

Sua Excelência
o Ministro de Estado e das Finanças
Av.^a Infante D. Henrique, 1
1149 – 009 LISBOA

Vossa Ref.^a
Ent. 4572/10
Proc. 19

Vossa Comunicação
Ofício n.º 1362 de 30.07.2010

Nossa Ref.^a
Proc.ºs R – 53/10 (A2)
R – 6249/09

Assunto: *Operação de reprivatização do BPN. Reserva de capital para pequenos subscritores.*

RECOMENDAÇÃO N.º 8/B/ 2010

(Art.º 20.º, n.º 1, alínea b), da Lei n.º 9/91, de 9 de Abril¹)

I

- Enunciado -

1. Em 5 de Janeiro de 2010 foi publicado o Decreto-Lei n.º 2/2010, através do qual foi aprovada a operação de reprivatização do “BPN – Banco Português de Negócios, S.A.”², por se ter considerado que não subsistia o risco de instabilidade do sistema financeiro português que havia determinado a respectiva nacionalização.
2. Tal diploma consagrou, como já havia sido anunciado através do Comunicado do Conselho de Ministros de 19.11.2009, uma reserva de 5% do capital social dessa instituição de crédito a favor dos respectivos trabalhadores.
3. Porém, também como já se havia manifestado ser intenção do Governo, não foi prevista qualquer reserva de capital a favor dos pequenos subscritores.
4. Fundamentando essa opção, e conforme foi difundido pela comunicação social, o Ministério das Finanças e da Administração Pública defendeu ter dado “cumprimento às reservas legalmente obrigatórias”, que, “no caso concreto e atendendo ao modelo de privatização definido, não se justifica consagrar uma

¹ Na redacção dada pelas Leis n.ºs 30/96, de 14 de Agosto, e 52-A/2005, de 10 de Outubro.

² Adiante apenas designado por BPN.

reserva em benefício de pequenos subscritores” e ainda que “não é imperativa a reserva para pequenos subscritores, não sendo sequer uma operação inédita”.

5. Por considerar que essa decisão suscitava sérias dúvidas de índole jurídica, face ao disposto no art.º 10.º da Lei Quadro das Privatizações (Lei n.º 11/90, de 5.04), questionei Vossa Excelência, através do ofício n.º 2252, de 9 de Fevereiro de 2010, a respeito da conformidade legal e, porventura também, constitucional, da inexistência de uma reserva de capital a favor dos pequenos investidores.
6. Fi-lo em cumprimento do disposto no art.º 34.º do Estatuto do Provedor de Justiça que obriga a que este órgão do Estado ouça “(...) *sempre os órgãos ou agentes postos em causa, permitindo-lhes que prestem todos os esclarecimentos necessários antes de formular quaisquer conclusões (...)*”, mas também na expectativa de que as questões jurídicas que avancei nesse meu ofício fossem devida e oportunamente analisadas pelo Gabinete de Vossa Excelência aquando da ponderação da correcção ou incorrecção da posição que fora adoptada quanto a este assunto.
7. Volvidos vários meses, e em resultado de várias diligências, só muito recentemente (designadamente, através do ofício n.º 1362, de 30.07.2010), o Gabinete de Vossa Excelência remeteu à Provedoria de Justiça o Parecer que terá sido emitido pela Comissão de Acompanhamento das Reprivatizações e que terá alicerçado a decisão de excluir os pequenos investidores da reserva de capital prevista no Decreto-Lei n.º 2/2010, de 5.01.
8. A menção a este facto assume apenas relevância quanto à oportunidade desta minha Recomendação, convencido que estou que a correcção da operação de reprivatização do BPN teria seria muito mais fácil e menos onerosa se o Gabinete de Vossa Excelência tivesse sido mais célere na prestação da colaboração devida ao Provedor de Justiça³.
9. De todo o modo, julgo que podemos dar por assente que, actualmente, se encontram prestados todos os esclarecimentos que o Gabinete de Vossa Excelência considerou pertinente disponibilizar quanto este assunto e que tomo a liberdade de condensar na lista que se segue, para facilitar a respectiva análise.
10. Assim, e reunidas as justificações constantes do ofício n.º 574, que me foi remetido pelo Gabinete de Vossa Excelência em 8.04.2010, e do Parecer da Comissão de Acompanhamento das Reprivatizações (enviado a coberto do ofício n.º 1362, de 30.07.2010), pode afirmar-se que a ausência de reserva de capital a favor dos pequenos subscritores foi fundamentada pelo Ministério das Finanças e da Administração Pública com base nos seguintes argumentos:

³ Recordo que, no passado dia 5.08.2010, o Conselho de Ministros aprovou o caderno de encargos do concurso público de reprivatização do BPN.

- a) os condicionalismos muito específicos de reprivatização do BPN justificam que se promova a respectiva integração num grupo financeiro sólido, resguardando-o de uma dispersão não desejável das acções;
- b) embora, à primeira vista, pareçam equiparados, para efeitos de reserva de capital, os direitos que assistem aos trabalhadores das empresas a reprivatizar e aos pequenos subscritores, existe entre estes dois grupos uma “diferença de grau”;
- c) de facto, só àqueles trabalhadores a Lei Quadro das Privatizações (cfr. art.º 12.º) concede, de forma peremptória, um direito à aquisição ou subscrição preferencial de acções, em consonância, aliás, com a expressa previsão constitucional nesse sentido [cfr. art.º 293.º, n.º 1, alínea d) da Constituição da República Portuguesa];
- d) Por seu turno, para os pequenos subscritores, o legislador estabeleceu, à semelhança do que fez com os emigrantes, apenas a previsão de uma mera faculdade, o que significa que só beneficiarão de condições especiais de subscrição quando tal lhes for proporcionado;
- e) Uma vez que esses dois grupos (pequenos subscritores e emigrantes) foram equiparados no art.º 11.º da Lei Quadro das Privatizações, a admissão de um imperativo de subscrição preferencial teria que os contemplar por igual, o que não faria sentido face à mera faculdade enunciada no n.º 2 do art.º 10.º desse diploma.

II

- Apreciação -

11. Considerando que as operações de (re)privatização - ainda que tomadas no contexto da prossecução de políticas económicas e financeiras - revestem a natureza de verdadeiros actos normativos⁴, a apreciação a que o Provedor de Justiça procedeu da decisão de excluir os pequenos investidores da subscrição preferencial de acções do BPN ateve-se - como não poderia deixar de ser, face às competências deste órgão do Estado - à análise da conformidade legal e constitucional dessa decisão.
12. Suportando-nos, assim, nos princípios basilares da hermenêutica jurídica, comecemos por apreciar as epígrafes dos preceitos normativos cujo estudo nos ocupa, designadamente a do art.º 10.º da Lei n.º 11/90, de 5.04 - “Capital reservado a trabalhadores, pequenos subscritores e emigrantes” -, a do art.º 11.º - “Regime de

⁴ Porque se revestem de generalidade e abstracção, tendo por destinatários um número indeterminado e indeterminável de pessoas e sendo aplicáveis a um número indeterminado e indeterminável de casos (cfr. neste sentido, acórdão do STA de 9.05.2001, R. 28 775, *in* Acs Dout. Do STA, 483, 275, em que se rejeitou a caracterização de uma decisão de privatização de uma empresa pública como um acto de natureza política).

aquisição ou subscrição de acções por pequenos subscritores e emigrantes” - e a do art.º 12.º - “Regime de aquisição ou subscrição de acções por trabalhadores”.

13. **Após análise dessas epígrafes, salta à evidência que no art.º 10.º o legislador se preocupou em elencar de forma clara os três grupos que podem adquirir acções preferenciais no contexto de processos de (re)privatização, a saber: os trabalhadores, os pequenos subscritores e os emigrantes, nada referindo quanto aos regimes de aquisição e subscrição de acções.**
14. Desdobrando-se esse artigo em dois preceitos normativos, outra não poderá ser a conclusão, também, de que o legislador, quando se ocupou da questão relativa à reserva de capital, **quis tratar de igual forma os trabalhadores e os pequenos subscritores, de um lado e, de outro lado, e de forma diferenciada, os emigrantes.**
15. Ora, não pode deixar de se assinalar que, quando se refere, no n.º 1 dessa disposição legal, que “uma percentagem do capital a reprivatizar **será reservada à aquisição ou subscrição por pequenos subscritores e trabalhadores da empresa** objecto da reprivatização”, isto é, quando o legislador usou um verbo tão afirmativo como o verbo ser (ainda que o tenha conjugado no futuro) **só pode querer referir-se a uma obrigatoriedade e não a uma mera faculdade.**
16. Deduzir o contrário, por não ter o mínimo de correspondência na letra da lei, seria contrário aos ditames da boa técnica jurídica que não é de todo compatível com interpretações correctivas ou com o recurso desnecessário a expedientes de suprimimento de lacunas ou de resolução de dúvidas que, em rigor, não resultam do texto legal.
17. Esta asserção é tanto mais válida se confrontarmos esse preceito com o n.º 2 do mesmo artigo, em que, ao ter usado o verbo **poder**, o legislador instituiu uma mera faculdade, apenas uma possibilidade de os emigrantes poderem vir a usufruir desse benefício, deixando a cargo da decisão governamental que determina a reprivatização a concessão ou não dessa reserva de capital a favor dos emigrantes.
18. De igual modo se julga inequívoco que os dois preceitos seguintes (art.ºs 11.º e 12.º) tratam dos regimes de aquisição ou subscrição de acções e não da definição dos grupos que as podem subscrever a título preferencial, pois que essa tarefa já havia sido cumprida no artigo anterior, não havendo assim, sequer, necessidade de tomar iniciativas destinadas a suprir dúvidas interpretativas de carácter meramente hipotético.
19. Nos termos do disposto no art.º 9.º, n.º 3 do Código Civil, o limite da interpretação é a letra da lei, o texto da norma, sendo de excluir qualquer sentido que aos mesmos

não corresponda (cfr., neste sentido o Parecer n.º 4194, da Procuradoria-Geral da República, de 12.05.1994).

20. E, se é certo que “a interpretação não deve cingir-se à letra da lei, mas reconstituir 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” (cfr. art.º 9.º, n.º 1 do Código Civil), não é só o elemento gramatical ou literal da interpretação que abona a favor da tese de que é o art.º 10.º da Lei Quadro das Privatizações e apenas esse artigo que trata da descrição dos grupos que podem beneficiar da reserva de capital.
21. Pelo contrário, também os elementos lógicos, em especial, o subelemento sistemático⁵, que tem em conta a unidade do sistema jurídico, ou, como prefere Karl Engisch, um elemento “(...) *que se apoia na localização de um preceito no texto da lei e na sua conexão com outros preceitos (...)*”⁶, militam a favor do mesmo entendimento.
22. De facto, e salvo o devido respeito, **não se encontra qualquer suporte legal para concluir** (como se julga que terá feito a Comissão de Acompanhamento das Reprivatizações), **que, apesar de o legislador ter expressamente equiparado, em sede de reserva de capital, os trabalhadores e pequenos subscritores, afinal, o que quis fazer foi equiparar os pequenos subscritores aos emigrantes** para esse mesmo efeito, conclusão a que se chega apenas e só porque esses dois últimos grupos foram reunidos numa única disposição legal (o art.º 11.º) quando se tratou uma matéria inteiramente distinta, isto é, o regime de aquisição ou subscrição das acções.
23. Pelo contrário, julga-se que a autonomização a que procedeu o legislador no art.º 12.º do diploma que vem sendo mencionado, em sede de fixação das condições de aquisição ou subscrição preferencial de acções pelos trabalhadores das empresas a reprivatizar, justifica-se, não pelo facto de se tratar da única situação de imperatividade da reserva de capital, mas sim pela especial relação - de natureza laboral - que se estabelece entre esse tipo de subscritores e a empresa objecto da operação e que justifica que tenham sido previstas condições específicas para esse efeito, mas apenas e só para esse efeito, porque outro não é o âmbito desse artigo.
24. O que significa que, para efeitos de imperatividade da reserva de capital, aos pequenos subscritores foi dispensado o mesmo tratamento previsto para os trabalhadores, enquanto que, para efeitos de aquisição ou subscrição das acções, os pequenos subscritores gozam de um regime igual ao dos emigrantes.

⁵ Segundo o Prof. Oliveira Ascensão *in* “O Direito – Introdução e Teoria Geral”, 2.ª ed., pág. 342, são os elementos que devem ser considerados na interpretação da lei.

⁶ *In* “Introdução ao Pensamento Jurídico”, 6.ª Edição, pág. 137.

25. Vista a questão da hermenêutica jurídica, cujas conclusões, por si só, julga-se que seriam suficientes para questionar a bondade jurídica da exclusão dos pequenos subscritores da reserva de uma percentagem de capital do BPN, cumpre analisar a demais argumentação constante do Parecer da Comissão de Acompanhamento das Reprivatizações, designadamente a que utiliza a expressa previsão constitucional de uma percentagem do capital a reprivatizar a favor dos trabalhadores para sustentar a posição aí vertida, isto é, a falta de obrigatoriedade de tratar de igual forma os pequenos subscritores.
26. Efectivamente, não há como discutir que o art.º 293.º, n.º 1, alínea d) da Constituição da República Portuguesa apenas outorga aos trabalhadores das empresas objecto de reprivatização o direito à subscrição preferencial de uma percentagem do respectivo capital social.
27. Contudo, como se afigura evidente, os comandos constitucionais não se esgotam nessa disposição da Lei Fundamental.
28. Pelo contrário, como tive oportunidade de adiantar no primeiro ofício em que solicitei a colaboração de Vossa Excelência (ofício n.º 2252, de 9 de Fevereiro de 2010), a preferência dada aos pequenos subscritores tem cobertura constitucional⁷, já que constitui incumbência do Estado contrariar formas de organização monopolistas e reprimir os abusos de posição dominante e outras práticas lesivas do interesse geral [cfr. art.º 81.º, alínea f) da Constituição da República Portuguesa].
29. Deve também realçar-se que da própria Lei Quadro das Privatizações resulta, expressamente, que um dos objectivos que as reprivatizações devem prosseguir é a promoção de *“uma ampla participação dos cidadãos portugueses na titularidade do capital das empresas, através de uma adequada dispersão do capital, dando particular atenção aos trabalhadores das próprias empresas e aos pequenos subscritores”* [cfr. art.º 3.º, alínea e) desse diploma].
30. Sendo a Lei Quadro das Privatizações uma lei de valor reforçado, da violação dos seus preceitos pode resultar não só uma situação de ilegalidade, como também de inconstitucionalidade indirecta, ou seja, *“(…) a lei contrária a uma lei de valor reforçado é inconstitucional, não porque ofenda uma norma constitucional de*

⁷ Neste sentido, cfr. Nuno Sá Gomes “ Nacionalizações e Privatizações”, in “Cadernos de Ciência e Técnica Fiscal”, Centro de Estudos Fiscais, Outubro-Dezembro 1988, n.º 352, pág. 241. O mesmo Autor refere, também nesse Estudo (pág. 243), que *“(…) há que assegurar que as privatizações não se limitam a substituir os monopólios públicos pelos monopólios privados (...)”*.

*fundo, de competência ou de forma, mas porque agride uma norma interposta constitucionalmente garantida (...)*⁸.

31. Donde se concluiu que, ainda que se fizesse depender a previsão de uma reserva de capital para pequenos subscritores da existência de cobertura constitucional, quer o art.º 81.º, alínea f) da Constituição da República Portuguesa, quer aquela norma da Lei Quadro, assegurariam essa necessária conformidade constitucional.
32. Por fim, no ofício do Gabinete de Vossa Excelência n.º 574, de 8.04.2010, foi ainda invocada a necessidade de assegurar a solidez financeira da entidade que vier a adquirir as acções do BPN, o que se compreende à luz da necessidade de evitar o ressurgimento de situações de risco de instabilidade no mercado financeiro que motivaram, precisamente, a nacionalização dessa instituição de crédito.
33. De facto, ainda que ao Provedor de Justiça caiba proceder à análise das reclamações que lhe são dirigidas numa perspectiva estritamente jurídica, tal não o obriga a uma visão autista da realidade dos mercados financeiros, em particular no sector bancário.
34. Contudo, o facto de a operação de reprivatização do BPN não ter respeitado uma disposição legal da Lei Quadro das Privatizações obriga-me a enfatizar a ideia de que, num Estado de Direito, as opções políticas - por mais correctas e adequadas que possam parecer sob o ponto de vista económico e financeiro - só serão admissíveis se se conformarem e contiverem nos limites definidos pela ordem jurídica.
35. **Repare-se que, no caso em apreço, não estabelecendo sequer a Lei Quadro das Privatizações uma percentagem concreta de capital a reservar aos pequenos subscritores, nem sequer se poderia afirmar que a opção por essa reserva poderia provocar uma dispersão indesejável das acções do BPN, pois tal só aconteceria se tivesse sido opção do Governo reservar uma elevada percentagem do capital para esse efeito.**
36. **Ou seja, em última análise, o Governo não seria despojado do seu direito de garantir a solidez financeira do BPN enquanto empresa reprivatizada, uma vez que se manteria intacta a possibilidade de escolha do montante do capital social reservado aos pequenos subscritores.**
37. Como escreveu Nuno Sá Gomes⁹, *“(...) a disseminação do capital tem por sua vez o inconveniente de não assegurar um grupo dominante capaz de estabilizar a gestão e*

⁸ Como defendido por Jorge Miranda *in* “Manual de Direito Constitucional – Tomo V”, 2.ª edição, Coimbra, 2000, pág. 351.

⁹ “ Nacionalizações e Privatizações”, *in* “Cadernos de Ciência e Técnica Fiscal”, Centro de Estudos Fiscais, Outubro-Dezembro 1988, n.º 352, pág. 247.

gerir bem a empresa a privatizar. Daí que se defenda que o Estado deve seleccionar um grupo destinado a garantir a estabilidade e a eficácia da gestão, transmitindo-lhe uma fracção significativa do capital a privatizar que, em assembleia geral, sempre dominará a empresa, ainda que minoritário, atento que o restante capital está disperso pelo público e pelos trabalhadores (...)”.

38. Face a todo o exposto, é possível sistematizar as seguintes conclusões:

- a) Da aplicação dos elementos integradores da técnica jurídica da interpretação (gramatical, sistemático e teleológico) **resulta inequívoco que o art.º 10.º, n.º 1 da Lei n.º 11/90, de 5.04, consagra uma verdadeira obrigatoriedade** e não apenas uma mera faculdade de estabelecer, no âmbito das operações de (re)privatização, **uma reserva de capital a favor dos pequenos subscritores;**
- b) Embora a **conformidade constitucional da reserva de capital a favor dos pequenos subscritores** não esteja prevista na norma da Lei Fundamental que trata da matéria das reprivatizações (cfr. art.º 293.º), **a respectiva cobertura constitucional encontra fundamento no art.º 81.º da mesma Lei e na própria Lei n.º 11/90, de 5.04, que, enquanto diploma de valor reforçado,** constitui um parâmetro de execução dos preceitos normativos da Constituição;
- c) Num Estado de Direito democrático, **as opções de política económica e financeira não podem sobrepor-se à ordem jurídica,** adquirindo apenas legitimidade quando se apoiam e conformam com as normas legais e constitucionais aplicáveis.

39. Assim, de acordo com as motivações acima expostas e nos termos do disposto no art.º 20.º, n.º 1, alínea b) do Estatuto do Provedor de Justiça,

Recomendo

- A) Que a operação de reprivatização do BPN passe a contemplar uma reserva de capital a favor dos pequenos subscritores;**
- B) Para que tal seja possível, que sejam promovidas as alterações legislativas e as medidas administrativas que se mostrem necessárias para assegurar que os pequenos subscritores podem adquirir uma percentagem do capital do BPN.**

Nos termos do disposto no art.º 38.º, n.º 2 do Estatuto do Provedor de Justiça, deverá Vossa Excelência comunicar-me o acatamento desta Recomendação ou, porventura, o fundamento detalhado do seu não acatamento, no prazo máximo de sessenta dias, informando sobre a sequência que o assunto venha a merecer.

Não obstante aquela disposição legal estipule o prazo de sessenta dias para que seja dada resposta às recomendações formuladas pelo Provedor de Justiça, a fase em que se encontra o processo de reprivatização do BPN obriga-me a apelar a Vossa Excelência para que use da máxima diligência e seja o mais célere possível na apreciação desta Recomendação.

Queira Vossa Excelência aceitar, Senhor Ministro, os meus melhores cumprimentos.

O PROVIDOR DE JUSTIÇA,

(Alfredo José de Sousa)