jurídica de reclusão, procurando, transformar a pessoa, através de um modelo de reinserção assente no trabalho e educação, sem que, porém, o Estado tenha conseguido até hoje regular as condições em que este trabalho é prestado sem dar lugar aos abusos de direitos que se vislumbram e que só passam as portaria da prisão, quando chegam aos tribunais.

Na ausência de regulamentação específica em matéria de trabalho prisional que, por exemplo, proteja as pessoas que trabalham durante o cumprimento de penas de prisão, têm os tribunais superiores, em Portugal, manifestado preocupação sobre o vazio legal que identificamos, através de decisões avulsas, pautadas por interpretações diversas sobre problemas muito específicos como a tutela desta relação jurídica “pública vs privada” ou mesmo sobre a sua conformidade à luz dos princípios da própria União Europeia .

À falta de regulação jurídica específica sobre o trabalho prisional, encontramos na jurisprudência dos tribunais superiores, sobretudo na jurisprudência dos últimos vinte anos, um fiel de produção de regras que vêm balizando a dimensão do trabalho prisional, condenando Estados a cumprir e a indemnizar, atribuindo as mais da vezes a culpa ao poder soberano por não conseguir garantir, por omissão, que se mantenham inalterados certos direitos fundamentais das pessoas presas.

A jurisprudência destes tribunais releva, por isso, uma enorme atualidade para a análise desta questão em aberto, numa perspectiva metodológica hermenêutica, contudo, norteadas por uma análise feminista do fenómeno jurídico, porque se demonstra hodierno e urgente pensar o direito a partir das pessoas – de todas as pessoas.

Conclui-se pela defensabilidade, sob o ponto de vista jurídico-penal, de um modelo e respostas penais comuns aos estados-membros em matéria de soluções penitenciárias (entenda-se, *tout court*, as restritivas da liberdade), enquanto busílis do binómio reinserção/socialização do/a agente de crime, à luz do atual quadro jurídico comunitário com especial enfoque da nossa

perspetiva no quadro dos princípios que unificam os Estados num mesmo “bloco regional”, no conjunto dos direitos humanos indelegáveis à humanidade e dos direitos fundamentais da pessoa humana plasmados na Constituição da República Portuguesa.

Referências

- AEBI, M. [et. al.] (2017). *SPACE II – Annual Penal Statistics: Persons Serving Non Custodial Sanctions and Measures in 2015. Survey 2015 – Executive summary*. Estrasburgo: Conselho da Europa. Disponível: <http://wp.unil.ch> consultado em setembro de 2018.
- ALMEIDA, C. & CARVALHO, J. (2013). *Introdução ao Direito Comparado*. 3.º ed., Coimbra: Almedina,
- BABE, H. (1998). “Tomboys, femmes and prisoner’s dilemmas”. *Journal on Contemporary Issues of Law*. vol. 37 (9). 45-59, e CARLEN, P. (2002). *Women and punishment. The struggle for justice*. Toronto: Willan.
- BARLETT, K. (1991). “Feminist legal methods”. In: BARLETT, K. & KENNEDY, R. (Orgs.). *Feminist legal theory*. Colorado: Westview Press. pp. 370-403, e (1990). *Feminist legal methods*. Harvard Law Review vol. 103 (4). pp. 829-888.
- BELEZA, T. (2010). *Direitos das Mulheres e da igualdade social: a construção jurídica das relações de género*. Coimbra: Almedina, (2000). “Género e direito: da igualdade ao “direito das mulheres”. *Revista Themis*, ano I, n.º 2. Coimbra: Almedina e ainda (1984). *A mulher no direito penal*. Lisboa: Presidência do Conselho de Ministros/Comissão da Condição Feminina.
- ELK, M. & SLOAN, B. (2011). “The Hidden History of ALEC and Prison Labor”. *The Nation*. n.º 1, August. Disponível em: <https://www.thenation.com/article/hidden-history-alec-and-prison-labor/> consultado em setembro de 2018.
- CEJ, (2007). *Educar o Outro – As questões de género, dos direitos humanos e da educação nas prisões portuguesas*. Braga: Humana Global, (2004). “A prisão e as suas novas redundâncias”. *Direito e Justiça*. Vol. Especial pp. 119-125.
- CUNHA, M. (1994). *Malhas que a reclusão tece: Questões de identidade numa prisão feminina*. Lisboa: DUARTE, R. (2006). “Uma Introdução ao Direito Comparado”. In: *O Direito*. ano 138.º, (IV). pp. 769-792 e ainda VICENTE, D. (2008). *Direito Comparado. V.I – Introdução e Parte Geral*. Coimbra: Almedina.
- HARDING, D., MORENOFF, J. & HERBERT, C. (2013). “Home is Hard to Find: Neighborhoods, Institutions, and the Residential Trajectories of Returning Prisoners” In: *Annals of the American Academy of Political and Social Science*. vol. 647 (1). pp. 214-236.
- KUMAR, C. & CHOCKALINGAM, D. (2007). *Human Rights, Justice and Constitutional Empowerment*. Oxford: Oxford University Press e SEGADO, F. (2009). *La justicia constitucional: Una vision de derecho comparado*. Madrid: Dykinson.
- MEARS, D. P. & MESTRE, J. (2012). “Prisoner Reentry, Employment, Signaling, and the Better Identification of Desisters: Introduction to the Special Issue”. *Criminology & Public Policy*. vol. 11 (1): 5-15., MUNN, M. & BRUCKERT, C. (2010). “Beyond Conceptual Ambiguity: Exemplifying The ‘Resistance Pyramid’ Through The Reflections Of (ex) Prisoners Agency”. *Qualitative Sociology Review*. vol. VI (2): 137-149.
- OLIVEIRA, M. (2014). “Criminality and prisons for women; an analysis of gender issues”. *Revista Ártemis*. jul. - dez. Vol. VIII.
- PETERSILIA, J. (2003). *When Prisoners Come Home: Parole and Prisoner come Home*. Oxford: Oxford University Press.
- ROMÃO, M. (2015). *Prisão e Ciência Penitenciária em Portugal*. Coimbra: Almedina e RODRIGUES, A. (2002). *Novo olhar sobre a questão penitenciária*. 2º ed. Coimbra: Coimbra.
- SMART, C. (1995). *Feminism and the power of law*. London: Routledge, e (1994). “La teoría feminista y el discurso jurídico”. In: LARRAURI, E. (Org.). *Mujeres, Derecho penal y criminología*. Madrid: Siglo Veintiuno. pp.167-189.