

SÍNTESE DO CADERNO DE ENCARGOS

=

A Resolução do Conselho de Ministros n.º 88/2012 aprovou o caderno de encargos para a reprivatização da TAP.

I. OBJETIVOS DA PRIVATIZAÇÃO:

- (i) Económicos: modernização e a competitividade económica, o reforço da capacidade empresarial nacional e o desenvolvimento do mercado de capitais;
- (ii) Financeiros: diminuição dos encargos com o setor público, como a utilização das receitas das privatizações para a amortização da dívida pública e da dívida do setor empresarial do Estado;
- (iii) Sociais: intenção de promover uma ampla participação dos cidadãos, em particular dos trabalhadores da própria empresa e dos pequenos subscritores, na titularidade do capital da empresa;
- (iv) Políticos: redução do peso do Estado na Economia.

II. MÉTODO ADOTADO:

O Conselho de Ministros optou pela modalidade de **venda direta** do capital da empresa a reprivatizar. Esta opção materializa-se na adjudicação sem concurso a um ou mais adquirentes do capital a alienar.

Por contraponto com a modalidade de concurso público, esta opção pela venda direta oferece várias reservas:

- (i) Método especialmente vocacionado para a formação de um núcleo duro, o que não facilita uma maior dispersão do capital.
- (ii) Não obstante um dos objetivos gerais das privatizações ser disseminação do capital – esta deve ser ponderada face ao inconveniente de não facilitar a constituição de um grupo com peso suficiente para assegurar a estabilidade e boa gestão da empresa – não podemos confundir esta conveniência com a necessidade imediata de se limitar

significativamente a participação de vários interessados, em regime de livre concorrência;

- (iii) A venda direta do capital assemelha-se a um “ajuste direto”, que oferece menor garantia de transparência em relação a um concurso público regido pelo Código dos Contratos Públicos. Dada a importância dos interesses envolvidos, tanto público como privados, no processo de privatização, é natural a preocupação constitucional e legal de assegurar meios de controlo da legalidade, isenção na sua condução e sua transparência.
- (iv) Trata-se de um procedimento agilizado, destinado a servir o interesse de uma maior margem de atuação da entidade adjudicante (Estado).
- (v) Exprime-se como um procedimento unitário, sem publicação prévia de anúncio, que aqui surge substituído por um convite, e que pode ter como destinatário uma só entidade.
- (vi) É uma escolha não limitada por qualquer prévia apresentação de propostas que tenham sido elaboradas pelos candidatos à contratação em função das condições estabelecidas pela entidade pública, ou de acordo com o esquema pré-definido por esta.
- (vii) Aproxima-se tendencialmente da vontade do Estado em contratar como quer, com quem quer, ao invés da organização de um procedimento público e transparente destinado à escolha do co-contratante, que deverá ser o apresentante da melhor proposta.
- (viii) Não está aberto à livre competição dos interessados admitidos a fazer valer a sua pretensão de contratar com a Administração, em condições de plena igualdade entre as respetivas propostas, de modo a que a Administração possa recolher a que melhor satisfaça o interesse público, sendo certo que, sabendo-se, à partida, que entidades vão concorrer, e sendo certo que a escolha de concorrentes está limitada e que não são admitidos a concorrer todos os que preencham os requisitos genericamente admitidos, uma vez que está excluído o concurso, este modelo não é aquele que melhor concretiza o regime da concorrência, seriedade, transparência, igualdade – valores defendidos pela disciplina principalista comunitária em matéria de contratação pública.
- (ix) Dificilmente se conhecerá o documento final. (tal como já aconteceu nas reprivatizações anteriores da EDP e REN)

III. CRITÉRIOS DE SELEÇÃO:

Do Caderno de Encargos consta um enunciado de requisitos que supostamente serão imperativos para alienação do capital social da TAP. Contudo, como se poderá apurar a verificação objetiva de cumprimento dos mesmos é de difícil – senão mesma impossível – averiguação, pois é fundada em premissas que não são, em muitos casos, sindicáveis.

a. Valor oferecido para a compra das ações da TAP

O valor oferecido é desde logo penalizado pela ausência de concorrentes o que minimiza a pressão sobre o preço. Não está aberto à livre competição dos interessados admitidos a fazer valer a sua pretensão de contratar com a Administração, em condições de plena igualdade entre as respetivas propostas, de modo a que a Administração possa recolher a que melhor satisfaça o interesse público, sendo certo que, sabendo-se, à partida, que entidades vão concorrer, e sendo certo que a escolha de concorrentes está limitada e que não são admitidos a concorrer todos os que preenchem os requisitos genericamente admitidos, uma vez que está excluído o concurso, este modelo não é aquele que melhor concretiza o regime da concorrência, seriedade, transparência, igualdade.

b. Número de Ações a que se propõe adquirir e empresas do Universo TAP incluídas na proposta de compra

Traduz a preocupação de garantir a venda do maior número de ações a um investidor e que se encontrem incluídas o maior número de empresas do universo TAP possível.

Não obstante um dos objetivos gerais das privatizações ser a disseminação do capital – esta deve ser ponderada face ao inconveniente de não facilitar a constituição de um grupo com peso suficiente para assegurar a estabilidade e boa gestão da empresa – não podemos confundir esta conveniência com a necessidade imediata de se limitar significativamente a participação de vários interessados, em regime de livre concorrência, nem confundir esta ideia com a tomada de controlo plena e quase absoluta das empresas privatizadas, sem limites à aquisição de capital por estas entidades.

Uma outra preocupação que caracteriza normalmente os processos de privatização é a de prevenir uma excessiva concentração e virtualmente a monopolização do capital. Com esse fim, admite-se a introdução de restrições às condições de venda, previstas na Lei, no sentido de fixar limites máximos ao capital a adquirir por uma entidade.

Ora, tal preocupação não parece assegurada com o processo de privatização da TAP

c. Número de Ações e montante do aumento capital social proposto

A operação de reprivatização pode compreender uma componente associada a um aumento do capital da empresa. Este aumento resulta em favor da empresa como um investimento na mesma.

Um aumento de capital consiste em tomar medidas que aumentam o capital social de uma empresa, o que pode ser feito de duas formas: por subscrição de novas ações, em que os acionistas compram novas ações emitidas pela empresa, e o produto dessa venda vai reforçar o capital social da empresa; por incorporação de reservas, em que as reservas da empresa, vindas de resultados positivos no passado, são utilizadas para reforçar a conta de Capital social da empresa. Este tipo de aumento de capital também leva à emissão de novas ações que são distribuídas pelos acionistas já existentes sem encargos para estes. Apenas o aumento de capital por subscrição leva à entrada de dinheiro fresco na empresa, e apenas este aumenta o capital próprio da empresa e respetiva solvabilidade, o aumento por incorporação de reservas é uma mera manobra contabilística sem impacto no valor ou solvabilidade da empresa.

d. Interesses patrimoniais do Estado

Sem concretização. Este critério não tem uma concretização prática que permita efetivamente circunstanciar o que se pretende retirar do mesmo. Sabemos, no entanto, que a seleção do método de alienação do capital depende, em larga medida, de um critério político, ou seja, do grau de influência que o Estado pretende salvaguardar com a Empresa. As políticas seguidas têm variado em função de fatores como o caráter estratégico das empresas, a sua dimensão, a sua situação económica e financeira, a relação tradicional entre setor público e setor privado, e as expectativas de rendimento oferecidas pelo método de privatização selecionado.

e. Contribuição para a economia Nacional e manutenção e desenvolvimento do Hub Nacional

Não se pode garantir que no médio/ longo prazo a empresa não deslocalize o Hub.

O direito de preferência na reaquisição da empresa (opção de recompra no caso de voltar a ser vendida) está estabelecido num intervalo entre 5 e 10 anos. Assim, verdadeiramente, só

durante este período, e a um custo económico elevado, poderá o Estado intervir na defesa dos interesses nacionais através da reaquisição.

A reaquisição não é naturalmente garantida, nem é sequer previsível. É também de difícil implementação qualquer tipo de responsabilização pelo incumprimento do desenvolvimento do Hub. O próprio conceito é indeterminável.

A salvaguarda do interesse público, nomeadamente quanto à matéria aqui levantada cujo sentido e alcance não é, como se demonstrou, determinável, pode conduzir à introdução de exceções às regras comuns aplicáveis ao funcionamento interno das empresas privadas e que se exprimem na reserva de direitos do Estado, que não têm por base um direito de propriedade. Esta possibilidade tem maior incidência nas empresas de setores económicos estratégicos ou de serviço público.

Com efeito, os direitos especiais do Estado podem parecer incongruentes com a filosofia de desregulamentação subjacente à privatização da gestão e propriedades públicas, devendo, então, ser formulados em termos muito restritos: só serão aplicáveis a título excepcional e quando as questões de interesse nacional assim o requeiram.

Uma vez mais, recorre-se a uma terminologia demasiado ampla para definir com exatidão e rigor os termos para acionar esses direitos e, duvidamos até, da sua efetiva concretização em tempo futuro.

f. Apresentação de Projeto estratégico com vista á promoção e crescimento da TAP

Todos estes critérios subjetivos aumentam a discricionariedade da escolha e perdem qualquer termo de comparação devido à inexistência de propostas concorrentes e ao desconhecimento dos pormenores da proposta apresentada pelo único concorrente.

É uma escolha não limitada por qualquer prévia apresentação de propostas que tenham sido elaboradas pelos candidatos à contratação em função das condições estabelecidas pela entidade pública, ou de acordo com o esquema pré-definido por esta.

Aproxima-se tendencialmente da vontade do Estado em contratar como quer, com quem quer, ao invés da organização de um procedimento público e transparente destinado à escolha do co-contratante, que deverá ser o apresentante da melhor proposta.

g. Contribuição para o desenvolvimento operacional e comercial da TAP

Tendo em linha de conta a experiência do único concorrente, muito provavelmente, será a TAP a funcionar como *standard* para melhoria de processos organizacionais e comerciais acrescentando valor ao Adquirente e não o inverso.

Este valor acrescentado do *Know-How* da Companhia será muito diluído no corrente cenário de concorrente único.

h. Contribuição para a manutenção da identidade da TAP e manutenção da sede efetiva em Portugal

Mais uma vez, apesar das intenções já expressas a este nível, no médio/longo prazo é impossível garantir a manutenção deste critério. A salvaguarda do interesse público, nomeadamente quanto à matéria da identidade da TAP cujo sentido e alcance não é determinável numa era de globalização e de readaptação de conceitos/ estratégias económicas e de marketing. Ainda assim pode, de facto, conduzir à introdução de exceções às regras comuns aplicáveis ao funcionamento interno das empresas privadas e que se exprimem na reserva de direitos do Estado, que não têm por base um direito de propriedade. Coisa que, da leitura atenta do presente caderno de Encargos não podemos depreender.

Ao inverso do que sucede com a sede efetiva, que é um critério determinado e fácil de realizar no momento da contratação, parece-nos que a sua manutenção é incongruente com a filosofia de desregulamentação subjacente à privatização da gestão e propriedades públicas, não reservado para a Empresa adquirente uma real autonomia na formulação de uma estratégia de mercado a médio/longo prazo.

Daí que, como se disse atrás, os direitos especiais do Estado devem ser formulados em termos muito restritos: só serão aplicáveis a título excepcional e quando as questões de interesse nacional assim o requeiram.

i. Contribuição para o reforço da concorrência no setor

Dependerá do plano estratégico do adquirente, no entanto, mantendo-se a estrutura da TAP inalterada, dificilmente a reprivatização contribuirá para qualquer reforço da concorrência no setor.

j. Garantias de Promoção do serviço público (ex. ligações às regiões autónomas)

Têm de ser asseguradas pelo contexto regulatório e contratualizadas. Mais uma vez será difícil manter esta obrigação no médio/ longo prazo sem que se apresentem contrapartidas à empresa.

Essas obrigações de serviço público apenas podem ser impostas, na medida do necessário, para assegurar a prestação nessa rota de serviços aéreos regulares mínimos que satisfaçam normas estabelecidas de continuidade, regularidade, fixação de preços e capacidade mínima que as transportadoras aéreas não respeitariam se atendessem apenas aos seus interesses comerciais.

De outro modo no futuro a TAP estaria limitada face à concorrência por se ver obrigada a prosseguir um serviço público pelo qual as restantes companhias não seriam abrangidas.

k. Minimização de condicionantes de pagamento e conflitos de interesses

Privilegia o concorrente que ofereça cenários de pagamento e garantias mais favoráveis. Mais uma vez esta apreciação é coartada pela existência de um único concorrente. Corresponde à preocupação de que o comprador não tenha intenção de limitar a ação da TAP devido a interesses que possa ter em mercados concorrentes. No caso só existe um concorrente pelo que o problema não se coloca.

l. Experiência e Capacidade Técnica

Dilui-se no cenário de um único concorrente.

m. Direito de Preferência e Regime de Indisponibilidade

Será imposto um período de indisponibilidade das ações adquiridas no âmbito da reprivatização.

Conjugando, esta limitação ao Adquirente e o direito de Preferência que o estado Português reserva na venda das ações facilmente se alcança a necessidade de que este período de indisponibilidade seja o mais longo possível (ndr.: 10 anos).

De facto a possibilidade de recompra é a única garantia que o Estado tem de que poderá reverter o processo agora iniciado, caso venha a entender que as necessidades da companhia de bandeira nacional bem como as necessidades do país não se encontram a ser prosseguidas.

Ora, estando Portugal em profundas dificuldades económicas, não se antevê como é que num prazo de 5/6 anos poderia despende os recursos económicos necessários ao exercício do seu direito de opção.

IV. EM SÍNTESE:

- A.** O Caderno de Encargos, bem como todo o processo de venda direta, prosseguem uma orientação libertária da margem de discricionariedade do Estado na contratação, o que prejudica a preocupação constitucional e legal de assegurar meios de controlo da legalidade, isenção na sua condução e sua transparência.
- B.** As diretrizes que conformam a estratégia de privatização plasmada no Caderno de Encargos revelam um Estado refém da obrigação de diminuir os encargos com o setor público mas, ao arrepio do que se exige, incapaz de concretizar as pretensões genéricas, indeterminadas e inexecutáveis, que caracterizam aquele documento estrutural, em traços objetivos, concretos e determinados, que realizem a necessidade de conciliar objetivos por vezes contraditórios de, por um lado, querer obter receitas e reduzir a dívida pública e de, por outro lado, pretender manter uma certa margem de influência sobre a empresa privatizada.
- C.** A salvaguarda do interesse público que incorre o Estado em sérias responsabilidades na contratação pública, pode – e neste caso, deve, já que está em causa um setor económico estratégico e de serviço público - conduzir à introdução de exceções às regras comuns aplicáveis ao funcionamento interno das empresas privadas e que se exprimem na reserva de direitos do Estado, que não têm por base um direito de propriedade.
- D.** Este cenário pode ter, também, por corolário a imposição de obrigações de serviço público que apenas podem ser impostas, na medida do necessário, para assegurar a prestação de serviços aéreos que satisfaçam normas estabelecidas de continuidade, regularidade, fixação de preços e capacidade mínima que as empresa não respeitaria se atendesse apenas aos seus interesses comerciais.

- E.** Não obstante as duas vias explanadas supra, podemos concluir que da leitura atenta e rigorosa do Caderno de Encargos não vislumbramos sinal de que resulte um compromisso do Estado em torná-las uma realidade, mas existe antes redação que insiste em ideias e princípios vagos, fundados em juízos abstratos, que fomentam pouca certeza quanto à garantia do interesse geral e ao escrutínio dos trabalhadores nas decisões que se vierem a tomar.
-