

OBSERVATÓRIO DOS DIREITOS HUMANOS

RELATÓRIO

Setembro de 2011

*Direito ao Subsídio de Desemprego por Dirigente Associativo de
Associação sem fins lucrativos*

I. Apresentação do caso

O Observatório dos Direitos humanos recebeu uma denúncia proveniente de uma associação sem

fins lucrativos – CASORGANIZADOS -, alegando, para o efeito, aqueles que são, no seu entender, os factos que postulam uma violação de direitos constitucionalmente consagrados, como sejam o direito à Liberdade de Associação (art. 46º CRP) e o direito à Segurança Social (art.63º). Porquanto:

No dia 29 de Junho de 2010, um dos elementos dos órgãos sociais da associação descrita dirigiu-se ao serviço Local de Segurança Social de Vila Nova de Gaia, munido de todos os elementos necessários para que fosse dado início ao procedimento de concessão do Subsídio de Desemprego.

Ora, para além dos elementos essenciais, expôs que se encontrou a trabalhar por um período de 2 anos no Projecto Vida e Emprego no GAF (Gabinete de Apoio à Família de Viana do Castelo), findo o qual, se encontrava sem quaisquer tipo de remunerações, pelo que, requeria o subsídio de desemprego correspondente ao período em que se encontrou a trabalhar.

Nada tendo sido objectado quanto aos elementos entregues ou quanto ao direito invocado pelo requerente, a pretensão veio, num momento posterior, a ser indeferida com base no facto de o cidadão em causa ser membro de um órgão social de uma associação.

Para reverter a situação, caber-lhe-ia duas hipóteses (1) ou atestar através da cópia da acta da Assembleia Geral registada, que o exercício de funções não era remunerado ou (2), ao invés, demitir-se de tais funções.

Acontece que, na acta constitutiva da Associação, nada é referido a respeito das remunerações dos seus órgãos, exactamente, porque estas não estavam previstas. Assim, a alternativa deste cidadão, para garantia da sua própria subsistência, passaria, como última opção possível, pela restrição do direito de associação em favor do direito à Segurança Social.

Apesar de interpelada, a 13 de Junho de 2011, para se pronunciar sobre os factos acabados de aludir, não foi possível obter qualquer resposta por parte da Segurança Social.

Deste modo, coloca-se a questão de saber até que ponto esta solução legal da Segurança Social, que condiciona a atribuição/reconhecimento de um Direito Económico, Social e Cultural, que é o direito à Segurança Social, materializado no direito ao Subsídio de Desemprego, é, em si, violadora do direito à Liberdade e Associação - um Direito, Liberdade e Garantia.

II. Enquadramento jurídico no plano dos direitos Humanos

a. Direito à Liberdade de Associação

A lei fundamental de 76 e as suas sucessivas alterações postulam um conjunto de direitos fundamentais, que materializam, de *per si*, a dignidade da pessoa Humana. Entre eles, encontramos os Direitos, Liberdades e Garantias (DLG), direitos de excelência, cuja existência e vigor são inalienáveis. Neste catálogo, defrontamo-nos com o art. 46º, que prevê a liberdade de associação, ao garantir que “os cidadãos têm o direito de, livremente, e sem dependência de qualquer autorização, constituir

associações, desde que estas não se destinem a promover a violência e os respectivos fins não sejam contrários à lei penal” (nº.1), sendo que, prossegue o nº.2, “as associações prosseguem livremente os seus fins sem interferência das autoridades públicas e não podem ser dissolvidas pelo Estado ou suspensas as suas actividades senão nos casos previstos na lei e mediante decisão judicial”. Como vemos, este artigo faz desabrochar a liberdade ao cidadão e garante o seu exercício através de fortes restrições ao Estado¹.

Por associação entende-se a organização resultante da reunião legal entre duas ou mais pessoas, com ou sem personalidade jurídica (art.167º/1 e 195º/1 do CC), para a realização de um objectivo comum. Desta modo, o direito de associação traduz-se no direito subjectivo de cada indivíduo ser livre de se associar a outros e de constituir associações. Porquanto, é um direito complexo que se analisa em vários direitos ou liberdades específicos, além de ser, fundamentalmente, um direito negativo, um direito de defesa, sobretudo, perante o Estado, proibindo a intromissão deste, quer na constituição de associações, quer na sua organização, quer na sua vida interna.²

A própria Declaração Universal dos Direitos do Homem, aprovada em 10 de Dezembro de 1948, estipula na alínea 1 do Artigo 20 que "toda a pessoa tem direito à liberdade de reunião e de associação pacíficas." Por sua vez, a Convenção Europeia dos Direitos do Homem, aprovada para ratificação pela Lei nº 65/78, de 13 de Outubro, convenciona que “qualquer pessoa tem direito à liberdade de reunião pacífica e à liberdade de associação, incluindo o direito de, com outrem, fundar e filiar-se em sindicatos para a defesa dos seus interesses” e ainda que "o exercício deste direito só pode ser objecto de restrições que, sendo previstas na lei, constituírem disposições necessárias, numa sociedade democrática, para a segurança nacional, a segurança pública, a defesa da ordem e a prevenção do crime, a protecção da saúde ou da moral, ou a protecção dos direitos e das liberdades de terceiros."

Em síntese, podemos afirmar que, independentemente da forma como cada ordem jurídica - nacional, europeia ou internacional - entenda consagrar expressamente o direito à liberdade, esta traduzir-se-á na possibilidade de escolha de um comportamento. Nessa medida, a dimensão negativa deste princípio tem de ser relevada. Assim, a essência da liberdade é a escolha pessoal e isenta de pressões externas condicionantes. Antes, é fruto da vontade interior de cada indivíduo na sua vivência em sociedade.

b. Direito à Segurança social

O direito à Segurança Social contemplado no art. 63º da CRP é um Direito Económico, Social e Cultural (DESC) resultante dos chamados direitos de terceira geração. Estes são direitos que se caracterizam pelas pressões dos cidadãos junto do Estado a fim de obter/“exigir”³ prestações sociais⁴. Essas prestações são, por sua vez, tarefas fundamentais do próprio Estado.

Contudo, estes direitos a prestações são conformados e delimitados pelas opções do chamado legislador ordinário, o qual regulamenta de acordo com as orientações político-económicas que o executivo determina⁵, enquanto “esforço nacional e [à] cooperação internacional, de harmonia com a organização e os recursos de cada povo”, tal como dispõe o art.22º DUDH.

Assim, tais direitos constituem normas jurídicas preceptivas, que concedem aos indivíduos posições

¹ Neste sentido entende também Jorge Miranda em “Manual de direito Constitucional”, Tomo IV, direitos Fundamentais, 4ª Edição, Coimbra Editora, pág.153.

² www.pgdlisboa.pt

³ Para Vieira de Andrade a expressão correcta a utilizar neste domínio será “pretensões” e não “exigências”.

⁴ Cf. Canotilho, Gomes, em “direito constitucional e teoria da constituição”, 7ª edição, Almedina, pag. 408.

⁵ Assim entende o mesmo autor na ob. Cit, págs. 474 e 476.

jurídicas subjectivas e estabelecem garantias institucionais. Consequentemente, gozam da mesma força jurídica que as normas constitucionais imperativas, daí que o seu conteúdo seja determinado pela constituição num *mínimo*. Já o conteúdo final será determinado pelas opções do legislador ordinário, o qual dispõe de um poder de conformação autónoma. É deste poder, que resultam os vários diplomas legislativos que regulam a concessão desta prestação social. Deste modo, passa-se da garantia constitucional à criação de pressupostos materiais para o seu exercício.

Por essa razão também se explica que os DESC disponham de um conteúdo nuclear dotado de força jurídica, por referência imediata à dignidade da Pessoa Humana, a qual alicerça os direitos fundamentais.⁶ Deste modo, considera-se que são atribuições do Estado, zelar pela dignidade da pessoa humana, garantindo a sua sobrevivência digna, não obstante o respeito pelos condicionalismos dos recursos existentes. Condisionalismos esses, que impõem a criação de regimes próprios e apertados para a atribuição das respectivas prestações.

Nessa conformidade, foi implementada a Lei 110/2009, de 16 de Setembro, a qual disciplina os regimes abrangidos pelo sistema previdencial dos trabalhadores por conta de outrem ou em situação legalmente equiparada para efeitos de segurança social⁷. Assim, o nº. 1 do art. 19 do referido diploma contempla que há lugar à protecção social, aquando da verificação de eventualidades como a doença, a maternidade, a paternidade/ adopção, o *desemprego*, as doenças profissionais, a invalidez, a velhice e a morte.

Não obstante a consagração de um regime geral de previdência, é ainda fixado um conjunto de disposições específicas para os trabalhadores de determinadas categorias, aos quais é atribuído um âmbito material de protecção social reduzido. Nesta panóplia de situações, insere-se a regulamentação dos *membros dos órgãos estatutários das pessoas colectivas e entidades equiparadas*, sendo, contudo, **excluída expressamente a aplicabilidade do regime especial aos membros de órgãos estatutários de pessoas colectivas sem fins lucrativo, que não recebam pelo exercício** da respectiva actividade qualquer tipo de remuneração [art. 63º, a)]. Significa isto que caberá a estes membros o regime geral de protecção.

III. Conclusões

Do exposto é possível tecer algumas considerações que nos permitem fazer um melhor enquadramento da questão jurídica levantada.

Desde logo, podemos atentar no facto de no acto constitutivo da associação se encontrar determinado que a mesma será “uma associação portuguesa por tempo indeterminado e *sem fins lucrativos*”, cf. art. 1º do respectivo estatuto⁸. Por assim ser e por se tratar de um documento autêntico, o mesmo faz fé plena. Porquanto, o cariz não lucrativo da associação, não pode ser objecto de dúvida, em conformidade com o nº. 1 do art. 1º do CNOT.

Contudo, a ausência de qualquer referência expressa ao carácter não remuneratório das funções desempenhadas, acarretou o indeferimento da prestação de subsídio de Desemprego por equiparação aos “administradores, directores e gerentes de empresas”, cujas funções se

⁶ Neste sentido, Andrade, José Carlos Vieira de, em “ Os Direitos Fundamentais na Constituição portuguesa de 1976”, 3ª edição, Almedina, pagina 386.

⁷ Este diploma é aplicável ainda aos trabalhadores independentes, bem como àqueles a quem se aplica o regime de inscrição facultativa.

⁸ Por remissão expressa no próprio documento para o disposto no nº.2 do art. 64 do CNOT, o qual confere como parte integrante do acto constitutivo os elementos constantes do estatuto.

presumem remuneradas.

Ora, esta equiparação é, *ab initio*, errada, porque assenta num pressuposto, também ele, errado. Qualquer sociedade, pelo facto de se ter constituído com essa natureza, tem, necessariamente, um escopo lucrativo, o qual deriva do seu próprio fim (art.980º, 991º e 992º do CC). Portanto, bem se comprehende que a Segurança Social recuse a concessão do subsídio de desemprego àqueles que o solicitem e permaneçam a exercer funções como órgãos dirigentes em sociedades. Isto assim é, uma vez que do exercício de tais funções deriva normalmente a correspondente remuneração. Porém, nas associações, a lógica utilizada não pode ser aplicada, desde logo porque existem associações sem fins lucrativos, onde o desempenho das funções referidas deriva normalmente da voluntariedade dos seus membros. Este é pois, o cerne da questão em apreço. **É certo, em abono da verdade, que os cargos associativos de direcção podem ser remunerados, mas essa é uma situação tendencialmente excepcional, resultante dos próprios estatutos, que obriga à sua comunicação à Segurança Social, à semelhança do que acontece com a admissão de trabalhadores.**

Como tal, a Segurança Social indeferiu o respectivo subsídio com base numa analogia presuntiva que mais não é do que um erro crasso, na medida em que equipara situações que não podem ser equiparadas por divergirem no próprio fim. Este é um ditame lógico do princípio da Igualdade na sua vertente negativa, isto é, não permitir discriminações, nem vantagens indevidas, e na sua vertente positiva, ao tratar igual o que é igual e diferente o que é diferente, tal como resulta do art. 13º da CRP.

Em segundo lugar, verificamos que, in casu, esta presunção implica um enorme grau de onerosidade da prova a produzir pelo requerente, pelo facto de não se encontrar previsto, especificamente, no acto constitutivo da associação o carácter não retributivo do exercício de funções pelos seus membros. Tal facto implicará: (1) que durante o tempo em que não for possível proceder à realização da Assembleia Geral para alteração dos estatutos - de forma a fazer neles constar a situação descrita -, o cidadão se encontre numa situação de carência económica, por não ter nenhuma fonte de rendimento; (2) novos custos para a associação no âmbito do procedimento de registo da acta resultante da Assembleia Geral, que altere ou acrescente o carácter não retributivo do exercício de funções dos seus membros, custos esses, que poderá não estar em condições de suportar; (3) que face à mora e onerosidade de todos estes aspectos burocráticos, o cidadão seja “coagido” pelo Estado que lhe garante os direitos, a deles abdicar.

A verdade é que o sistema de direitos fundamentais foi-se implementando ao longo dos tempos de acordo com três características: acumulação, variedade e abertura. Esta trilogia assenta na criação de novos direitos ao longo dos tempos. Esses direitos subsistem a par dos direitos consagrados pelas gerações anteriores. E, por assim ser, o facto do direito à liberdade ser um direito de primeira geração e o direito à Segurança Social ser um direito de terceira geração, os mesmos encontram-se em pé de igualdade constitucional.

Ora, tratando-se tais direitos de Direitos, Liberdades e Garantias, ou seja, direitos da mesma natureza, a solução passará por uma cedência entre si, sem perda do núcleo essencial de qualquer um deles, da tal modo que possam coexistir num mesmo plano de protecção, quer a liberdade de associação, quer a protecção social.

Apesar de propender para considerar que o diferendo resultou de uma má interpretação da lei pelos respectivos serviços, a verdade é que, mesmo que se entenda que existe uma verdadeira colisão de direitos, ao fim e ao cabo, o que se exige é que se dê cumprimento ao disposto no nº. 1 do art. 335º do CC, o qual postula um ponto de equilíbrio que assegure a plena eficácia de cada um dos direitos conflituantes.

Logo, a situação denunciada e anteriormente descrita, pelas razões invocadas, é claramente,

violadora de um Direito, Liberdade e Garantia - o Direito à Liberdade de Associação, em consequência da interpretação jurídica dada à legislação em vigor.

A Relatora

Tânia Martins Oliveira

Bibliografia Citada:

- Constituição da República Portuguesa
- Andrade, José Carlos Vieira de, “Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976”, 3^a ed. Almedina
- Canotilho, J. J. Gomes, “Direito Constitucional e Teoria da Constituição”, 7^aed., Almedina.
- Código Civil
- Miranda, Jorge, “Manual de Direito Constitucional - Direitos Fundamentais”, Tomo IV, 4^aed., Coimbra Editora.

Abreviaturas

CC- Código Civil

CNOT- Código do Notariado

CF- Conferir

CRP- Constituição da República Portuguesa

DESC- Direitos Económicos, sociais e Culturais

DLG- Direitos, Liberdades e Garantias