

Exm.º Senhor
Presidente da Direcção da ATM
Rua Capitão Henrique Galvão, 130, 7.º
D Fte
4050-300 PORTO

Vossa Ref.ª

Vossa Comunicação
2010-07-19

Nossa Ref.ª
Proc. R-3631/10 (A6)

Assunto: Portugal Telecom. Utilização de golden share.

1. A propósito da decisão recentemente tomada pelo Estado enquanto accionista da Portugal Telecom, no seio da assembleia geral de 30 de Junho último, suscitou V.ª Ex.ª a intervenção do Provedor de Justiça, sem concretizar um pedido ou razões de queixa integrados nas suas atribuições legais e constitucionais. Convirá desde já excluir a possibilidade de uso das competências previstas nos art.ºs 283.º, n.º 1, e 281.º, n.º 2, d), da Constituição.

Na verdade, quanto ao mecanismo do artº 283, nº 1, citado por V.ª Ex.ª, parece claro que nunca poderia ter aplicação nesta situação concreta a verificação de inconstitucionalidade por omissão. Esta, como é pacificamente definido pela doutrina, ocorre quando, após um período razoável, o órgão legislativo competente emite a produção de norma legal que confira exequibilidade a norma constitucional que, sem aquela, não a deteria. Não tendo sido identificada por V. Ex.ª nenhuma norma constitucional não exequível por si mesma, nem aliás alguma omissão, parece deslocada a referência que é feita ao art.º 283.º da Constituição.

No âmbito ainda da garantia da Constituição e do papel que é aqui reconhecido ao Provedor de Justiça, poderia ter mais interesse a análise do mecanismo previsto no art.º 281.º, qual seja a fiscalização abstracta sucessiva da constitucionalidade (e, em certos casos, de ilegalidade). Assim, V.ª Ex.ª considera a actuação estadual em causa como violando certa regra constitucional, designadamente a prevista no art.º 86.º, n.º 2, da Lei Fundamental.

Sem, para já, concordar ou discordar com esta asserção, há um motivo para liminarmente se excluir a possibilidade de, mesmo no caso afirmativo, poder dar seguimento à pretensão suscitada por V.ª Ex.ª É que os mecanismos de fiscalização da constitucionalidade, previstos na Constituição como estando a cargo do Tribunal Constitucional, restringem-se no seu objecto às normas jurídico-públicas. Dito de outra forma, a violação, por certo acto que não tenha carácter normativo, da Constituição, merecendo sem dúvida a censura cominada no art.º 3.º, n.º 3, da mesma, não está sujeita ao controlo daquele Tribunal.¹ Do leque de normas que são citadas na queixa de V.ª Ex.ª, nenhuma parece determinar a actividade do Estado que motiva a carta a que respondo.

Assim, não parece possível criticar-se o teor do art.º 24.º do Código das Sociedades Comerciais. Este, como será pacífico, admite a possibilidade de existência, dentro de uma sociedade, de participações com poderes desiguais,² atribuindo direitos especiais a certo sócio, desde que tal conste do contrato de sociedade. Temos aqui uma manifestação da liberdade de estipulação, primacial nas relações entre privados, não podendo considerar-se que esta norma, em abstracto, seja passível de contrariar qualquer norma ou princípio constitucional.

¹ Tem admitido o Tribunal Constitucional a fiscalização de actos não normativos que se contenham em diplomas que tipicamente tenham natureza normativa, como é o caso mais evidente dos diplomas legais.

² Cfr. o respectivo n.º 1, indicando o n.º 4 que tais poderes, nas sociedades anónimas, naturalmente têm que ser atribuídas a certas categorias de acções.

Entendendo V.^a Ex.^a, aliás, que a previsão da *golden share* na PT viola esse mesmo art.º 24.º do Código das Sociedades Comerciais, concordará que não é a esta última norma que algo pode ser assacado, em termos de ilicitude.

2. Do mesmo modo, não tem interesse, no caso concreto da PT, discutir-se a constitucionalidade do art.º 15.º, n.º 3, da Lei-Quadro das Privatizações (Lei n.º 11/90, de 5 de Abril), ao prever que o decreto-lei que aprove os estatutos da empresa a privatizar poderá ainda *“a título excepcional, sempre que razões de interesse nacional o requeiram, prever a existência de acções privilegiadas, destinadas a permanecer na titularidade do Estado, as quais, independentemente do seu número, concederão direito de veto quanto às alterações do pacto social e outras deliberações respeitantes a determinadas matérias, devidamente tipificadas nos mesmos estatutos.”*

Na verdade, como V.^a Ex.^a aliás refere, o Decreto-Lei n.º 44/95, de 22 de Fevereiro, que deu início à privatização do capital da PT, nada dispôs a este respeito, não fazendo uso da faculdade, aliás como se vê excepcional, conferida pelo citado art.º 15.º, n.º 3, da Lei n.º 11/90, remetendo apenas para os estatutos da empresa a possibilidade de categorias de acções com direitos especiais, mas apenas para reservar a titularidade da sua maioria para o Estado (cfr. art.º 20.º, n.º 1). Não o tendo feito, não é, nem a norma do Decreto-Lei n.º 44/95, nem a norma da Lei n.º 11/90, que caberia sindicar, em sede de fiscalização abstracta da constitucionalidade, para se alcançar o desiderato pretendido por V.^a Ex.^a

Assim, como descrito, foi em assembleia geral de accionistas que terá sido introduzida nos estatutos da PT uma previsão conducente ao estabelecimento de direitos especiais para o Estado. Ora, para a qualificação da norma estatutária, para efeitos de fiscalização da constitucionalidade, é irrelevante que o Estado, nessa altura, detivesse a maioria do capital; o que importa é que o mesmo não

exercitou quaisquer poderes de autoridade, antes fazendo valer o peso daquela maioria de capital, em circunstâncias exactamente idênticas às de qualquer outra pessoa, individual ou colectiva de natureza privada.³

Nesta medida, tendo o exercício dos direitos especiais pelo Estado, em 30 de Junho, decorrido de norma estatutária da PT e não de qualquer norma jurídico-pública, mostra-se vedada a via da fiscalização abstracta sucessiva da constitucionalidade para se corrigir os efeitos de eventual ilicitude que se detectasse.

3. Não sendo possível o exercício da competência prevista no art.º 281.º, n.º 2, d), da Constituição, como descrito, restaria, caso se entendesse existir ilicitude na actuação do Estado, o exercício do poder de recomendação, nos limites constitucionais e legais estabelecidos para a actuação do Provedor de Justiça.

Aqui chegados, importa distinguir duas hipóteses, entre as quais parece ocorrer alguma indecisão na carta a que respondo, por contraste entre a conclusão obtida no 6.º parágrafo da 2.ª página e os três primeiros parágrafos da 3.ª página.

Assim, importa verificar

- a) se se quer atacar a invocação abusiva de certa cláusula estatutária, considerando que se extravasou os limites consentidos na mesma, ou,
- b) se se quer considerar, em qualquer caso, a referida cláusula estatutária como ilegal ou mesmo inconstitucional.

No que toca à primeira opção, não cabe ao Provedor de Justiça interpretar clausulados estatutários de empresas privadas, posto que nelas seja accionista o Estado e aí esteja em causa qualquer particularidade da sua posição. Do mesmo

³ O art.º 24.º do CSC nada discrimina, no que toca à natureza do sócio ou accionista detentor de direitos especiais.

modo, não é ao Provedor de Justiça que compete verificar a bondade das decisões gestionárias, de forma a concluir ou defender estar ou não a ser tomada a melhor decisão para os interesses deste ou daquele accionista, ou mesmo da própria empresa. Não concordando os demais accionistas com certa deliberação (ou, neste caso, com determinada decisão da mesa da assembleia geral que considerou certos efeitos associados à posição de certo accionista), cabe-lhes, nos termos gerais, a defesa dos interesses que considerem adequada e nos limites que assim entenderem.

Mostra-se igualmente no mínimo dúbia a possibilidade de fiscalização, pelo Provedor de Justiça, da legalidade (em sentido amplo) de disposições estatutárias. No limite, uma recomendação a respeito da eliminação dos direitos especiais estaria a contender com opção política clara, sendo certo que ao Provedor de Justiça nada cabe diligenciar no âmbito da função política, em sentido estrito.⁴

De qualquer modo, é de frisar que a concessão de direitos especiais a certas categorias de acções, por via contratual, está conforme com o por várias vezes referido art.º 24.º do Código das Sociedades Comerciais.

4. Do mesmo modo, não é possível concordar com a conclusão tirada no terceiro parágrafo da 3.ª página da carta a que respondo. Em primeiro lugar, a criação de direitos especiais não é excluída pela Lei-Quadro das Privatizações, a qual, por expresse comando constitucional (art.º 85.º na versão resultante da revisão de 1989) constituiu condição *sine qua non* do movimento de privatizações ocorrido. Em segundo lugar, e este é o aspecto mais relevante, a intervenção a que se reporta o actual art.º 86.º, n.º 2, da Constituição é claramente aquela que decorre coactivamente, no uso de prerrogativas de autoridade, e não aquela outra que

⁴ Cfr. art.º 22.º, n.º 2, da Lei n.º 9/91, de 9 de Abril.

possa, para o Estado enquanto accionista, pertencer enquanto tal, e no uso de instrumentos de direito privado, designadamente com base contratual.

Não é fácil, do ponto de vista do direito interno, censurar a referida norma do ponto de vista da sua licitude (sendo a apreciação do mérito livre, naturalmente). Como é sabido, o debate a respeito desta licitude tem-se centrado, isso sim, no (des)respeito que poderá existir no confronto com a ordem jurídica comunitária, em perspectiva também aludida por V.^a Ex.^a

Ora, a este propósito, estando em curso há longos anos um diferendo entre o Estado e a Comissão Europeia sobre o assunto, recentemente objecto de decisão pelo Tribunal de Justiça da União Europeia, compreenderá V.^a Ex.^a que não cabe ao Provedor de Justiça imiscuir-se em tal debate, designadamente interferindo na relação do Estado Português com a União Europeia. Ainda que assim não fosse, a natureza da intervenção do Provedor de Justiça, dotado de poderes meramente persuasórios, face à eficácia própria das decisões judiciais, designadamente das da jurisdição europeia citada, sempre tornariam despicienda qualquer outra diligência.

Muito embora o “parecer” solicitado não caiba nas atribuições do Provedor de Justiça, espero ter esclarecido V.^a Ex.^a a este propósito, dando o presente processo como findo.

Apresentando os meus melhores cumprimentos,

O Provedor de Justiça,

Alfredo José de Sousa