

## Memorando

Para: Exmo. Senhor Professor Doutor Manuel Beja  
De: Linklaters  
Telefone Directo: +351 TAP SGPS  
Cliente: S.A.

**Parecer da DGTF sobre a proposta formulada para fazer face aos riscos que decorrem para os membros do Conselho de Administração da TAP – Transportes Aéreos Portugueses, SGPS, S.A. (“TAP SGPS”) e a Transportes Aéreos Portugueses, S.A. (“TAP”) (as “Empresas”), a incluir nos Contratos de Gestão**

### 1 Introdução

Foi-nos pedido, pelo Conselho de Administração das Empresas, um memorando contendo a nossa avaliação sobre o parecer jurídico emitido pela Direção-Geral do Tesouro e Finanças (“DGTF”) a respeito da inclusão nos Contratos de Gestão a celebrar entre o Estado Português e cada um dos administradores da TAP SGPS de um conjunto de disposições relativas à entidade a quem competirá suportar os custos e as indemnizações que possam decorrer, para administradores da TAP SGPS, de eventuais processos em que sejam demandados nessa qualidade por atos praticados nessa sua qualidade de administradores das Empresas (“**Parecer da DGTF**”).

Este memorando contém um parecer jurídico sobre os fundamentos que levaram a DGTF, no seu parecer, a rejeitar a solução proposta, bem como o nosso entendimento sobre os erros subjacentes a tal parecer.

Nesse sentido, nas próximas secções apresentamos o contexto da proposta de incluir nas minutas dos Contratos de Gestão uma disposição contratual sobre custos e indemnizações a suportar pelo Estado Português relativamente às ações em que os administradores da TAP SGPS possam ser demandados, explicitando ainda a errada percepção de que parte a DGTF quanto ao escopo e solicitação de inclusão de uma cláusula daquele teor. Para além disso, há que ter presente o contexto complexo em que os membros do Conselho de Administração da TAP SGPS se encontram e em que se irão encontrar a atuar. Por fim, debruçamo-nos sobre o que parece ser o argumento central apresentado no Parecer da DGTF para justificar a sua recomendação de não inclusão de uma disposição contratual sobre custos e indemnizações nos Contratos de Gestão. Por facilidade de leitura, ordenamos o texto em diferentes temas, organizados em secções ao longo das páginas seguintes.

A Linklaters atua em Portugal através da Linklaters Advokatbyrå AB – Sucursal em Portugal, NIPC 980643155, uma sucursal da Linklaters Advokatbyrå AB (Reg. No. 556614-4456), sociedade constituída ao abrigo das leis da Suécia.

A Linklaters Advokatbyrå AB é uma filial da Linklaters LLP, uma sociedade de responsabilidade limitada registada em Inglaterra e País de Gales sob o número de registo OC326345. A Linklaters LLP é uma sociedade de advogados autorizada e regulamentada pela Solicitors Regulation Authority. Relativamente à Linklaters LLP, o termo sócio é utilizado para designar um sócio da LLP ou um colaborador ou consultor da Linklaters LLP ou de qualquer uma das suas filiais ou entidades com estatuto e qualificações equivalentes. A lista dos sócios da Linklaters LLP, das pessoas designadas como sócios e das respetivas habilitações profissionais está disponível para consulta na sua sede social, em One Silk Street, London EC2Y 8HQ, Inglaterra ou em [www.linklaters.com](http://www.linklaters.com) e tais pessoas são solicitors, advogados estrangeiros registados ou advogados europeus.

Pode obter em [www.linklaters.com/regulation](http://www.linklaters.com/regulation) informação relevante sobre a nossa situação no plano regulatório.  
A46873385/2.2/11 Jan 2022

## Memorando

Para: Exmo. Senhor Professor Doutor Manuel Beja  
De: Linklaters  
Telefone Directo: +351 TAP SGPS  
Cliente: S.A.

**Parecer da DGTF sobre a proposta formulada para fazer face aos riscos que decorrem para os membros do Conselho de Administração da TAP – Transportes Aéreos Portugueses, SGPS, S.A. (“TAP SGPS”) e a Transportes Aéreos Portugueses, S.A. (“TAP”) (as “Empresas”), a incluir nos Contratos de Gestão**

### 1 Introdução

Foi-nos pedido, pelo Conselho de Administração das Empresas, um memorando contendo a nossa avaliação sobre o parecer jurídico emitido pela Direção-Geral do Tesouro e Finanças (“DGTF”) a respeito da inclusão nos Contratos de Gestão a celebrar entre o Estado Português e cada um dos administradores da TAP SGPS de um conjunto de disposições relativas à entidade a quem competirá suportar os custos e as indemnizações que possam decorrer, para administradores da TAP SGPS, de eventuais processos em que sejam demandados nessa qualidade por atos praticados nessa sua qualidade de administradores das Empresas (“**Parecer da DGTF**”).

Este memorando contém um parecer jurídico sobre os fundamentos que levaram a DGTF, no seu parecer, a rejeitar a solução proposta, bem como o nosso entendimento sobre os erros subjacentes a tal parecer.

Nesse sentido, nas próximas secções apresentamos o contexto da proposta de incluir nas minutas dos Contratos de Gestão uma disposição contratual sobre custos e indemnizações a suportar pelo Estado Português relativamente às ações em que os administradores da TAP SGPS possam ser demandados, explicitando ainda a errada perceção de que parte a DGTF quanto ao escopo e solicitação de inclusão de uma cláusula daquele teor. Para além disso, há que ter presente o contexto complexo em que os membros do Conselho de Administração da TAP SGPS se encontram e em que se irão encontrar a atuar. Por fim, debruçamo-nos sobre o que parece ser o argumento central apresentado no Parecer da DGTF para justificar a sua recomendação de não inclusão de uma disposição contratual sobre custos e indemnizações nos Contratos de Gestão. Por facilidade de leitura, ordenamos o texto em diferentes temas, organizados em secções ao longo das páginas seguintes.

A Linklaters atua em Portugal através da Linklaters Advokatbyrå AB – Sucursal em Portugal, NIPC 980643155, uma sucursal da Linklaters Advokatbyrå AB (Reg. No. 556614-4456), sociedade constituída ao abrigo das leis da Suécia.

A Linklaters Advokatbyrå AB é uma filial da Linklaters LLP, uma sociedade de responsabilidade limitada registada em Inglaterra e País de Gales sob o número de registo OC326345. A Linklaters LLP é uma sociedade de advogados autorizada e regulamentada pela Solicitors Regulation Authority. Relativamente à Linklaters LLP, o termo sócio é utilizado para designar um sócio da LLP ou um colaborador ou consultor da Linklaters LLP ou de qualquer uma das suas filiais ou entidades com estatuto e qualificações equivalentes. A lista dos sócios da Linklaters LLP, das pessoas designadas como sócios e das respetivas habilitações profissionais está disponível para consulta na sua sede social, em One Silk Street, London EC2Y 8HQ, Inglaterra ou em [www.linklaters.com](http://www.linklaters.com) e tais pessoas são solicitors, advogados estrangeiros registados ou advogados europeus.

Pode obter em [www.linklaters.com/regulation](http://www.linklaters.com/regulation) informação relevante sobre a nossa situação no plano regulatório.  
A46873385/2.2/11 Jan 2022

# Linklaters

## 2 O Quadro geral da disposição contractual sobre custos e indemnizações

- 2.1 Os membros dos Conselho de Administração da TAP SGPS e da TAP SA foram eleitos nas Assembleias Gerais de cada uma destas sociedades em 24 de maio de 2021.
- 2.2 Na mesma data, ocorreu um aumento do capital social da TAP SA, integralmente subscrito pelo Estado Português através da DGTF, tendo esta última subscrito 92,4 milhões de novas ações ordinárias, tornando-se assim o Estado Português o acionista dominante da TAP SA, com uma participação que representa 92% do seu capital social. Em resultado, a TAP SGPS, que até esse momento detinha a totalidade do capital social da TAP SA, passou a deter 8% do capital social da TAP SA.<sup>1</sup>
- 2.3 Tal reconfiguração do capital social, determinada pelo Estado Português, teve como consequência o fim da relação de domínio até aí existente entre a TAP SGPS e a TAP SA, o que gerou riscos e desafios adicionais para os membros do Conselho de Administração da TAP SGPS e da TAP SA, que passaram a ter que gerir duas sociedades do mesmo universo empresarial, mas sem a proteção das disposições legais aplicáveis aos grupos societários.
- 2.4 Enquanto sociedade mãe do chamado universo TAP, a TAP SGPS detém agora uma participação minoritária na TAP SA, mas manteve uma posição de domínio numa série de empresas, com as responsabilidades inerentes, nomeadamente na Portugália – Companhia Portuguesa de Transportes Aéreos, S.A. ("**Portugália**"), na Tapper - Sociedade de Gestão e Serviços S.A. ("Tapper") e na Cateringpor – Catering de Portugal, S.A. ("**Cateringpor**"). Como tal, todas estas sociedades são classificadas como empresas públicas, à luz da influência dominante exercida sobre cada uma delas, quer direta e/ou indiretamente, pelo Estado Português e/ou PARPÚBLICA – Participações Públicas, SGPS, S.A. ("**Parpública**") (detida a 100% pelo Estado).
- 2.5 Consequentemente, o Regime Jurídico do Setor Público Empresarial (aprovado pelo Decreto-Lei n.º 133/2013, de 3 de outubro, e posteriormente alterado) é aplicável a essas sociedades e o Estatuto do Gestor Público (aprovado pelo Decreto-Lei n.º 71/2007, de 27 de março, e posteriormente alterado) é aplicável aos membros do Conselho de Administração.
- 2.6 O Contrato de Gestão deverá ser celebrado por cada um dos membros do Conselho de Administração, o Ministro de Estado e das Finanças das Finanças (que atuará como acionista) e o Ministro das Infraestruturas e da Habitação (que atuará como membro do Governo responsável pelo setor).
- 2.7 Após avaliar os riscos específicos tendo em conta a situação delicada que as Empresas estão a atravessar, assim como os desafios que têm vindo a enfrentar durante a pandemia, tendo procurado cobrir os riscos inerentes, o Conselho de Administração confrontou-se ainda com a impossibilidade de contratar seguros de responsabilidade civil satisfatórios para os membros do Conselho de Administração (Directors & Officers – "D&O") das Empresas e da Portugália.
- 2.8 Na realidade, apesar de todos os esforços desenvolvidos, apenas foi possível manter duas apólices de seguros D&O que cobrissem as responsabilidades dos membros do Conselho de Administração e dos Diretores de todas as empresas do universo TAP (exceto a TAP M&E Brasil) até ao montante de € 2.500.000,00 (dois milhões e quinhentos mil euros) cada – sendo este um valor global e não a cobertura conferida a cada pessoa. Acresce que as supramencionadas apólices de seguros D&O dispõem de cláusulas de exclusão de responsabilidade que privam estes instrumentos de muito do conforto e

<sup>1</sup> Para uma visão clara da composição acionista a 27 de dezembro de 2021, e a partir de 24 de maio de 2021, consultar o diagrama constante da Secção 4 (iii).

# Linklaters

proteção que deveriam proporcionar, tendo em conta o contexto das empresas e, em particular, a manifesta inadequação da cobertura proporcionada para o âmbito das operações que envolvem cada uma das Empresas.

- 2.9 Tendo em consideração o exposto, em setembro último, no contexto da negociação dos Contratos de Gestão a serem celebrados, os membros do Conselho de Administração submeteram uma proposta para solucionar este tema por via de uma disposição contratual que conceda a cada um dos membros do Conselho de Administração a proteção necessária e adequada face a uma eventual responsabilidade que não tenha sido coberta pelas apólices D&O, devido a motivos que não lhes são imputáveis e respeitantes a situações que a TAP SGPS e a TAP SA tenham vindo e estejam a deparar-se.
- 2.10 Uma disposição específica que aborda custos e indemnizações (cláusula 5.ª) foi incluída no Contrato de Gestão proposto pelos membros do Conselho de Administração ao Ministro de Estado e das Finanças e ao Ministro das Infraestruturas e da Habitação ("**Minuta do Contrato de Gestão**").
- 2.11 A DGTF emitiu um Parecer sobre o Contrato de Gestão e, em particular, sobre a proposta da inclusão da cláusula 5.ª na Minuta do Contrato de Gestão.

## 3 **Síntese: as razões do Parecer da DGTF (ou a falta delas)**

- 3.1 O Parecer da DGTF é motivado por um conjunto de argumentos que resultam de uma errada perceção do contexto e da lógica subjacente à cláusula de custos e indemnizações proposta na Minuta do Contrato de Gestão, o que será melhor explicado na Secção 4.
- 3.2 Ademais, o Parecer da DGTF também falha em demonstrar o que parece ser o argumento principal, isto é, a falta de fundamentos legais para a inclusão num Contrato de Gestão de uma cláusula desta natureza. Nem através de uma interpretação restritiva das disposições legais aplicáveis, nem mediante uma avaliação das especificidades da situação, existem motivos para rejeitar a proposta, tal como demonstrado na Secção 5.

## 4 **Desvelando uma errada interpretação da cláusula proposta**

- 4.1 É nosso entendimento que, apesar de o Secretário de Estado do Tesouro ter requerido pareceres jurídicos à Inspeção Geral de Finanças ("**IGF**") e à DGTF, apenas a posição da última é inteiramente conhecida, uma vez que o parecer da IGF não foi incluído na notificação e apenas partes deste parecer ter sido transcritas para o Parecer da DGTF. Tal impede-nos de conhecer e analisar, e desse modo contrapor, todos os argumentos que podem ter sido invocados para não aceitar a proposta em discussão.

### **A caução ou o seguro a ser prestado pelos membros do Conselho de Administração**

- 4.2 Não obstante, pela transcrição do parecer da IGF (página 4 do Parecer da DGTF), é possível compreender que se está perante uma errónea interpretação que, subsequentemente, contamina e se desenvolve pelo Parecer da DGTF.
- 4.3 De acordo com o Código das Sociedades Comerciais (aprovado pelo Decreto-Lei n.º 262/86, de 2 de setembro, e subsequentes alterações), tal como referido no parecer da IGF e de acordo com os estatutos da TAP SGPS, da TAP SA e da Portugalia, os membros do Conselho de Administração devem, nos 30 dias seguintes à sua designação, prestar uma caução, que, consoante os casos, não poderá ser inferior ao valor de € 50.000,00 ou de € 250.000,00, salvo se para tanto forem dispensados por

deliberação da respetiva Assembleia Geral, nas sociedades em que seja possível proceder a tal dispensa.

- 4.4 Esta caução pode ser substituída por um contrato de seguro, a favor dos titulares de indemnizações. Neste caso, não poderão ser suportados pela sociedade os encargos nomeadamente os custos da cobertura do risco, os custos de aquisição e gestão do contrato e de cobrança e os encargos relacionados com a emissão da apólice, a que acrescem os impostos e taxas a pagar, salvo na parte em que a indemnização exceda o mínimo exigido por lei (e supra referido).
- 4.5 No entanto, a referida obrigação de maneira nenhuma acautela as mesmas as matérias ou os mesmos riscos que os seguros D&O pretendem cobrir. Pelo contrário, os membros do Conselho de Administração devem prestar as referidas garantias para cobrir os riscos que podem surgir na esfera da sociedade, bem como na de terceiros que possam ser afetados e que tenham direito a exigir uma indemnização.
- 4.6 A caução ou o seguro a serem prestados não se destinam, fundamentalmente, a cobrir os custos de litigância em que membros do Conselho de Administração possam vir a incorrer. Como tal, o risco de serem levados a tribunal com base em ações de responsabilidade são reais, e nem se pode sequer dizer que se trata de um cenário altamente improvável, não sendo de modo algum mitigados, quanto mais eliminados, pelo cumprimento da obrigação de prestar caução (ou seguro-caução).
- 4.7 Não se trata também, nem tal seria possível, de substituir as cauções (ou seguros-caução) determinados no Código das Sociedades Comerciais, que irão manter-se. Pelo contrário, aqui trata-se de cobrir não os riscos que podem advir para a sociedade e/ou para terceiros em resultado da atuação dos administradores, mas sim os riscos que podem materializar-se na esfera dos próprios administradores, incluindo as despesas com litígios, que extravasam o âmbito da caução.
- 4.8 Não pode também deixar de se sublinhar que, a existir algum tipo de proteção dos membros do Conselho de Administração face aos custos de eventual litigância, não deixaria de ser devido ao Estado Português o reembolso dos custos e indemnizações incorridos, acaso viessem a ser satisfeitos estes custos por outras vias.
- 4.9 Tratando-se de realidades tão distintas, não é benéfico para a compreensão do tema misturar os dois níveis de discussão, uma vez que é evidente que as obrigações decorrentes para os membros do Conselho de Administração do Código das Sociedades Comerciais devem ser cumpridas e não devem ser confundidas com outros riscos ou com as circunstâncias específicas com base nas quais a disposição de custos e indemnizações foi incluída no Contrato de Gestão.

## **Avaliação do comportamento dos membros do Conselho de Administração**

- 4.10 Embora seja correto que apenas quando atuam com culpa os membros do Conselho de Administração serão responsabilizados numa decisão judicial final e vinculativa, uma vez que em todas as outras situações, a empresa responde pelos atos relevantes, o facto é que, até esse momento, os membros do Conselho de Administração necessitarão de assessoria jurídica extensa e onerosa, no âmbito de procedimentos e/ou processos, e esse é, em grande medida, o alcance da disposição em discussão e que se pretende ver incluída no Contrato de Gestão.
- 4.11 Quanto ao mais, a disposição em causa pretende ainda cobrir os montantes em que os membros do Conselho de Administração venham, nos tais procedimentos e processos, a ser condenados a pagar a entidades públicas ou privadas, relacionados com o desempenho das funções de administração, exceto quando resultantes de decisão condenatória transitada em julgado e em que seja declarado que os mesmos atuaram com dolo.

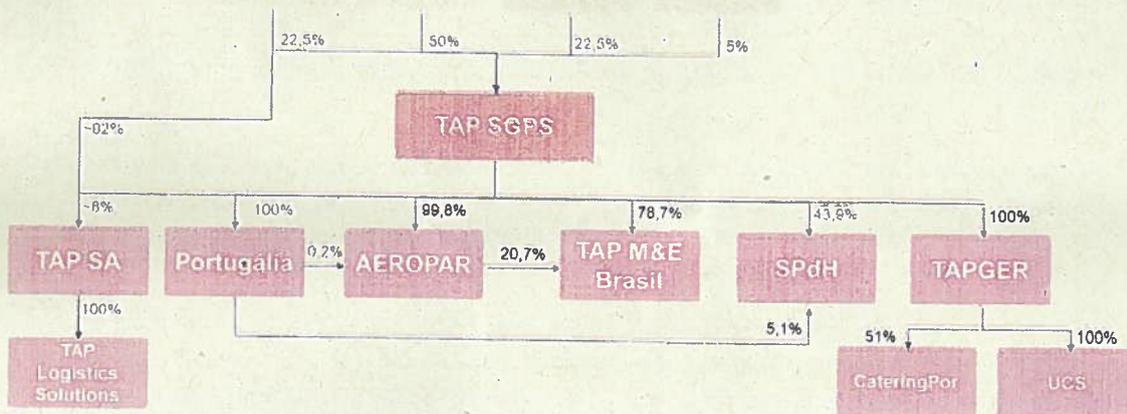
# Linklaters

4.12 Uma abordagem da situação atual não pode ignorar os riscos potenciais envolvidos e as práticas padrão do mercado para lidar com tais riscos, tanto mais quanto vai ser necessário implementar o plano de reestruturação da TAP SA (conforme detalhado na Secção 5 infra).

## O Estado Português não é acionista único

4.13 De facto, o Estado Português não é acionista único mas, independentemente do contexto mais amplo a ser discutido a seguir, detém, direta ou indiretamente, controlo sobre as empresas relevantes do universo TAP, podendo assim influenciar a forma como o negócio deve ser conduzido.

4.14 Como demonstra claramente o diagrama seguinte, reportado à data de 27 de dezembro de 2021, ou diretamente através da DGTF ou em conjunto com a Parpública, o Estado Português detém uma posição decisiva nas empresas e é precisamente isso que explica e enquadra a situação atual (melhor detalhada na Secção 5 abaixo):



4.15 Considerando o exposto, não se entende o argumento segundo o qual o Estado Português não deverá ser considerado responsável por uma empresa como a sugerida na disposição proposta em matéria de custos e indemnizações.

4.16 Aliás, independentemente de ser a entidade que detém a maioria dos direitos de votos e de outros direitos societários, o Estado Português também detém um papel essencial no atual contexto da TAP SGPS e da TAP SA, devido ao seu papel insubstituível na negociação do plano de reestruturação, o qual acabou de ser aprovado pela Comissão Europeia e que compete agora aos membros do Conselho de Administração implementar – incrementando os riscos em que incorrem nomeadamente de litigância.

## Os acionistas privados da TAP SGPS

4.17 Os acionistas privados detêm 27,5% do capital social da TAP SGPS – HPGB (22,5%) e outros (5%), sendo que, no caso destes últimos, as ações foram adquiridas no âmbito da oferta destinada à aquisição por parte dos trabalhadores da TAP SGPS e de outras empresas que com ela se encontravam (à época da reprivatização) em relação de domínio ou de grupo. Tal bastaria para compreender a disparidade de participações na sociedade existente entre os seus atuais acionistas, mas sucede que tais acionistas privados também não detêm qualquer posição acionista na TAP SA.

# Linklaters

- 4.18** Os acionistas privados não só não beneficiam dos poderes conferidos por lei ao Estado Português, no exercício da função acionista, como também não participaram nas escolhas mais relevantes que enquadrarão as opções de gestão num futuro próximo - em particular, não tomaram parte na conceção ou negociação do plano de reestruturação da TAP SA (conforme detalhado na Secção 5 infra), uma peça crítica deste puzzle.
- 4.19** Em qualquer caso, tais acionistas apenas detêm os direitos que lhes são conferidos pela sua qualidade acionistas minoritários (e.g., direito a receber dividendos, a participar nos resultados da liquidação, a participar nas assembleias gerais, direitos de informação, entre outros), não beneficiando dos poderes e do regime jurídico específico que confere ao Estado Português um conjunto de poderes reforçados e o direito de intervir na vida das sociedades, em virtude do quadro legal aplicável.
- 4.20** Tenha-se ainda presente que os acionistas privados não são (nem poderão ser) parte dos Contratos de Gestão, o que torna incompreensível o argumento segundo o qual seria desequilibrado o Estado Português aceitar a inserção da cláusula 5ª nos Contratos de Gestão, sendo certo ainda que não é obrigatório, nem seguro, que existam participações de acionistas privados no capital social da TAP SGPS durante toda a vigência do **Contrato de Gestão**.

## **5 O contexto intrincado e particular do Conselho de Administração da TAP SGPS e da TAP SA**

- 5.1** As administrações da TAP SGPS e da TAP SA, assim como de outras empresas do universo TAP que assumem o estatuto de empresas públicas, deverão cumprir, não só o disposto no Código das Sociedades Comerciais, mas também o Regime Jurídico do Setor Público Empresarial, assim como o Estatuto do Gestor Público e outras disposições de direito público aplicáveis.
- 5.2** Na linha da frente de tais especificidades estão, desde logo, as orientações estratégicas e setoriais emitidas para as empresas públicas, correspondentes ao exercício pelo Governo da sua função política, enquadrando assim os poderes do Conselho de Administração de uma forma particular que é, em si mesma, diferente do que se passa numa empresa privada. De facto, o Estado Português tem o direito de emitir tais orientações, que vão além do que um acionista, qualquer que seja o seu grau de participação, pode numa empresa privada.
- 5.3** Isto será relevante na avaliação dos riscos que os membros do Conselho de Administração estão a incorrer, embora seja também crítico no contexto do processo de reestruturação decorrente do Auxílios de Estado a que as empresas do Grupo TAP estão atualmente a recorrer.
- 5.4** De facto, quando os membros do Conselho de Administração foram designados, o plano de reestruturação da TAP SA já tinha sido aprovado por um anterior Conselho de Administração da TAP SGPS a 2 de dezembro de 2020 ("**Plano de Reestruturação**"). Mais tarde, a 22 de dezembro de 2020, o Conselho de Ministros adotou a Resolução n.º 3/2021, de 22 de dezembro de 2020, posteriormente regulada pela Ordem n.º 818-A/2021, de 14 de janeiro de 2021, que declarou a TAP SA (assim como a Portugália e a Cateringpor) como estando numa situação economicamente difícil, atribuindo a tal declaração os efeitos previstos na legislação aplicável, nomeadamente a redução das condições de trabalho e a não aplicação ou suspensão, total ou parcial, das cláusulas dos acordos de empresa ou dos instrumentos de regulamentação coletiva aplicáveis, com o estabelecimento do respetivo regime de substituição.
- 5.5** Este contexto particular não pode ser ignorado no momento de avaliar a proposta dos membros do Conselho de Administração de incluir disposições destinadas a lidar com os custos e indemnizações a

que possa haver lugar no Contrato de Gestão. Aliás, não só as Empresas estão inseridas num enquadramento específico e mais exigente, tendo em conta o contexto que decorre do seu estatuto de empresa pública, mas também pelo processo levado a cabo junto da Comissão Europeia para aprovação do Plano de Reestruturação, o qual tem sido negociado pelo Governo Português.

- 5.6** Este circunstancialismo específico é ainda mais relevante pois será exigido aos membros do Conselho de Administração a implementação de um Plano de Reestruturação muito exigente, que irá exigir decisões difíceis e potenciais consequências para terceiros que poderão querer responsabilizar os membros do Conselho de Administração por eventuais custos e danos que venham a sofrer.
- 5.7** Assim sendo, é facilmente compreensível que os riscos que os membros do Conselho de Administração enfrentam não são riscos comuns e não se pode esperar que sejam encarados como gestão corrente: por força da implementação do Plano de Reestruturação e pela adoção das medidas de gestão necessárias, os membros do Conselho de Administração podem ver-se arrastados para tribunal por via ações judiciais. Ainda que provavelmente não sejam responsabilizados no final dos processos judiciais, até esse momento terão de suportar longos anos a defenderem-se de processos judiciais que serão bastante dispendiosos em termos de custas judiciais e honorários de consultores jurídicos.
- 5.8** Em face desta situação complexa, facilmente se concebe um cenário em que nem mesmo uma implementação bem-sucedida do Plano de Reestruturação poderá proteger os membros do Conselho de Administração de ações de responsabilidade, nas quais necessitarão de se defender adequadamente.
- 5.9** Verifica-se, pois, que a situação financeira destas empresas, aliada à circunstância de, desde 24 de maio de 2021, não mais subsistir a relação de domínio entre a TAP SGPS e a TAP SA, expõe os membros do Conselho de Administração a riscos acrescidos que em muito ultrapassam os montantes que o mercado de seguros se revelou estar disponível para cobrir. Esta situação é ademais agudizada pela circunstância de as Empresas operarem num setor de atividade cujos riscos operacionais são excecionalmente elevados, basta pensar nos riscos e consequências da queda de um avião.
- 5.10** Considerando o histórico e as circunstâncias, as apólices de seguro D&O que cubram uma eventual responsabilidade dos membros do Conselho de Administração (até a um montante de € 2.500.000,00) são claramente insuficientes para suportar os riscos que podemos esperar deste tipo de gestão especializada e seguramente muito desfasados da prática da indústria para cobertura de riscos tão elevados.
- 5.11** Aliás, as razões supra demonstram suficientemente a motivação legal de tal pedido que, consequentemente, parece-nos passar no teste de proporcionalidade, uma vez que (i) é necessário para enfrentar os riscos desproporcionados e não garantidos que surgem para os membros do Conselho de Administração das Empresas, (ii) é apropriado (isto é, a escolha é apropriada para satisfazer o interesse público subjacente), e (iii) é proporcional, uma vez que cobre fundamentalmente os custos e despesas dos processos judiciais apresentados aos membros do conselho que não estão cobertos pelas apólices de seguro D&O. O Estado Português poderá opinar na escolha dos conselheiros jurídicos e não poderá ser responsabilizado sempre que se considere que os membros do Conselho de Administração atuaram com culpa.

## **6 O argumento principal do Parecer da DGTF**

- 6.1** É nosso entendimento que o contexto explanado nas Seções anteriores constitui fundamento para que um parecer positivo seja emitido pela DGTF e que providencia os argumentos para a aceitação da proposta cláusula 5.ª na Minuta do Contrato de Gestão.

# Linklaters

- 6.2 No entanto, outro argumento foi levantado nas páginas finais do Parecer da DGTF, com fundamentos que entendemos serem uma má leitura da disposição legal aplicável – o artigo 18.º do Estatuto do Gestor Público, que tem a seguinte redação (sublinhados nossos):

«Artigo 18.º - Contratos de gestão

1 - Nas empresas públicas é obrigatória a celebração de um contrato de gestão, em que se definem:

a) As formas de concretização das orientações impostas nos termos do artigo 11.º do Decreto-Lei n.º 558/99, de 17 de dezembro, envolvendo sempre metas objetivas, quantificadas e mensuráveis anualmente durante a vigência do contrato de gestão, que representem uma melhoria operacional e financeira nos principais indicadores de gestão da empresa;

b) Os parâmetros de eficiência da gestão;

c) Outros objetivos específicos;

d) Os elementos referidos no n.º 1 do artigo 30.º

2 - O contrato de gestão é celebrado no prazo de três meses contado a partir da data da designação do gestor público entre este, os titulares da função acionista e o membro do Governo responsável pelo respetivo setor de atividade, sendo nulo o respetivo ato de nomeação quando ultrapassado aquele prazo.

3 - (Revogado.)

4 - Os contratos de gestão não podem estabelecer regimes específicos de indemnização ou qualquer outro tipo de compensação por cessação de funções, nem contrariar o que se encontra fixado no artigo 26.º.

5 - O contrato de gestão deve prever expressamente a demissão quando a avaliação de desempenho seja negativa, designadamente, por incumprimento devido a motivos individualmente imputáveis dos objetivos referidos nas orientações fixadas nos termos do artigo 11.º do Decreto-Lei n.º 558/99, de 17 de dezembro, ou no contrato de gestão.»

- 6.3 Por um lado, o Estatuto do Gestor Público claramente refere que o Contrato de Gestão é obrigatório e determina quais os assuntos que sempre devem ser cobertos (artigo 18.º, n.º 1, al. a)); como seria de esperar, o tema dos custos e indemnizações não se encontra incluída na lista de aspetos que devem ser obrigatoriamente cobertos.

- 6.4 Por outro lado, o Estatuto do Gestor Público também refere o que não pode ser regulado ao abrigo do Contrato de Gestão, sinalizando assim claramente quais são as áreas que tanto o gestor público como o Estado Português não podem desviar do quadro legal; isto abrange basicamente aspetos que se referem ao fim das funções como membros do Conselho de Administração – ou seja, o fim da relação contratual.

- 6.5 Para além do mais, o Estatuto do Gestor Público prevê as consequências (obrigatórias) de uma avaliação de desempenho negativa.

- 6.6 Como tal, o referido preceito leva a uma adequada interpretação ao dispor o que fazer e o que não fazer, o que demonstra que o Legislador fez uma forte opção em relação ao conteúdo dos Contratos de Gestão, deixando espaço para que outras matérias permitidas possam ser reguladas neste instrumento contratual.

# Linklaters

- 6.7** Uma vez que a questão subjacente e a motivação para inserir a cláusula 5 proposta no Contrato de Gestão não se enquadra no âmbito dos assuntos proibidos, não compreendemos o argumento segundo o qual os contratos de gestão não cobrem e não podem cobrir ou decidir aspetos como honorários de advogados, custas judiciais ou quaisquer outros custos, nomeadamente indemnizações relacionadas com o desempenho das funções de administração, que os membros do Conselho de Administração correm o risco de ter de suportar meramente como consequência de atuarem como membros do Conselho de Administração das TAP SGPS e da TAP SA, independentemente de qualquer má conduta.
- 6.8** Uma interpretação diferente, para além de violar a letra e a ratio do preceito referido, levariam a uma interpretação desadequada, segundo a qual os Contratos de Gestão não podem regular outros aspetos para além dos referidos no n.º 1 do artigo 18 – o que inclui disposições relativas a arbitragem ou obrigações de confidencialidade ou qualquer outra cláusula standard.
- 6.9** A interpretação sugerida, mas não fundamentada, no Parecer da DGTF, em última linha colocaria em risco o princípio orientador de todas as decisões de entidades públicas – o princípio da prossecução do interesse público.

## **7 A recém-publicada Portaria n.º 317-A/2021, de 23 de dezembro**

- 7.1** Já depois de emitido o Parecer da DGTF foram estabelecidas, por portaria, regras quanto à elegibilidade, composição, determinação e atribuição aos gestores públicos, que exerçam funções executivas em empresas públicas do Setor Empresarial do Estado, e estipulada a minuta a que deverão obedecer os respetivos contratos de gestão ("**Portaria n.º 317-A/2021**").
- 7.2** Uma vez que a Portaria n.º 317-A/2021 aplicar-se-á aos gestores públicos que exerçam funções executivas que, à data da respetiva entrada em vigor, não tenham celebrado um contrato de gestão, donde será ainda aplicável aos membros do Conselho de Administração das Empresas, no exercício de funções executivas, pois outros exercem funções não executivas. Como tal, importa saber se este regime introduz alguma alteração ou novas perspetivas a quanto vem sendo dito.
- 7.3** A resposta não pode deixar de ser negativa: a Portaria n.º 317-A/2021 não altera as conclusões supra e não introduz, nem poderia fazê-lo, inovação face ao que se previa já artigo 18.º, n.º 4 do Estatuto do Gestor Público. Como tal, e por maioria de razão, a Portaria n.º 317-A/2021 não confere ao Parecer da DGTF o fundamento de que o mesmo carecia, e continua a carecer.
- 7.4** Regular a "atribuição de um incentivo à boa gestão das empresas públicas, em condições rigorosas e transparentes, diretamente relacionada com a avaliação de desempenho dos gestores" é, pois, o grande propósito da Portaria n.º 317-A/2021 que, nessa medida, estabelece "condições rigorosas, exigentes e transparentes para a composição, determinação e atribuição aos gestores públicos da parcela da remuneração variável que está associada ao reconhecimento e incentivo da boa gestão das empresas públicas".
- 7.5** Assim, são agora reforçados os princípios que devem nortear os objetivos (quantificáveis e mensuráveis) a prever nos contratos de gestão e a cumprir pelo gestor público, assim como a determinação do montante dos incentivos e as condições da respetiva atribuição. Adicionalmente, anexa à Portaria n.º 317-A/2021 vem agora a minuta a que devem obedecer os contratos de gestão, regula, entre outras matérias, as obrigações e impedimentos do gestor público, os objetivos, a remuneração e benefícios sociais, as matérias que estão vedadas ao gestor público, a avaliação do desempenho, a cessação do contrato de gestão.

# Linklaters

7.6 A referida minuta cobre, pois, as matérias que os contratos de gestão deverão necessariamente regular, não se prevendo em parte alguma da Portaria n.º 317-A/2021 que aqueles não possam ir além do que aí vem estipulado, devendo sempre respeitar as limitações previstas no artigo 18.º, n.º 4 do Estatuto do Gestor Público.

7.7 Assim, também a Portaria n.º 317-A/2021 não impede que os Contratos de Gestão regulem outros aspetos para além dos referidos no n.º 1 do artigo 18 do Estatuto do Gestor Público.

## 8 Em Síntese

8.1 Os riscos que decorrem para os membros do Conselho de Administração da TAP SGPS e da TAP SA devem ser lidos no contexto das alterações ao capital social da TAP SA, que puseram termo à relação de domínio até então existente entre a TAP SGPS e a TAP SA, mas também da sua classificação como empresas públicas e da consequente aplicação do Regime Jurídico do Setor Público Empresarial, a que a acresce, com grande preponderância, a necessidade de implementação do recém aprovado Plano de Reestruturação.

8.2 Os membros do Conselho de Administração enfrentam novos desafios daí decorrentes, os quais não estão devidamente cobertos nos termos dos seguros de D&O em vigor, devido às baixas coberturas e às exclusões expressamente incluídas. Assim, propor uma cláusula para lidar com os temas dos custos e indemnizações que possam ter que vir a suportar por atos praticados no exercício das suas funções, a ser incluída nos Contratos de Gestão constitui uma forma legítima e adequada de lidar com esses riscos.

8.3 O Parecer da DGTF convoca argumentos, nem sempre claros, que não constituem fundamento bastante para sustentar uma oposição à inclusão de uma disposição específica sobre custos e compensação (cláusula 5) nos Contratos de Gestão. E assim é porque os argumentos apresentados baseiam-se num mal-entendido quanto à situação factual e ainda numa interpretação errónea da disposição legal relevante (artigo 18.º do Estatuto do Gestor Público).

8.4 Por um lado, o parecer da DGTF assenta num equívoco sobre o que está a ser pedido e por que motivo, uma vez que a caução ou seguro-caução a prestar pelos membros do Conselho de Administração no prazo de 30 dias desde a nomeação, atende às obrigações decorrentes do Código das Sociedades Comerciais. Sendo esta uma preocupação válida, de forma alguma está relacionada com os motivos pelos quais os membros do Conselho de Administração solicitaram que fosse incluída nos Contratos de Gestão uma disposição que cobrisse custos e compensações em que possa vir a incorrer; é precisamente o oposto, na verdade.

8.5 Por outro lado, quanto à posição acionista do Estado Português, o parecer da DGTF induz em erro, uma vez que este não pode ser visto apenas como mais um acionista. Isto em razão da influência dominante que exerce sobre as Empresas, mas também pelos poderes reforçados detém sobre as Empresas, os seus Conselhos de Administração, com consequência também sobre a posição dos demais acionistas, nomeadamente com base no Regime Jurídico do Setor Público Empresarial e no Estatuto do Gestor Público. Esta posição é atribuída apenas ao Estado Português e não aos restantes acionistas, configurando-se assim uma relação um pouco menos equilibrada entre os acionistas, que vai para além da simples posição de acionista.

8.6 Em contrapartida, os acionistas privados (minoritários) da TAP SGPS, não podem exercer qualquer outra influência que não a que decorre da sua posição acionista – por via da sua participação nas Assembleias Gerais – e dos poderes que tal qualidade lhes confere por lei.

## Linklaters

- 8.7** Além disso, o Parecer da DGTF ignora também as circunstâncias particulares em que este Conselho de Administração irá atuar e o papel insubstituível que o Estado Português desempenhou na negociação do Plano de Reestruturação, a ser agora implementado.
- 8.8** Por fim, o parecer da DGTF não fundamenta o motivo pelo qual considera que os Contratos de Gestão não podem incluir a cláusula 5 proposta, cobrindo níveis de taxas e custas judiciais no contexto de reivindicações de responsabilidade que o membro do Conselho possa enfrentar, independentemente de qualquer má conduta.
- 8.9** Como tal, é nossa opinião que a matéria a regular numa tal disposição não constitui um dos tópicos proibidos e que uma interpretação que o sustente, ultrapassa a letra e a motivação da dita disposição legal; conclusão que mantemos em face da recém-publicada Portaria n.º 317-A/2021.

## Linklaters

Lisboa, 11 de janeiro de 2022