

**Faculdade de Direito da Universidade Católica de Lisboa e
Católica Lisbon School of Business & Economics**



Dissertação de Mestrado
Falhas do Estado na Regulação das
Parcerias Público-Privadas no
Setor Rodoviário

Ana Margarida Balseiro de Sousa Lopes

Mestrado de Direito e Gestão (2011/2013)

Orientador: Professor Doutor João Confraria
Co-Orientador: Professor Doutor Rui Medeiros

Lisboa, 2 de Setembro de 2013

Agradecimentos

Em primeiro lugar, começo por agradecer a orientação do Professor Doutor João Confraria para a presente dissertação. O entusiasmo e o interesse pela área da Regulação nascem por ter sido sua aluna.

Ao Professor Doutor Rui Medeiros pelas sugestões dadas na estruturação e delimitação do âmbito do trabalho, tal como nos comentários para a melhoria do mesmo.

Ao Professor Doutor Ricardo Reis pelo incentivo e disponibilidade ao longo do trabalho, imprescindíveis para a sua conclusão.

Ao Professor Doutor Joaquim Sarmiento pela ajuda dada na parte final do trabalho.

Agradeço à Andreia Marques, à Ana Rita Chacim, ao Duarte Marques, à Inês Palma Ramalho, ao Pedro Rodrigues e ao Sérgio Azevedo, que me ajudaram na recolha da informação, na reflexão do tema e no trabalho de revisão da dissertação.

Aos meus pais e ao meu irmão. Em especial ao meu pai pelo apoio constante, agora e sempre.

Índice

Abreviaturas	Página 4
Introdução	Página 5
Capítulo I – O Problema	Página 7
Capítulo II – Por que chegámos até aqui?	Página 14
1. Comparador do Setor Público	
2. SCUT	
3. Ausência de Enquadramento Legal	
4. Falta de transparência no lançamento/celebração/execução/alterações dos contratos	
5. Quem é que regula o quê?	
Capítulo III – Recomendações	Página 34
Anexos	Página 41
Bibliografia	Página 45
Jurisprudência e outras publicações	Página 47

Abreviaturas

BEI	Banco Europeu de Investimentos
CSP	Comparador do Setor Público
CCP	Código dos Contratos Públicos
DBFO	<i>Design-build-finance-operate</i>
DGTF	Direção-Geral do Tesouro e Finanças
EP	Estradas de Portugal
NMGFSR	Novo Modelo de Gestão e Financiamento do Setor Rodoviário
PFI	<i>Private Finance Initiative</i>
PIB	Produto Interno Bruto
PPP	Parcerias Público-Privadas
REF	Reposição do Equilíbrio Económico-Financeiro
SCUT	Autoestradas Sem Custos para o Utilizador
UE	União Europeia
UTAP	Unidade Técnica de Apoio de Projetos

Introdução

Em 2013 o Estado Português está sob assistência financeira das instituições europeias e do FMI, pela terceira vez desde o 25 de Abril de 1974. O propósito desta dissertação não é analisar todos os fatores que contribuíram para estarmos nesta situação, mas antes analisar o contributo das parcerias público-privadas (PPP) no setor rodoviário, como se explica no primeiro capítulo, em que se apresentam estimativas do seu valor e se discutem conceitos de PPP e os potenciais benefícios que lhes têm sido atribuídos. No segundo capítulo propõe-se um quadro de análise do problema baseado nas teorias das escolhas públicas e das falhas do Estado e são identificadas as falhas do Estado que neste caso mais poderão ter contribuído para o resultado final no domínio das PPP rodoviárias. No terceiro capítulo apontam-se recomendações, procurando-se contribuir para um quadro institucional futuro em que se evitem algumas das falhas identificadas no presente trabalho. Ou seja, aborda-se o crescimento excessivo das PPP no setor rodoviário em Portugal como um problema regulatório relacionado com falhas da intervenção do Estado.

De facto, assistimos nas últimas duas décadas a um investimento significativo na infraestruturação rodoviária nacional, com a utilização do modelo de PPP¹. Porém, hoje são várias as dúvidas relativamente ao processo de decisão política que levou a estes investimentos². Com efeito, a opção de realização de determinado investimento, independentemente da forma e do modelo adotados, resulta, antes de mais, de um processo de escolha política³.

As críticas apontadas a estes investimentos relacionam-se quer com o resultado obtido, quer com o processo de decisão. Começam, desde logo, com o facto de alguns deles se terem revelado desnecessários face às necessidades do país; da sua realização sem um enquadramento legal específico e sem a utilização do Comparador do Setor Público (CSP); dos contratos e das sucessivas renegociações terem redundado em encargos muito elevados

¹SANTOS, Boaventura de Sousa; *Parcerias Público-Privadas e Justiça – Uma análise comparada de diferentes experiências*; Centro de Estudos Sociais; 2007; pág 1, reconduz a experiência portuguesa a uma adaptação do modelo britânico da *Private Finance Initiative* (PFI)

² Algumas das dúvidas vêm plasmadas no Relatório da Comissão Parlamentar de Inquérito à Contratualização, Renegociação e Gestão das PPP (setor rodoviário e ferroviário) da Assembleia da República; 2013

³ TIEBOUT, Charles M.; *An Economic Theory of Fiscal Decentralization*; Chapter in NBER book *Public Finances: Needs, Sources, and Utilization*, Universities-National Bureau; Princeton University Press; 1961; pág.

para o Estado, no presente e nas próximas décadas; e nos modelos de partilha de risco definidos se terem revelado pouco equilibrados, em que o Estado é, em regra, a parte que assume maiores riscos.

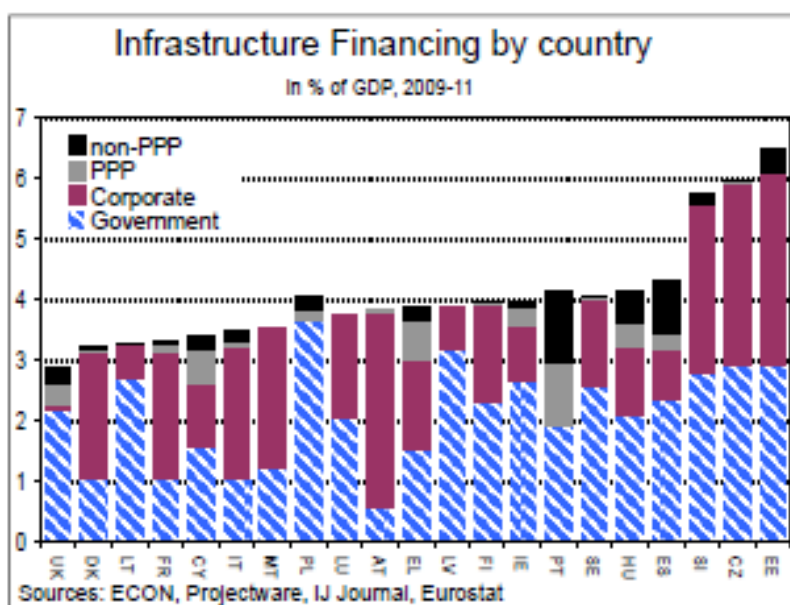
O objetivo do presente trabalho é o de identificar as falhas que estiveram na causa do insucesso do recurso a este modelo contratual e apresentar sugestões para melhorar o processo de decisão política.

Capítulo I

O Problema

Portugal é o país da União Europeia (UE) que, em percentagem do Produto Interno Bruto (PIB), mais recorreu às PPP (gráfico 1), sendo o setor rodoviário aquele que pesa mais ao nível dos encargos atuais e futuros (gráfico 2).

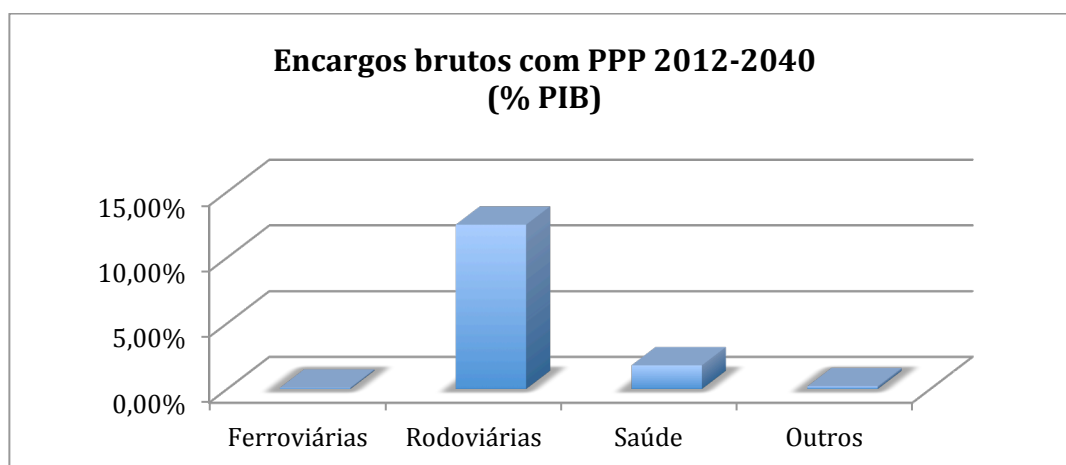
Gráfico 1⁴



Como ilustra o gráfico 1, as PPP, enquanto modelo de infraestruturação em geral, têm um peso muito significativo, em percentagem do PIB, em Portugal e em países como o Chipre, Grécia, Hungria e Espanha.

⁴ KAPPELER, Andreas; *PPPs and their Financing in Europe: Recent Trends and EIB Involvement*; Economic Studies Division; EIB; 2012; pág. 5

Gráfico 2⁵



O gráfico 2 ilustra o valor atualizado dos encargos brutos futuros do Estado português, em relação aos contratos celebrados até 2012, que representava cerca de 14,6% do PIB estimado para esse ano.

As PPP surgem num contexto de alteração do paradigma da gestão pública, iniciada nos países anglo-saxónicos⁶. Foram apresentadas e defendidas com base na necessidade de redimensionar o setor público⁷, de fomentar a participação da iniciativa privada na esfera da governação pública⁸, de potenciar o aproveitamento pelo setor público do *know-how*, experiência e capacidade de gestão do setor privado⁹.

Com efeito, abandonando-se tanto a ideia do cidadão socialmente descomprometido, característica do Estado liberal¹⁰, como a ideia do cidadão-utente de serviços públicos do

⁵ Parcerias Público-Privadas e Concessões – Relatório 2012; Direcção-Geral do Tesouro e Finanças; 2012; pág. 7, onde se refere que “sem o efeito das renegociações em curso, o valor atualizado dos encargos brutos futuros do Estado decorrente dos contratos estabelecidos até 2012 com os parceiros privados estima-se em 24.407 milhões de euros, o que representa cerca de 14,6% do PIB previsto para 2012”

⁶ CABRAL, Nazaré Costa; As Parcerias Público-privadas; caderno IDEFF n.º 9; Coimbra; Almedina; 2009; pp. 11 e ss.

⁷ TANZI, Vito; *Fiscal Federalism and Decentralization: a review of some efficiency and macroeconomics aspects*; Annual World Bank Conference on Development Economics; 1995; pág. 296, onde se refere que nos anos 80 e 90, o processo de redimensionamento do setor público implicou, a par das privatizações, também processos de descentralização

⁸ GONÇALVES, Pedro; Entidades Públicas com Poderes Privados; Coimbra; Almedina; 2005; pp. 13 e ss.

⁹ Preâmbulo do Decreto-Lei n.º 111/2012, de 23 de maio

¹⁰ CABRAL, Nazaré Costa; As Parcerias Público-privadas; caderno IDEFF n.º 9; Coimbra; Almedina; 2009, pp. 86 e ss.

Estado social, afirmou-se a partir da década de 80 a noção de que o interesse público não é monopólio do Estado e da Administração Pública¹¹.

As PPP representaram, por isso, um instrumento público de carácter económico-financeiro que permitiu a manutenção ou incremento do investimento e modernização dos serviços públicos, apesar das restrições de ordem orçamental¹², mediante distintos modelos de remuneração do parceiro privado e de definição do modelo de partilha de risco de cada projeto.

Por PPP entende-se a colaboração entre o setor público e o setor privado, através da utilização dos recursos e experiência do parceiro privado com vista à provisão de infraestruturas/serviços públicos¹³.

A doutrina em Portugal considera que PPP, em sentido amplo, é toda e qualquer forma de colaboração entre público e privado com vista ao desenvolvimento de uma atividade em benefício da coletividade¹⁴. Em sentido estrito, a noção de PPP é definida pelos seguintes elementos: a existência de um contrato de longo prazo, sendo uma das partes um privado, com o objetivo de planeamento, construção, financiamento e funcionamento de uma infraestrutura pública pelo privado, tendo como contrapartida uma contraprestação do Estado, continuando a estrutura como um ativo do Estado^{15 16}.

A nível comunitário, em 2004, a Comissão Europeia lançou o Livro Verde sobre as PPP que, pese embora anteriores documentos e comunicações emanados das instituições europeias¹⁷, tornou-se o principal contributo comunitário sobre a matéria. Começa por referir como elementos conformadores deste tipo de contrato a sua longa duração, o modo de financiamento em que é distintiva a presença do parceiro privado, a intervenção do parceiro económico nas diversas fases do projeto e a existência de partilha de risco entre os parceiros

¹¹ GONÇALVES, Pedro; Entidades Públicas com Poderes Privados; Coimbra; Almedina; 2005; pp. 144 e ss.

¹² AZEVEDO, Maria Eduarda; As parcerias público-privadas: instrumento de uma nova governação pública; Coimbra; Almedina; 2009; pp. 13 e ss.

¹³ *The EIB's role in Public-Private Partnerships (PPP's)*; EIB; 2012; pág. 2

¹⁴ CABRAL, Nazaré Costa; As Parcerias Público-privadas; caderno IDEFF n.º 9; Coimbra; Almedina; 2009; pp. 11 e ss.

¹⁵ CABRAL, Nazaré Costa; As Parcerias Público-privadas; caderno IDEFF n.º 9; Coimbra; Almedina; 2009; pp. 11 e ss.

¹⁶ MELO, Pedro; O juízo de eficiência na alteração de circunstâncias das parcerias público-privadas; O direito, A. 141 n.º 4; Coimbra Editora; 2009; pp. 36 e ss.

¹⁷ Veja-se, a título de exemplo, a Comunicação interpretativa da Comissão sobre as concessões em direito comunitário, publicada no JOCE C. 121 de 29 de abril de 2000

público e privado¹⁸. O Livro Verde enquadra-as como “formas de cooperação entre as autoridades públicas e as empresas, tendo por objetivo assegurar o financiamento, a construção, a renovação, a gestão ou a manutenção de uma infraestrutura ou a prestação de um serviço”¹⁹, distinguindo dois tipos de PPP: PPP de tipo puramente contratual, em que se estabelece uma parceria entre o parceiro público e o parceiro privado, assente em relações exclusivamente contratuais; e PPP do tipo institucionalizado em que há a criação de uma entidade distinta para concretizar os termos da cooperação entre o parceiro público e o privado.

A lei portuguesa define PPP, no n.º 1 do art. 1.º do Decreto-Lei n.º 111/2012, de 23 de maio, como “o contrato ou a união de contratos por via dos quais entidades privadas, designadas por parceiros privados, se obrigam, de forma duradoura, perante um parceiro público, a assegurar, mediante contrapartida, o desenvolvimento de uma atividade tendente à satisfação de uma necessidade coletiva, em que a responsabilidade pelo investimento, financiamento, exploração e riscos associados, incumbem, no todo ou em parte, ao parceiro privado”²⁰.

Distinguem-se, face a outros modelos para provisão de infraestruturas e serviços, fundamentalmente, pela componente de risco associado a este modelo contratual²¹, podendo assumir diversas formas em função das fases do ciclo de vida que incorporam, tal como o tipo de ativo em causa²².

Face ao processo de contratação pública (*procurement*), Nazaré Costa Cabral destaca como principais vantagens: a diminuição das necessidades de recurso a financiamentos, a transferência do risco do parceiro público para o parceiro privado, o incremento da eficiência nos serviços prestados, a redução de custos, a garantia de qualidade do serviço prestado, maior rigor e capacidade de gestão do parceiro privado (uma vez que é essa a sua vocação,

¹⁸ CRUZ, Carlos Oliveira e Rui Cunha Marques; O Estado e as Parcerias Público-Privadas; Edições Sílabo; Lisboa; 2012; pp. 36 e ss.

¹⁹ Comissão Europeia; Livro verde sobre as parcerias público-privadas e o direito comunitário em matéria de contratos públicos e concessões. COM (2004) 327; Comissão Europeia; Bruxelas; 2004

²⁰ Decreto-Lei n.º 111/2012, de 23 de maio

²¹ Remetemos para o quadro 1 dos Anexos, numa adaptação do que consta em Carlos Oliveira e Rui Cunha Marques; O Estado e as Parcerias Público-Privadas; Edições Sílabo; Lisboa; 2012; pág. 32

²² Remetemos para o quadro 2 dos Anexos, numa adaptação do que consta em Carlos Oliveira e Rui Cunha Marques; O Estado e as Parcerias Público-Privadas; Edições Sílabo; Lisboa; 2012; pág. 35

para além das economias de escala e da possibilidade de recurso a processos de contratação próprios do setor privado)²³.

As PPP rodoviárias foram introduzidas em Portugal pelo projeto da segunda travessia sobre o Tejo. O Projeto da Ponte Vasco da Gama²⁴ marcou o início²⁵ do recurso às modernas PPP, tendo introduzido o esquema de *project finance* em modelo de *Design-build-finance-operate* (DBFO)²⁶ em Portugal, em que a construção, sobretudo de infraestruturas no setor rodoviário, se mantém, por regra, propriedade do Estado, havendo, no entanto, um grande envolvimento do parceiro privado na conceção, financiamento e exploração da infraestrutura, sendo remunerado por isso²⁷. Entre as várias vantagens já mencionadas destaca-se o facto deste financiamento desonerar o Orçamento do Estado, diminuindo o peso da dívida e os gastos diretos do Estado²⁸. No caso em apreço, o concessionário – a Lusoponte – e o Estado Português celebraram um contrato misto, havendo em relação à Ponte Vasco da Gama a concessão de obra pública clássica explorada em regime de portagem, com a transferência no término contratual para o Estado e a concessão de exploração de um bem do domínio público, tendo também a concessionária o dever de manutenção²⁹. A remuneração acionista assentava nos *cash-flows* da exploração das infraestruturas, para além do compromisso assumido pelo Estado de transferir para a concessionária verbas de co-financiamento comunitário. Como refere Maria Eduarda Azevedo³⁰, o equilíbrio económico-financeiro do caso base em apreço e a inerente expectativa de rendibilidade sustentaram a fixação do tempo da concessão para as duas pontes, pese embora tenha sido prevista a possibilidade de antecipação do seu termo, caso houvesse um retorno que cobrisse os encargos incorridos pelo privado para aquele

²³ CABRAL, Nazaré Costa; As Parcerias Público-privadas; caderno IDEFF n.º 9; Coimbra; Almedina; 2009; pp. 26 e ss.

²⁴ Decreto-Lei n.º 168/94, de 15 de junho

²⁵ CRUZ, Carlos Oliveira e Rui Cunha Marques; O Estado e as Parcerias Público-Privadas; Edições Sílabo; Lisboa; 2012; pág. 75

²⁶ Sobre os vários tipos de PPP, ver quadro 2 dos Anexos

²⁷ AZEVEDO, Maria Eduarda; As parcerias público-privadas: instrumento de uma nova governação pública; Coimbra; Almedina; 2009; pp. 239 e ss.

²⁸ Auditoria à Aplicação do Modelo Contratual e aos Acordos de Reposição do Equilíbrio Financeiro, Relatório n.º 31/2000/2.ª secção, vol. I, 2000, pp. 36 e ss.

²⁹ AZEVEDO, Maria Eduarda; As parcerias público-privadas: instrumento de uma nova governação pública; Coimbra; Almedina; 2009; pp. 240 e ss.

³⁰ AZEVEDO, Maria Eduarda; As parcerias público-privadas: instrumento de uma nova governação pública; Coimbra; Almedina; 2009; pp. 241 e ss.

investimento e o volume de tráfego total acumulado das duas pontes ultrapassasse 2.250 milhões de veículos. Esta era, aliás, uma prática que ia ao encontro de uma das recomendações feitas pelo FMI³¹. As partes acordaram a equiparação entre as duas pontes do valor cobrado nas portagens, tendo a concessionária assumido o risco de procura, em troca de uma cláusula de exclusividade incluída no contrato de concessão, onde o Estado, em caso de construção de uma 3.^a travessia, teria de recorrer à Lusoponte³². Mas o risco político manifestou-se num contrato reconhecidamente equilibrado na alocação do risco entre as partes: o não aumento do preço das portagens na Ponte 25 de Abril e a isenção durante o mês de Agosto motivaram o pedido de reposição do equilíbrio económico-financeiro, por iniciativa da concessionária, tendo havido uma revisão do caso base, a que se somaram mais oito FRA³³, matéria sobre a qual nos debruçaremos no capítulo 2.

Ao momento, são vinte e duas as PPP rodoviárias em Portugal e que assumem diferente tipologia como ilustra o quadro 3 dos Anexos³⁴. Não são, por isso, surpreendentes os números avançados pelos Professores Carlos Oliveira Cruz e Rui Cunha Marques, que colocam Portugal como um dos países europeus com maior densidade de rede de autoestradas, evidenciando-o através dos seguintes dados: a média europeia é de 15,0 km/1000 km², em Portugal é de 28,4 km/1000 km². O número de quilómetros é em Portugal 246,5, sendo a média europeia 131,4 km por milhão de habitantes³⁵.

Com efeito, como referem os Professores Ricardo Reis e Joaquim Sarmiento, tivemos em Portugal três vagas de autoestradas, a primeira nas décadas de 80 e 90 que “corresponde ao principal eixo viário nacional” em regime de concessão com portagem real.

A segunda vaga ocorre entre 1999 e 2002: “sete SCUT, dois projetos de autoestrada com portagem real, nas áreas metropolitanas de Lisboa e Porto, e dois projetos de ligação destas duas cidades, também com portagem real, paralelo e alternativo ao eixo viário existente na primeira vaga”³⁶.

³¹ Auditoria ao Acordo Geral celebrado entre o Estado e a Lusoponte; Relatório n.º 47/2001/2.^a secção; 2001

³² GARCIA, António; Acompanhamento, Avaliação e Controlo das PPP, Manual Prático de Parcerias Público-Privadas; Sintra; NPF, Pesquisa e Formação; 2004; pág. 260

³³ *Financial Rebalancing Agreements*, o termo anglo-saxónico para reposição do equilíbrio económico-financeiro (REF)

³⁴ Estudo de 36 Contratos de Parcerias Público-Privadas do Estado Português; *Ernst & Young*; 2012; pág. 10

³⁵ CRUZ, Carlos Oliveira e Rui Cunha Marques; O Estado e as Parcerias Público-Privadas; Edições Sílabo; Lisboa; 2012; pág. 82

³⁶ REIS, Ricardo Ferreira e Joaquim Miranda Sarmiento; A Ascensão e queda das Parcerias Público Privadas em Portugal; 2012; pág. 3

A terceira vaga de PPP ocorre com o lançamento dos oito projetos em regime de subconcessão pública.

Assim, passaram a coexistir em Portugal dois modelos de parcerias: com a existência de portagens reais cobradas aos utentes, em respeito pelo princípio do utilizador-pagador; e com a existência de portagens virtuais³⁷, utilizada em países como o Reino Unido, em que a remuneração acionista é feita mediante o cálculo dos valores de tráfego registado.

O Decreto-Lei n.º 111/2011, de 28 de novembro, acabou com o regime de autoestradas sem custo para o utilizador, justificando que “os princípios da universalidade e do utilizador pagador garantem uma maior equidade e justiça social, bem como permitem um incremento das verbas obtidas com a exploração das infraestruturas rodoviárias”³⁸. Para tal contribuiu o facto de nos encontrarmos à data sob assistência externa financeira, para além da inevitável conclusão de que não há autoestradas sem custos para o utilizador, apenas se substitui a ideia do contribuinte-pagador pela de utilizador-pagador.

É reconhecido o forte impacto para as contas públicas dos encargos com PPP, como ilustra o supramencionado gráfico 2. Esta será uma das razões que levou a que o Memorando de Entendimento sobre as Condicionalidades da Política Económica, acordado com a Comissão Europeia, o Fundo Monetário Internacional e o Banco Central Europeu, tivesse no ponto 3.21 a obrigação de “Melhorar o relatório anual sobre as PPP e concessões com uma avaliação abrangente dos riscos orçamentais derivados das PPP e das concessões”³⁹. Como refere o relatório da *Ernst & Young*⁴⁰, “o ano de 2039 é o único em que se estima existir benefício líquido para o concedente público”. O recurso a este modelo contratual justifica-se se este apresentar *value for money* em relação ao modelo contratual tradicional. Atendendo ao descrito no presente capítulo importa compreender por que razão tanto a doutrina como a jurisprudência consideram falhada a experiência das PPP rodoviárias em Portugal. Em que medida a ausência de enquadramento legal e a não utilização do CSP tornaram ainda mais pesados estes encargos para a sustentabilidade das finanças públicas no futuro (*affordability*)?

No capítulo 2, propomo-nos a analisar o que contribuiu para esta situação.

³⁷ Decreto-Lei n.º 267/97, de 2 de outubro

³⁸ Preâmbulo do Decreto-Lei n.º 111/2011, de 28 de novembro

³⁹ Parcerias Público-Privadas e Concessões – Relatório 2012; Direcção-Geral do Tesouro e Finanças; 2012; pág. 5

⁴⁰ Estudo de 36 Contratos de Parcerias Público-Privadas do Estado Português; *Ernst & Young*; 2012; pág. 35, apesar destes números refletirem os 36 contratos de PPP analisados, não ignorámos o peso das PPP rodoviárias nos encargos totais como ilustram os gráficos 3 e 4 dos Anexos

Capítulo II

Por que chegámos até aqui?

De Weimer e Vining retivemos que *“From social choice theory, which focuses on the operation of voting rules and other mechanisms of collective choice, we learn of the inherent imperfectability of democracy (...) we learn of the problems of representative government”*⁴¹. Ao Estado, enquanto ente agregador das vontades individuais, cabe a escolha coletiva que nem sempre é coincidente/conducente ao ótimo social. Como principais falhas do Estado, os autores apontam os problemas inerentes à democracia direta, ao governo representativo, à burocracia funcional e ao governo descentralizado. Na problemática das PPP rodoviárias no setor rodoviário em Portugal, achamos que se evidenciam as falhas do governo representativo mas também da burocracia funcional, como adiante passaremos a explicar.

Importa ter em atenção os fatores que, na opinião de Weimer e Vining, condicionam os representantes e que contribuem para os problemas inerentes ao Governo representativo.

Em primeiro lugar, realçam a ideia de que *“representatives have their own interests (...) in general, the personal interests of representatives tend to push them toward responsiveness to their constituencies and away from concern for broader social welfare”*. Em segundo lugar, são apontados os custos em que incorrem os eleitores em monitorizar o trabalho realizado pelos seus representantes. Em terceiro lugar é apontada a disciplina partidária como elemento condicionador do desempenho dos políticos.

Neste contexto, o efeito dos ciclos eleitorais no processo de decisão política pode ser considerado como a origem de muitos dos problemas encontrados. De facto, o problema dos ciclos político-económicos, associados ao curto prazo da decisão política, leva a que *“representatives must often make decisions that will have consequences extending many years into the future”*⁴². Ou seja, as decisões que seriam, eventualmente, mais vantajosas para a sociedade são preteridas por outras cujos benefícios se fazem sentir no imediato e cujos

⁴¹ WEIMER, David L. e Aidan R. Vining; *Policy Analysis, Concepts and Practice; Fourth Edition*; 2004; pp. 156 e ss.

⁴² WEIMER, David L. e Aidan R. Vining; *Policy Analysis, Concepts and Practice; Fourth Edition*; 2004; pág.

custos podem ser diluídos e visíveis apenas no futuro⁴³ (e até podem os custos ser superiores aos benefícios), podendo nessa altura o decisor em causa já nem se encontrar na vida política, não sendo por isso sujeito ao escrutínio em urna do mérito das decisões que tomou. Perfilhamos a ideia expressa por Paulo Trigo Pereira⁴⁴ que refere que “o facto de a tomada de decisão política em relação a qualquer PPP ser anterior ao ónus financeiro da mesma para o sector público significa que há tendência para os governos lançarem PPP em excesso, dado que podem retirar um benefício político no lançamento dos projetos, realizar algum encaixe financeiro imediato e transferir para os governos seguintes o ónus da despesa e dos eventuais impostos acrescidos necessários para os financiar”.

Neste tipo de contratos, como são as PPP, sucede ainda outro fenómeno, em que as decisões da realização de determinados investimentos são tomadas com impactos significativos para gerações que ainda não podem sequer votar ou ainda não nasceram. Também Paulo Trigo Pereira⁴⁵ refere este problema de dissociação entre pagamento e consumo de bens públicos, sendo, no limite, possível que alguns beneficiem de bens sem que para isso tenham fiscalmente contribuído. Este autor reforça a ideia de que se tem procurado a maximização dos votos através do défice, o que, encontra suporte tanto na doutrina como nas próprias auditorias realizadas pelo Tribunal de Contas, que relacionam a aposta em PPP com as restrições de carácter orçamental⁴⁶ (decorrentes das regras do Pacto de Estabilidade e Crescimento), sem o recurso a instrumentos, como o CSP, como adiante se falará.

Por outro lado, o facto de existirem custos (“*financial and time constraints*”⁴⁷) associados ao escrutínio do desempenho dos representantes é um incentivo a que, dada a complexidade e a incompletude⁴⁸ deste tipo de contratos, os mesmos sejam celebrados sem que, não obstante o forte impacto e onerosidade futura, haja um amplo conhecimento público

⁴³ CONFRARIA, João; Regulação e Concorrência, Desafios do Século XXI; 2.ª edição; Lisboa; Universidade Católica Editora; 2011; pp. 104 e ss.

⁴⁴ PEREIRA, Paulo Trigo; Portugal: Dívida Pública e Défice Democrático; Fundação Francisco Manuel dos Santos; 2012; pp. 57 e ss.

⁴⁵ PEREIRA, Paulo Trigo; Portugal: Dívida Pública e Défice Democrático; Fundação Francisco Manuel dos Santos; 2012; pp. 57 e ss.

⁴⁶ Linhas de Orientação (Guide Lines) e Procedimentos para o desenvolvimento de Auditorias Externas a PPP; Tribunal de Contas; 2008; pág. 9

⁴⁷ WEIMER, David L. e Aidan R. Vining; *Policy Analysis, Concepts and Practice; Fourth Edition*; 2004; pp. 165 e ss.

⁴⁸ GRIMSEY, Darren e Marvyn K. Lewis; *Public Private Partnerships, The Worldwide Revolution in Infrastructure Provision and Project Finance*; 2004; pág. 13

dos encargos futuros que daí resultarem e as renegociações sejam realizadas sem que se permita aferir verdadeiramente os encargos assumidos pelo Estado. Por outro lado, a esta questão, soma-se a falta de transparência, com a não publicitação de alguns contratos, ou publicação sem critério de referência, posteriores renegociações/alterações, cadernos de encargos, estudos de suporte ao lançamento da PPP. Como referem Weimer e Vining, “*self-interest operating in an environment of imperfect monitoring, however, increases incentives for representatives to discount heavily costs and benefits that will not occur in the short run*”⁴⁹.

Relativamente à burocracia funcional, esta resulta da criação de organismos/entidades na órbita do Estado, em que aqui se colocam problemas de agência. Por um lado, existe a dificuldade de avaliar o seu desempenho, por outro, no caso das PPP, verifica-se uma falta de preparação dos quadros/representantes do Estado em acautelar devidamente o interesse público, na celebração de contratos, na renegociação e, mais visivelmente, na monitorização da execução dos mesmos⁵⁰. O facto de atuarem num ambiente em que não existe concorrência acaba por não ser um incentivo à sua eficiência, o que enfraquece a posição do setor público, visto o setor privado ter incentivos de *performance* e desempenho que o favorecem e colocam em posição de vantagem⁵¹. Em Portugal assistimos ao problema de termos vários organismos, v.g., Parpública, InIR, EP, UTAP, sendo difícil a articulação e a definição do papel de cada um, sobretudo quando, em alguns casos, não estão dotados dos recursos exigidos pelas competências que lhes foram atribuídas.

Depois de identificadas aquelas que julgamos ser, à luz da literatura da escolha pública e decisão política, as falhas do Estado no que concerne às PPP rodoviárias, passaremos a identificar os fatores que mais contribuíram para situações de ineficiência na afetação dos recursos públicos e que acentuaram a má prestação do Estado enquanto regulador. Da análise aos relatórios do Tribunal de Contas e ao relatório da *Ernst & Young*, destacamos a não utilização do CSP, o programa de concessões SCUT, a ausência de enquadramento legal, o impulso comunitário, a falta de transparência no lançamento/celebração/execução/alterações

⁴⁹ WEIMER, David L. e Aidan R. Vining; *Policy Analysis, Concepts and Practice; Fourth Edition; 2004*; pág. 174

⁵⁰ Auditoria à Gestão das Parcerias Público-Privadas; Relatório n.º 10/2008; 2.ª secção; Volume I; 2008; Pág. 58, o Tribunal de Contas cita um relatório de 2003 que já fazia referência à precariedade dos recursos humanos qualificados afetos à gestão destes contratos, nomeadamente, ao nível da monitorização dos mesmos

⁵¹ CONFRARIA, João; *Regulação e Concorrência, Desafios do Século XXI*; 2.ª edição; Lisboa; Universidade Católica Editora; 2011; pp. 112 e ss.

dos contratos e o complexo quadro contratual e institucional como evidências das falhas de regulação do Estado nas PPP rodoviárias em Portugal.

1. Comparador do Setor Público

Um dos erros cometidos na rápida infraestruturização do país foi a não segregação entre a decisão de investimento da decisão de financiamento⁵², motivada pelas restrições orçamentais, mas também pelo incentivo dos fundos europeus e das verbas disponibilizadas pelo BEI⁵³.

Em primeiro lugar, cumpre referir que o CSP refletirá o custo que o Estado teria se a provisão da infraestrutura/serviço fosse feita com recurso à contratação tradicional, ou seja, será “o custo do ciclo de vida da infraestrutura num modelo de contratação tradicional, incluindo potenciais ganhos de eficiência e de qualidade do serviço”⁵⁴ de que resultariam uma boa gestão pública.

O CSP não responde à pergunta se a infraestrutura é ou não necessária. Mas, assumindo-se que a aposta nas PPP procurou aproveitar o tipo de financiamento e o tratamento orçamental dado a esta forma de contratação, se se tivesse recorrido ao CSP e se este indicasse que a PPP não era a melhor forma de contratação, seria técnica e politicamente difícil para o decisor político lançar a PPP. Desta forma, ter-se-ia conseguido ou potenciado a segregação da decisão de investimento e de financiamento.

Como referiu já o Tribunal de Contas em 2007, “a sua apreciação indica também os limites de razoabilidade, para a opção por PPP, nomeadamente pela aferição da sua comportabilidade financeira e do respectivo *value for money*”⁵⁵. No mesmo relatório é referida a dificuldade em encontrar um comparador fidedigno, mas recorda-se a obrigatoriedade da sua utilização face ao quadro legal existente, desenvolvida mais à frente no trabalho. Em alguns países, é utilizado um CSP na fase que antecede o concurso e um CSP na sua fase posterior⁵⁶. Pese embora, e como se referiu, não seja pacífica a estipulação dos

⁵² Sobre a necessidade de segregação das duas decisões: Brealey, Richard A., Steward C. Myers e Franklin Allen; *Principles of Corporate Finance*; 10th Edition; 2011; pp. 43 e ss.

⁵³ KAPPELER, Andreas; *PPPs and their Financing in Europe: Recent Trends and EIB Involvement*; *Economic Studies Division*; EIB; 2012; pág. 8, como se pode verificar no gráfico 5 constante dos Anexos

⁵⁴ CRUZ, Carlos Oliveira e Rui Cunha Marques; *O Estado e as Parcerias Público-Privadas*; Edições Sílabo; Lisboa; 2012; pág. 51

⁵⁵ Auditoria aos encargos do Estado com Parcerias Público-Privadas; Relatório n.º 04/2007; 2.ª secção; 2007; pág. 34

⁵⁶ CRUZ, Carlos Oliveira e Rui Cunha Marques; *O Estado e as Parcerias Público-Privadas*; Edições Sílabo; Lisboa; 2012; pág. 54, dão o exemplo da Holanda em que na primeira fase se avalia se a PPP deve ou não ser encarada como opção para o desenvolvimento daquela infraestrutura com base em valores teóricos, sendo o CSP na fase posterior elaborado com recurso aos valores reais apresentados pelos concorrentes

elementos que deverão ser tidos em conta para efeitos de cálculo do CSP, parece-nos razoável a estrutura apresentada por Carlos Oliveira Cruz e Rui Marques, na obra infra referida, que destaca a consideração dos seguintes componentes: o custo base, que espelha os custos elementares de construção, gestão, operacionalidade da infraestrutura/serviço durante o período em apreço; o custo retido, ou seja, os riscos que ficariam sempre, independentemente do modelo de contratação escolhido, a cargo do parceiro público; o risco partilhado, entre parceiro público e parceiro privado, que poderá ser, simétrica ou assimetricamente, partilhado; o risco transferido, que passará a ser suportado pelo ente privado; a neutralidade competitiva, ou seja, os custos que serão suportados pelo parceiro privado, mas caso fosse o Estado a gerir diretamente não teria que suportar. Repetidamente, o Tribunal de Contas alertou para a necessidade de se adotar o CSP antes do lançamento das PPP, mas a própria Parpública explicou a sua não utilização desta forma: “a opção por PPP tem radicado mais na presunção de falta de eficiência estrutural do Estado para o desenvolvimento de projectos semelhantes do que nos ganhos de eficiência pela participação do setor privado, apesar de esta ser uma das bases económicas internacionalmente aceites para a contratação em PPP”⁵⁷. Apesar da exigência legal, desde 2003, o CSP continuou a não ser utilizado, ou, utilizado depois de se ter realizado o lançamento da parceria⁵⁸.

⁵⁷ Auditoria à Gestão das Parcerias Público-Privadas; Relatório n.º 10/2008; 2.ª secção; Volume I; 2008; Pág. 43

⁵⁸ Estudo de 36 Contratos de Parcerias Público-Privadas do Estado Português; *Ernst & Young*; 2012; pág. 41, refere que o lançamento das 7 subconcessões sob a gestão da EP ocorreu sem a utilização do CSP, tendo este sido apenas utilizado depois do lançamento

2. SCUT

O lançamento de autoestradas sem custos para o utilizador, na segunda vaga de PPP rodoviárias, entre 1999 e 2002, visou dar resposta a regiões economicamente desfavorecidas, por via de uma portagem virtual, cabendo ao Estado o pagamento ao parceiro privado, enquanto concessionário, com base num sistema de bandas de tráfego⁵⁹. Pretendeu-se com a adoção deste regime implementar a lógica do contribuinte-pagador, em detrimento da ideia do utilizador-pagador. Ademais, esta era uma forma de levar a que os custos fossem diluídos e suportados por todos os cidadãos-contribuintes, em detrimento de serem suportados pelos beneficiários-utilizadores da infraestrutura/serviço. Com o lançamento destas autoestradas procurou-se acelerar a execução do Plano Rodoviário Nacional⁶⁰.

Este tipo de programa de concessões, em que o Estado não paga a construção, antes o faz relativamente ao serviço de gestão, operação, manutenção de autoestradas, leva a uma desorçamentação deste investimento, em termos do Orçamento do Estado, com o recurso a rubricas orçamentais de despesa corrente e não de investimento. Acresce a isto, como refere o Tribunal de Contas, e contrariamente ao que recomendariam as boas práticas internacionais que “o lançamento deste programa de concessões não foi precedido de uma avaliação sobre a sua economia, eficiência e eficácia (...) o programa foi lançado sem se avaliar se o mesmo acarretaria *value for money* para o Estado”⁶¹.

Em 2010 e 2011, por força da situação económico-financeira que o país enfrenta, foram introduzidas portagens reais, sendo cobradas pelo privado mas entregues à EP que gere a rede viária nacional.

A colocação de portagens exigiu a renegociação dos contratos que até então estavam em vigor, sendo questionados os termos em que decorreram estes processos de renegociação e sobretudo o resultado final, para o Estado. Como referem Carlos Oliveira Cruz e Rui Cunha Marques é “questionável a renegociação das autoestradas sem custos para o utilizador (...), após a qual o perfil de risco do projeto diminuiu substancialmente (com a eliminação do risco

⁵⁹ REIS, Ricardo Ferreira e Joaquim Miranda Sarmento; A Ascensão e queda das Parcerias Público Privadas em Portugal; 2012; pág. 3

⁶⁰ Decreto-Lei n.º 267/97, de 2 de outubro

⁶¹ Auditoria às concessões rodoviárias em regime de portagem SCUT; Relatório n.º 14/2003; 2.ª Secção; 2003; pág. 8

de procura para os Concessionários), sem a respetiva redução ao nível da taxa interna de rentabilidade (TIR) do projeto”⁶².

Face ao exposto, a aposta nas SCUT revelaram as falhas do Estado anteriormente apontadas: tanto no lançamento de um programa de concessões sem a avaliação do *value for money* para o Estado, como nas renegociações sem a readequação da remuneração acionista em função do perfil de risco do projeto.

⁶² CRUZ, Carlos Oliveira e Rui Cunha Marques; O Estado e as Parcerias Público-Privadas; Edições Sílabo; Lisboa; 2012; pág. 48

3. Ausência do enquadramento legal

O investimento em PPP em Portugal antecedeu um quadro legal e regulamentar específico que enquadrasse essa nova realidade. Com efeito, as PPP surgidas na década de 90 não tiveram, então, o enquadramento normativo que viria a ser desenhado a partir de 2003, com a publicação do primeiro diploma legal específico (Decreto-Lei n.º 86/2003, de 26 de abril). A este primeiro marco cronológico com relevância para as PPP outros se lhe seguiram com o mesmo objeto jurídico: o Decreto-Lei n.º 141/2006, de 27 de julho, que introduziu alterações no Decreto-Lei n.º 86/2003; o Decreto-Lei n.º 18/2008, de 29 de janeiro, que aprovou o Código dos Contratos Públicos (CCP); e o Decreto-Lei n.º 111/2012, de 23 de maio, atual instrumento base das PPP.

Relativamente ao primeiro dos diplomas, e logo no preâmbulo, é justificada a necessidade de PPP, sustentando-se que “a transformação dos sistemas sociais operada no decurso do século XX, em virtude das quais o Estado passou a assumir novas funções, inclusive produtivas, de satisfação das necessidades sociais e públicas, provocou, paralelamente, um elevado aumento da despesa pública, observando-se nas sociedades modernas um endividamento público, sem o equivalente aumento da qualidade dos serviços públicos prestados aos cidadãos e em resposta, tem vindo a assistir-se à alteração do entendimento quanto ao papel do Estado na economia e, mais genericamente, quanto à forma de satisfação das necessidades colectivas”⁶³. E considerando soluções já em curso em outros países, argumenta-se que “uma das formas consagradas e testadas de obtenção pelo Estado de competências de gestão, consiste no estabelecimento de relacionamentos duradouros com privados, em regime de parceria público-privada, no âmbito dos quais lhes são transferidos os riscos, nomeadamente tecnológicos e operacionais, com os quais se encontram familiarizados e para cujo manuseamento se encontram mais habilitados”. Por isso e para corresponder a esses novos desafios do Estado, “instituem-se princípios gerais de eficiência e economia relativos à repartição de riscos entre o parceiro público e o parceiro privado que permitam dotar a relação contratual subjacente de uma harmonia e equilíbrio ao nível da repartição de encargos e da distribuição de risco”. Aí se consagra o princípio segundo o qual “a parceria apenas se justifica quando se revelar vantajosa em confronto com o comparador do sector público”, articulando-se esta inovação legislativa com a Lei do Enquadramento Orçamental, nomeadamente com o n.º 2 do art. 16.º, “através da exigência, em várias fases processuais, do confronto do projecto de parceria com o comparador do sector público, de forma a preparar uma consistente justificação da economia, eficiência e eficácia daquele, para efeitos

⁶³ Decreto-Lei n.º 86/2003, de 26 de abril

orçamentais”. Assumindo a exigência de uma “quantificação rigorosa e avaliação da criação de valor acrescentado pelo recurso à parceria, o legislador atribuiu às comissões de avaliação das propostas uma nova competência para o efeito, de forma a tomar em consideração o custo de oportunidade para o Estado”. A relevar, igualmente, neste primeiro instrumento jurídico específico sobre as PPP, conforme se lê no articulado preambular do diploma “uma grande preocupação de articulação do regime geral, aplicado às PPP, com eventuais regimes sectoriais, os quais se podem revelar extremamente úteis para efeitos de lançamento de programas integrados de parcerias pelos vários ministérios, optando-se por uma concepção em que o regime ora aprovado funcionará como um regime de cúpula”, em detrimento de “um regime mais vasto, contendo numerosas normas de natureza supletiva”.

Excluídas do âmbito do diploma ficaram, todavia, todas as PPP que envolvam um encargo acumulado atualizado inferior a 10 milhões de euros ou um investimento inferior a 25 milhões de euros, excluindo-se destes montantes os provenientes de fundos comunitários, nos termos da al. d) do art. 2.º.

Decorridos três anos de vigência deste primeiro diploma sobre PPP, houve a necessidade da introdução de alterações, através do Decreto-Lei n.º 141/2006, justificadas no preâmbulo pelo acréscimo de onerosidade para o Estado em relação àquelas que eram as expectativas iniciais e/ou termos contratados, com uma deficiente partilha de risco, em que o parceiro público assume compromissos ou garante TIR sem correspondência ao modelo de risco do projeto. Neste diploma procurou-se corrigir as falhas identificadas no anterior diploma; introduzir mecanismos que reforcem a coesão e a articulação entre ministérios co-envolvidos; reforçar o controlo financeiro no lançamento de novas parcerias, nas alterações às parcerias cujos contratos já estão em execução e a situações que possam gerar um aumento de encargos para o Estado. Um dos aspetos inovadores deste diploma é a criação de uma entidade de apoio técnico ao Ministro das Finanças para lhe prestar apoio técnico no acompanhamento das parcerias e cujas funções são definidas no próprio diploma (art. 13.º). Na mesma linha de inovação surgem as competências da Comissão de Negociação, à qual competirá representar o parceiro público nas negociações que venham a ocorrer com o parceiro privado (art. 14.º-A). É, aliás, no art. 14.º que o legislador traduz maior preocupação e exigência na vinculação e equilíbrio das PPP (art. 14.º-B, processo de alteração da parceria; art. 14.º-C, equilíbrio financeiro e novas atividades; art. 14.º-D acréscimo de encargos; art. 14.º-E, acompanhamento de processos arbitrais; art. 14.º-F consultores externos). Ainda no diploma, o legislador clarificou o regime de inaplicabilidade, através de uma formulação mais restritiva e clarificadora do n.º 2, al. d) – ficam excluídas da aplicação do diploma “todas as

PPP que envolvam, cumulativamente, um encargo acumulado actualizado inferior a 10 milhões de euros e um investimento inferior a 25 milhões de euros”.

O ano de 2008 introduz no nosso ordenamento jurídico um novo instrumento legal com implicações nas PPP – o Decreto-Lei 18/2008, que responde à exigência de transposição de legislação comunitária, nomeadamente as Diretivas 2004/17/CE e 2004/18/CE, ambas do Parlamento Europeu e do Conselho, de 31 de Março, alteradas pela Diretiva 2005/51/CE da Comissão, de 7 de Setembro, e retificadas pela Diretiva 2005/75/CE, do Parlamento Europeu e da Comissão, de 16 de Novembro. O CCP persegue o objetivo de simplificação da tramitação procedimental pré-contratual, através da aposta nas novas tecnologias de informação, introduzindo, a título principal, uma adequada participação procedimental através de meios eletrónicos (art. 83.º; art. 140.º; art. 170.º; art. 465.º). É introduzida uma maior exigência ao nível da certificação dos candidatos, em sede de concurso limitado e de procedimento de negociação, condicionando vinculativamente, no futuro, o legislador nacional.

Diz-se logo no preâmbulo que se trata do “primeiro diploma com um tal duplo objecto no ordenamento jurídico português, assumindo-se, por isso, como um importante marco histórico na evolução do direito administrativo nacional e, em especial, no domínio da actividade contratual da Administração. Para além do objectivo de alinhamento com as mais recentes directivas comunitárias, a cuja transposição aqui se procede, o CCP procede ainda a uma nova sistematização e a uma uniformização de regimes substantivos dos contratos administrativos atomizados até agora”.

Entre as principais inovações do CPP destaca-se a criação de regulamentação adequada de alguns aspetos das técnicas de *project finance*, *aquisition finance* e *asset finance* (art. 322.º), que se cruzam com a atividade de contratação pública. Esta técnica de obtenção de recursos para financiamento de projetos, recorrentemente utilizada na Europa e em Portugal (especialmente quando associada a parcerias público-privadas consubstanciadas em contratos de concessão) e sem a qual muitos dos avultados investimentos ao serviço do desenvolvimento do País não teriam sido possíveis, não encontrava qualquer reflexo ao nível da legislação ordinária, o que gerava um conflito entre as técnicas contratuais ditadas, sobretudo, pela prática do *project finance* e as regras legais relativas à contratação pública, de raiz essencialmente comunitária. Neste sentido, o CPP veio harmonizar a prática com a legislação, combinando a necessária rigidez das normas destinadas à salvaguarda da concorrência com as recorrentes garantias exigidas pelas entidades financiadoras do projeto que, no sucesso deste, veem a fonte quase exclusiva da retribuição do investimento suportado.

Quanto a aspetos a considerar especificamente nas concessões de obras públicas prevê-se que o período de vigência do contrato deva ser fixado, por princípio, em função do tempo necessário para amortização e remuneração, em normais condições de rendibilidade da exploração, do capital investido pelo concessionário. Importa referir ainda que o CCP considera que o contrato deva implicar uma significativa e efetiva transferência de risco para o concessionário (art. 413.º), clarificando-se com objetividade os direitos e as obrigações das partes – concessionário e concedente, vinculando este último a três princípios gerais – “continuidade e regularidade”, “igualdade” e “adaptação às necessidades” (art. 429.º).

O Decreto-Lei n.º 111/2012 introduziu alterações significativas no regime jurídico aplicável à preparação, execução e alteração de PPP, até então reguladas pelos diplomas supra descritos. Este novo quadro normativo surgiu na sequência dos compromissos assumidos no Memorando de Entendimento sobre as Condicionalidades da Política Económica, acordado com a Comissão Europeia, o Fundo Monetário Internacional e o Banco Central Europeu. Na definição de “parceiros públicos” sujeitos à aplicação do diploma, passam agora a incluir-se todas as empresas públicas (art. 2.º, n. 2, al. d)) e outras entidades constituídas pelas entidades até à data consideradas para efeitos de aplicação do diploma, que se dediquem à satisfação de necessidades de interesse geral. De notar, ainda, que os custos de manutenção, reparação e substituição de bens afetos à parceria passam a ser considerados para efeitos da avaliação dos “montantes de investimento” (art. 2.º, n. 6), mantendo-se, todavia, os patamares de “encargo bruto para o setor público” e o “montante do investimento envolvido”. Já quanto ao controlo das decisões do parceiro público, este é reforçado, quer na fase de lançamento, quer na fase de execução, com especial enfoque na comportabilidade orçamental e relação custo-benefício e a elaboração de uma matriz de partilha de riscos (al. n)), subordinando-os a um maior controlo financeiro e orçamental (art. 6.º, n. 1). Esta maior vinculação de controlo orçamental obriga a que, previamente a qualquer decisão unilateral do parceiro público que possa fundamentar um pedido de reposição do equilíbrio financeiro do contrato sejam estimados os efeitos financeiros que decorram dessa decisão e se verifique a correspondente comportabilidade orçamental (art. 20.º, n. 1). Na mesma linha de controlo orçamental prevê-se a obrigatoriedade dos ministros responsáveis pelas áreas das finanças e do projeto se pronunciarem favoravelmente sempre que estejam em causa decisões que impliquem um acréscimo de encargos públicos superior a €1.000.000 anuais ou €10.000.000 acumulados, valores atualizados, sendo também exigível despacho dos dois membros do governo, sempre que as decisões comportem uma redução de encargos para o parceiro privado (art. 20.º, n. 2). O mecanismo instrumental de reforço orçamental e financeiro do diploma cria a Unidade

Técnica de Acompanhamento de Projetos – UTAP - (art. 34.º), na dependência direta do Ministério das Finanças. Dotada de autonomia administrativa, mas não financeira, a UTAP concentra funções até então dispersas por diversas entidades públicas, cabendo-lhe fazer o acompanhamento na preparação, desenvolvimento e execução de processos e contratos de parceria (art. 35.º). Lê-se no preâmbulo do aludido Decreto-lei “esta unidade – UTAP – tem em vista dotar o Estado de uma unidade técnica profissional, especializada em matérias jurídico-financeiras, tendo como principal missão participar na preparação, desenvolvimento e execução e no acompanhamento global de processos de PPP”, pretendendo-se, desta forma, reduzir os encargos orçamentais com menor recurso a consultadoria externa.

A importância desta UTAP, no quadro das PPP, é realçada pelo facto de caber àquela entidade designar o presidente e a maioria dos membros que compõem a “equipa de projeto” a quem compete preparar o lançamento de cada PPP (artigos 9.º e 10.º), quando no regime anterior os Ministros das Finanças e da tutela setorial designavam, cada um deles, metade dos membros que iriam compor a respetiva equipa, nomeando conjuntamente o coordenador. O mesmo se passa com a designação dos membros dos júris dos procedimentos de formação dos contratos que instituem as parcerias (art. 17.º) e com as comissões de negociação que sejam constituídas com vista à reposição do equilíbrio financeiro ou à renegociação dos contratos de PPP (artigos 21.º e 22.º).

Pese embora, a lei de 2012 tenha ainda um período de vigência que torna prematura uma avaliação dos seus resultados e da prossecução dos objetivos que levaram à revogação do anterior diploma, o facto de atualmente termos um enquadramento legal que procura reforçar o controlo e o recurso à PPP, tal como a criação de uma unidade técnica como a UTAP, é positivo. Era, aliás, uma recomendação do Tribunal de Contas⁶⁴, como uma forma de trazer maior segurança, estabilidade e clarificação deste tipo de contratação e a necessária articulação com a lei de enquadramento orçamental.

⁶⁴ Auditoria às concessões rodoviárias em regime de portagem SCUT; Relatório n.º 14/2003; 2.ª Secção; 2003; pág. 17

4. O impulso comunitário

Como se demonstrou anteriormente, o Banco Europeu de Investimentos (BEI) teve um papel muito importante no financiamento de projetos de PPP, particularmente em Portugal. O BEI assumia, por um lado, o papel de financiador, por outro, o de consultor deste tipo de projetos⁶⁵. Sendo acionistas do BEI, os Estados-membros da União Europeia, o seu papel reveste-se também de carácter político, seja pela garantia do cumprimento das obrigações de natureza contratual assumidas pelo promotor ou pelo Governo, seja pelo acolhimento que determinados projetos poderão ter, por se tratarem de verbas comunitárias⁶⁶.

Pese embora não se pretenda pôr em causa o princípio da subsidiariedade, consagrado nos tratados comunitários desde Maastricht, nem tão pouco procurar uma desresponsabilização nacional face aos erros cometidos nos processos de infraestruturação com recurso às PPP, a verdade é que não houve também da parte da União Europeia uma adequada monitorização da utilização que ia sendo feita das verbas disponibilizadas. Por outro lado, o enquadramento dado pelo EUROSTAT aos encargos com PPP incentivou o recurso a este tipo de financiamento e contratação. Apenas em 2004, o EUROSTAT⁶⁷, por força da decisão n.º 18/2004, de 11 de Fevereiro, estabeleceu regras para mitigar a desorçamentação dos encargos do Estado com PPP. Para os ativos das PPP serem considerados infraestruturas privadas e serem sujeitos a desorçamentação teriam de estar preenchidos os seguintes requisitos: o parceiro privado deveria ter de assumir o risco de construção e pelo menos um dos seguintes riscos – o de disponibilidade e/ou o de procura⁶⁸. Procurou-se, desta forma, obrigar os Estados à contabilização dos ativos de PPP como dívida sempre que haja assunção de riscos relevantes no âmbito de um projeto de PPP por parte do Estado, lato senso. Recorde-se que em 2004, o investimento do BEI em PPP no setor rodoviário em Portugal era já muito expressivo, como se ilustra no gráfico 6 dos Anexos⁶⁹.

Fruto de uma alteração de metodologia no que respeita às entidades consideradas no perímetro de consolidação orçamental, em 2011 foram consideradas para efeitos do défice e

⁶⁵ AZEVEDO, Maria Eduarda; As parcerias público-privadas: instrumento de uma nova governação pública; Coimbra; Almedina; 2009; pp. 203 e ss.

⁶⁶ AZEVEDO, Maria Eduarda; As parcerias público-privadas: instrumento de uma nova governação pública; Coimbra; Almedina; 2009; pág. 209

⁶⁷ *New decision of Eurostat on deficit and debt - Treatment of public-private partnerships - 18/2004* ; Eurostat; 2004

⁶⁸ Relatório de Auditoria n.º 28/05 – Audit; Tribunal de Contas; 2005; pág. 15

⁶⁹ *The EIB's role in Public-Private Partnerships (PPPs)*; EIB; 2004; pág. 7

da dívida pública mais três PPP⁷⁰, duas delas antigas SCUT. A consequência foi o aumento do défice do período em análise – 2007 a 2010 – com o efeito de redução do défice no futuro. Uma vez mais se torna evidente que se pretendeu com o instrumento contratual das PPP protelar no tempo o reflexo dos encargos suportados pelo Estado. E houve, seja pelas incentivadoras verbas do BEI, seja pela ação tardia das instituições europeias para fazer face ao (ab)uso deste instrumento contratual, um verdadeiro impulso comunitário no assunto em apreço.

⁷⁰ Procedimento dos Défices Excessivos: revisão da 1.^a notificação de 2011; INE; 2011, conclui que “*De facto, após análise detalhada de um elevado número de contratos de grande complexidade, concluiu-se que três deles (dois dos quais correspondendo a contratos renegociados de ex-SCUT) não têm a natureza de contratos PPP em que o investimento realizado é registado no activo do parceiro privado. Naqueles três contratos, os utilizadores estão sujeitos a um pagamento pelos serviços prestados numa proporção significativa relativamente ao pagamento de disponibilidade desses serviços pelas Administrações Públicas (que integram, em Contas Nacionais, a Empresa Pública Estradas de Portugal) à contraparte privada*”

5. Falta de transparência no lançamento/celebração/execução/alterações dos contratos

Como já foi referido anteriormente, a decisão de se recorrer a uma PPP é sobretudo política. Desde logo, quando se demonstra nas PPP realizadas em Portugal que não houve o recurso ao CSP, pelo que se torna evidente que, face à inexistência de valores de referência de outros modelos de contratação, a aposta em PPP seja motivada pela vontade política, condicionada pelos fatores já escalpelizados no início do capítulo II. Na fase de preparação seguem-se os estudos técnicos que sustentem a implementação deste modelo contratual, com os valores do investimento em causa, os custos operacionais, as receitas previstas, os encargos que o ente público terá que suportar, os riscos e o modelo de partilha previsto, e os condicionantes que possam vir a ter impacto no cálculo do valor atualizado líquido do projeto. A UTAP é a entidade que disponibiliza, atualmente, a informação referente às PPP, tendo, no entanto, apenas disponível *online* os contratos de concessão, e não, como se exigia por questões de transparência, que estivessem disponíveis os estudos em causa e que levaram à contratação em PPP. No relatório da *Ernst & Young* aponta-se que as subconcessões do Douro Litoral, Algarve Litoral, Baixo Tejo, Baixo Alentejo, Transmontana, Litoral Oeste e Pinhal Interior foram lançadas por Resolução do Conselho de Ministros, tendo sido contornadas as fases iniciais de desenvolvimento dos projetos, nomeadamente no que se refere ao estudo de alternativas à sua execução. Ainda relativamente a estas subconcessões, destaca-se o facto de se terem verificado alterações na constituição das comissões de avaliação do decurso dos processos concursais (a juntar ao facto de não haver uma avaliação do desempenho destas comissões), o que tem impactos negativos ao nível do planeamento do concurso e na necessária transferência de “pasta” que tem de ocorrer com estas alterações. Esta situação contribuiu, a par de outras, para derrapagens nos prazos concursais, o que se traduz numa degradação das condições financeiras e na desadequação do objeto e condições dos contratos e requisitos previamente definidos.

Importa também referir que não estão disponíveis as alterações aos contratos iniciais, quando, por exemplo, no caso da Lusoponte, houve já nove reposições do equilíbrio económico-financeiro do contrato. Torna-se ainda mais difícil o escrutínio dos impactos financeiros das renegociações e na avaliação da sua razoabilidade face ao caso base.

As alterações unilaterais por parte do Estado constituíram outro fator que contribuiu negativamente para o sucesso das PPP, como é o caso da Concessão Costa de Prata, onde o Estado pediu unilateralmente uma alteração ao traçado da via, o que suscitou inevitavelmente, um novo pedido de REF por parte da Concessionária. Mas o valor em causa era tão elevado,

que acabou por não haver uma alteração ao traçado. No entanto, os atrasos que resultaram do impasse político causado pelo pedido de alteração do troço levaram a que houvesse, ainda assim, um pedido de REF⁷¹.

“Segundo a DGTF, o valor total líquido dos encargos do Estado com as PPP rodoviárias foi superior em 28%, desvio essencialmente explicado pelos processos de REF”⁷². Face ao exposto, torna-se incompreensível que os processos de renegociação das PPP estejam envoltos em secretismo tal, que impossibilite que estes possam ser avaliados e do conhecimento dos cidadãos, sobretudo quando representam quase um terço dos encargos inicialmente previstos. A isto, há que ter ainda em consideração a deficiente monitorização das concessionárias, como alerta o relatório da *Ernst & Young*, e como já era referenciado pelo Tribunal de Contas, em que o Estado, essencialmente, tinha como base para a avaliação das concessionárias os respetivos relatórios anuais de contas⁷³.

⁷¹ CRUZ, Carlos Oliveira e Rui Cunha Marques; O Estado e as Parcerias Público-Privadas; Edições Sílabo; Lisboa; 2012; pág. 87

⁷² CRUZ, Carlos Oliveira e Rui Cunha Marques; O Estado e as Parcerias Público-Privadas; Edições Sílabo; Lisboa; 2012; pág. 89

⁷³ Auditoria à Gestão das Parcerias Público-Privadas; Relatório n.º 10/2008; 2.ª secção; Volume I; 2008; pág. 47

6. Quem é que regula o quê?

O Novo Modelo de Gestão e Financiamento do Setor Rodoviário (NMGFSR)

⁷⁴ pretendeu dar especial atenção à monitorização e fiscalização do cumprimento das obrigações emergentes dos contratos de concessão/subconcessão das infraestruturas rodoviárias, tal como a avaliação do desempenho das concessionárias. Por outro lado, procurou-se reduzir a dependência da EP das elevadas transferências do Orçamento do Estado e conferir-lhe maior autonomia financeira e de gestão na execução do Plano Rodoviário.

Continuamos, no entanto, a ter um conjunto de organismos dispersos, o que torna ainda mais complexo o acompanhamento adequado do Estados das PPP existentes. O InIR, em processo de integração⁷⁵, por fusão, no Instituto da Mobilidade e dos Transportes, IP, é a principal entidade com a responsabilidade de regular e fiscalizar o setor das infraestruturas rodoviárias. Mas, atendendo à importância que reveste a natureza das competências que lhe foram atribuídas, citando uma vez mais o relatório da *Ernst & Young* que relativamente ao InIR destaca “como ponto positivo do acompanhamento destas concessões o facto de existir uma equipa com competências e *skills* adequadas para desempenhar as funções de monitorização. Contudo, verifica-se que apenas dois elementos estão afetos à gestão das concessões em regime de *full time*, o que, quando analisado em conjunto com as atividades de gestão de todas as concessões a cargo do InIR (15 concessões, com a concessão EP), nos permite concluir que a equipa não possui uma estrutura sólida e em número suficiente”⁷⁶. Por outro lado, o modelo institucional de regulação e gestão é tanto mais complexo quanto são as competências do InIR, para além do seu papel de regulador – não independente, é também representante do Estado concedente, para além de ter ainda a fiscalização e gestão de contratos. Isto configura uma situação em que o regulador se apresenta simultaneamente como um dos entes regulados (regulador-regulado).

A EP – Estradas de Portugal, SA., sendo uma sociedade anónima, é detida em 100% pelo Estado e tem na sua esfera de atribuições o financiamento, conservação, requalificação e alargamento das vias que integram a Rede Rodoviária Nacional e a conceção, projeto, construção, financiamento, conservação, exploração, requalificação e alargamento das vias que integrem a Rede Rodoviária Nacional Futura, em resultado do contrato de concessão de

⁷⁴ RCM n.º 89/2007, de 11 de julho. Relatório 2011 - agosto – Parcerias Público Privadas e Concessões – Ministério das Finanças – Direção Geral do Tesouro e Finanças

⁷⁵ Decreto-Lei n.º 236/2012, de 31 de outubro

⁷⁶ Estudo de 36 Contratos de Parcerias Público-Privadas do Estado Português; *Ernst & Young*; 2012

2007 celebrado com o Estado⁷⁷. As suas receitas provêm, essencialmente, da Contribuição de Serviço Rodoviário e das receitas de algumas das autoestradas portajadas, como já foi referido anteriormente.

Já a Parpública, enquanto entidade que assessora o Ministério das Finanças e da Administração Pública tem também uma unidade especializada de PPP. A estas entidades junta-se, desde 2012, a UTAP, enquanto entidade administrativa sob a tutela do Ministério das Finanças, criada para acompanhar os processos de PPP e assegurar o apoio técnico especializado em matérias económico-financeiras e jurídicas. Para além das entidades já referidas, existem ainda as comissões constituídas no âmbito e ao abrigo do regime jurídico das PPP.

Perfilhamos a conclusão do Tribunal de Contas, isto é, “o facto de o Estado continuar ainda como Concedente de 16 dos 23 contratos de PPP rodoviárias existentes constitui evidência da fraca integração contratual das PPP rodoviárias ao NMGFSR. Este quadro complexo, de múltiplos modelos contratuais e financeiros de PPP presentes no NMGFSR, veio criar dificuldades em matéria de controlo financeiro dos encargos assumidos com as PPP rodoviárias. Por outro lado, existem, também, evidências de uma menor clareza quanto à dimensão das diversas componentes que integram o apuramento dos encargos líquidos com as PPP rodoviárias”⁷⁸. Com efeito, à complexidade institucional, com múltiplas entidades com responsabilidades no setor rodoviário, designadamente, nos contratos de PPP, adensa-se ainda a complexidade contratual, com a coexistência de vários modelos de concessão: as concessões diretas do Estado em regime de portagem real (que revertem para a EP, em troca de pagamentos por disponibilidade); concessões diretas do Estado em regime SCUT com portagens acordadas a favor da EP em troca de pagamentos por disponibilidade; regime de subconcessão da EP, com as novas concessionárias, sobretudo, com pagamentos por disponibilidade; concessão do Estado com a EP.

Face ao exposto, é expectável que a monitorização e o acompanhamento da execução dos contratos fosse um dos aspetos críticos, destacado no relatório da *Ernst & Young* (com exceção das ex-SCUT e do Túnel do Marão). As consequências das falhas na monitorização dos indicadores de manutenção e qualidade da parte das concessionárias resultam na

⁷⁷ Relatório e Contas, Relatório de Gestão e Demonstrações Financeiras; Estradas de Portugal; 2012

⁷⁸ Auditoria ao modelo de gestão, financiamento e regulação do setor rodoviário; Volume I; Relatório de Auditoria n.º 15/2012; 2012; pág. 10

incapacidade de assegurar o cumprimento das condições contratualizadas e, em última análise, do serviço público.

Para além das críticas feitas pelo Tribunal de Contas já descritas, onde se destaca a dificuldade em apurar os encargos líquidos com as PPP rodoviárias, em virtude da complexidade contratual e institucional, torna-se evidente que para o cidadão-eleitor médio esta questão se coloca com redobrada veemência, pelos custos inerentes ao escrutínio da gestão pública tornarem impraticável que o mesmo seja feito, afetando desta forma a transparência que se impunha dado o carácter intergeracional dos encargos assumidos neste tipo de modelo contratual.

Capítulo III

Recomendações

A experiência portuguesa em matéria de PPP no setor rodoviário fica marcada negativamente por diversos fatores, destacando-se:

- A. A desorçamentação do investimento de alguns projetos constituiu um incentivo ao recurso a este modelo contratual, tendo a decisão de investimento sido consumida pela de financiamento;
- B. A falta de transparência ao nível da repartição dos encargos futuros e em que medida estavam a ser oneradas as gerações futuras (tal como a comportabilidade dos compromissos assumidos);
- C. Pese embora a natureza incompleta deste tipo de contratos, seja por *optimism bias*, seja por incapacidade do setor público acautelar com os meios que tinha à sua disposição a posição do Estado e fruto de alterações unilaterais do Estado, houve muitos REF que representaram uma pesada fatura do total de encargos das PPP rodoviárias;
- D. Face à matriz de risco dos projetos, houve uma remuneração excessiva do privado, tendo em consideração o risco que este assumiu, sendo, a este propósito, paradigmático o caso das ex-SCUT, aonde se registou uma diminuição do risco para as concessionárias sem que tivesse havido uma alteração taxa interna de rentabilidade dos acionistas.

Estes não são problemas exclusivos da experiência portuguesa. Também se verificaram, a título de exemplo, no Reino Unido, levando a que, atualmente, estejam a implementar a segunda fase das PFI⁷⁹.

Propomos, face ao exposto anteriormente, recomendações para que, no futuro, se evitem os erros cometidos.

⁷⁹ FOX, Jo; *A new approach to public private partnerships: PF2; OECD Annual Meeting of Senior PPP Officials; Infrastructure UK*; 2013

I. Transparência

Ao longo do trabalho reforçamos por diversas vezes a importância da transparência no processo de tomada de decisão política. As PPP, representando um investimento com uma especificidade – a onerosidade intergeracional, deverão ser exemplares neste capítulo.

Exigia-se, por isso, que a mesma entidade que disponibiliza *online* os contratos de PPP, a UTAP, o fizesse relativamente aos estudos que suportaram a aposta neste modelo contratual, tal como todas as alterações contratuais dos contratos. A divulgação dos estudos que estão na base da decisão de lançamento da PPP deviam ser públicos e amplamente debatidos, havendo desta forma um incremento da transparência da decisão política. Seria, aliás, benéfico, que a informação que se encontra dispersa por diversas entidades, InIR, UTAP, Parpública, EP, DGTF, nomeadamente, no que aos encargos financeiros diz respeito e à sua prolação futura, houvesse a centralização da mesma. Com efeito, mesmo para quem tem dedicado muitas horas ao tema ainda é difícil deslindar o complexo esquema institucional e contratual subjacente às PPP rodoviárias, que se traduz na dispersão da informação e, nos casos já referidos, na não disponibilização de informação que deveria estar acessível a todos os cidadãos. Esta recomendação constitui uma das inovações a implementar nas PF12⁸⁰.

Da mesma forma se justifica que seja possível a consulta do *status* de todas as PPP, desde o seu lançamento à fase de execução do contrato, inclusive.

Há países, como é o caso do Brasil, em que as peças do concurso (minutas contratuais e a proposta do concorrente vencedor) são sujeitas a audiência pública, como forma de aumentar a transparência do projeto⁸¹.

A transparência exige também que se justifique em todos os casos o recurso às PPP. O CSP é já uma exigência legal, mas que tem encontrado resistência na sua utilização. O recurso à PPP é fundamentalmente uma decisão política, mas é essencial que se evidencie que a mesma foi norteadada pela noção de interesse público, demonstrada pelo CSP na sua comparação direta com outros modelos de contratação pública.

⁸⁰ FOX, Jo; *A new approach to public private partnerships: PF2; OECD Annual Meeting of Senior PPP Officials*; Infrastructure UK; 2013; pág. 8

⁸¹ CRUZ, Carlos Oliveira e Rui Cunha Marques; *O Estado e as Parcerias Público-Privadas*; Edições Sílabo; Lisboa; 2012; pág. 196

II. Monitorização dos contratos

Uma das críticas apontadas tanto pelo Tribunal de Contas, como pelo relatório da *Ernst & Young*, prende-se com a deficiente monitorização que o Estado tem feito das PPP rodoviárias. As ex-SCUT e o Túnel do Marão têm já um instrumento que permite que o InIR acompanhe a *performance* operacional e financeira das concessionárias. A plataforma *OpenRoads – data warehouse* é atualizada mensalmente pelas entidades concessionárias com informação referente aos seus *key performance indicators*, sendo, por isso, um instrumento útil para se monitorizar o desempenho das concessionárias e uma forma célere de se obter este tipo de informação. Pese embora algumas falhas identificadas ao nível do controlo da *performance* financeira da concessionária e a não verificação de existência de valências formalizadas de gestão de *outsourcing*, há indubitáveis vantagens: o processo de supervisão e fiscalização torna-se mais simples, célere e eficaz. Com efeito, uma deficiente monitorização contratual tem consequências negativas que não devemos ignorar: por um lado torna-se impossível assegurar o cumprimento das condições contratualizadas e, por conseguinte, da salvaguarda do interesse público. Torna-se também difícil a verificação das incongruências nos processos de contratação e o respetivo tratamento das entidades subcontratadas, tal como a partilha de funções e responsabilidades internas em relação às subcontratadas. A possibilidade de existir uma plataforma como esta para todas as concessões permitiria que o Estado monitorizasse os indicadores de manutenção e qualidade, criasse mecanismos de aplicação de deduções (penalizações e multas), baseado na *performance* das concessionárias⁸².

⁸² Estudo de 36 Contratos de Parcerias Público-Privadas do Estado Português; *Ernst & Young*; 2012, neste estudo são apontadas as mais-valias para o concedente do acesso a esta plataforma em relação às outras concessões

III. Introdução da Regra Fiscal

A aposta em PPP foi motivada, como se referiu, por restrições orçamentais e pelo facto dos Governos pretenderem apresentar obras, sem que houvesse um impacto no défice e na dívida pública. Só a partir de 2004 o EUROSTAT passou a ter, como se referiu anteriormente, regras relativamente ao tratamento contabilístico das PPP e em que situações poderiam estar *desorçamentadas* as PPP. Mais recentemente, fruto de uma alteração de metodologia, em Portugal houve três autoestradas que não estavam refletidas nas contas públicas nacionais e que passaram a estar.

Em causa ficou, em virtude da infraestruturação que se pode realizar com recurso às PPP, a comportabilidade destes encargos, com sucessivas renegociações que avolumam as responsabilidades do Estado.

No Brasil, em virtude da Lei de Responsabilidade Fiscal, controla-se simultaneamente o défice e a dívida, complementarmente, num exercício de controlo do equilíbrio fiscal da gestão pública. Por um lado, às despesas de carácter obrigatório e contínuo exige-se que sejam acompanhadas pelo aumento proporcional do nível de receitas⁸³. Também a dívida é controlada pela previsão de limites máximos percentuais que incidem sobre o valor da receita corrente líquida⁸⁴.

A inexistência de uma regra fiscal impediu que se criasse uma limitação à assunção de compromissos futuros. É verdade que, por via de uma alteração da Lei de Enquadramento Orçamental, poderia haver uma alteração deste paradigma, mas sendo uma lei de valor reforçado não oferece as garantias necessárias de que um futuro Governo não voltasse a contrair empréstimos sem ter em linha de conta aqueles que seriam os encargos futuros suportados pelas novas gerações. Trata-se sobretudo de acautelar a sustentabilidade intergeracional. Por esta razão, seria importante que a própria Constituição da República

⁸³ GUIMARÃES, Fernando Vernalha; A Responsabilidade Fiscal na Parceria Público-Privada; http://www.bnb.gov.br/content/aplicacao/desenvolvimento_em_acao/projeto_ppp/docs/artigo_a_responsabilidade_fiscal_ppp.pdf, refere a influência norte-americana e do sistema *Pay-as-you-go*, instituído pelo *Budget Enforcement Act*, de 1990

⁸⁴ GUIMARÃES, Fernando Vernalha; A Responsabilidade Fiscal na Parceria Público-Privada; http://www.bnb.gov.br/content/aplicacao/desenvolvimento_em_acao/projeto_ppp/docs/artigo_a_responsabilidade_fiscal_ppp.pdf, explica que “o sistema do controle de endividamento (artigo 29 e seguintes da Lei de Responsabilidade Fiscal) funciona a partir da imposição de limites à dívida consolidada líquida e à dívida mobiliária dos entes federados. Controla-se, por esta via, a expansão da dívida estatal pela previsão de limites máximos (percentuais) incidentes sobre o valor da *receita corrente líquida*.”

Portuguesa consagrasse uma regra de controlo do endividamento do Estado, a designada regra de ouro.

IV. Entidade reguladora

Uma das recomendações da OCDE relativamente às PPP é a de “*establish a clear, predictable and legitimate framework supported by competent and well-resourced authorities*”⁸⁵. Ora um dos aspetos que merecia reflexão e eventual alteração do quadro jurídico é o estatuto do InIR e a necessária simplificação e clarificação do quadro institucional. O InIR é a entidade que tem como função regular e fiscalizar o setor das infraestruturas rodoviárias. Mas não se trata de uma entidade reguladora independente e tem ainda a responsabilidade de representar o Estado concedente e de partilhar algumas das suas responsabilidades com a EP, S.A no que concerne à fiscalização e gestão de contratos. Acresce ainda, como se teve oportunidade de referir anteriormente, que enquanto regulador se tornou notória a falta de meios/recursos, nomeadamente, humanos, para que este organismo possa, de facto, exercer o seu papel de regulador. Desta forma, e tendo em consideração a auditoria do Tribunal de Contas⁸⁶ realizada em 2012 ao NMGFSR, deveria ser ponderada a consagração do estatuto de entidade reguladora independente do InIR, ficando apenas este com funções de natureza regulatória. Mas, a par desta alteração do estatuto do InIR, teria que existir um reforço da capacidade deste organismo de atuar enquanto regulador, dotado de autonomia administrativa e financeira, capaz de contar com recursos técnicos e humanos para assegurar a regulação do setor rodoviário.

Desta forma, conseguir-se-ia, por exemplo, tal como é proposto para as PFI2 “*periodic efficiency reviews will be introduced into all new contracts to assess whether the project is meeting the public sector’s requirements*”⁸⁷, que sem uma estrutura com mais meios do que os que o InIR atualmente dispõe poderá efetivar-se.

⁸⁵ *Recommendation of the Council on Principles for Public Governance of Public-Private Partnerships*; OECD; 2012

⁸⁶ Auditoria ao modelo de gestão, financiamento e regulação do setor rodoviário; Volume I; Relatório de Auditoria n.º 15/2012; 2012; Pág. 12

⁸⁷ *Recommendation of the Council on Principles for Public Governance of Public-Private Partnerships*; OECD; 2012

Com as recomendações propostas pretendemos dar o nosso contributo para melhorar a aposta, legítima, do recurso às PPP para o setor rodoviário em Portugal.

“Qualquer pessoa pode errar; mas ninguém que seja tolo persiste no erro”.

Marco Túlio Cícero

Anexos

Quadro 1

Modelos para provisão de infraestruturas e serviços

Empreitada Tradicional	A entidade contratada executa o serviço predefinido pelo contratante, assumindo apenas o risco inerente de produção.
Subcontratação	A entidade contratada é responsável pela qualidade final do subsistema.
Contrato de gestão	A entidade contratada gere o serviço, em nome do contratante, com base em objetivos pré-estabelecidos.
Affermage (leasing)	A entidade contratada assume, por sua conta e risco, a gestão de um serviço, não incluindo normalmente o investimento.
Concessão (Obra pública)	A entidade contratada assume o risco de construção/gestão da infraestrutura, mas também de financiamento e dos necessários upgrades. O elemento essencial é no da construção.
Concessão (Serviço público)	A entidade contratada é responsável pela gestão do serviço, ao abrigo dos objetivos e padrões de qualidade definidos no contrato. O elemento essencial é a concessão de serviço público.
Privatização material	Transferência dos riscos e da propriedade do Estado para o setor privado.

Fonte:

Adaptação da figura 3 que consta em Carlos Oliveira e Rui Cunha Marques; O Estado e as Parcerias Público-Privadas; Edições Sílabo; Lisboa; 2012; pág. 32

Quadro 2

Modelos de PPP

Sigla	Designação	Descrição
BOM	<i>Build-own-maintain</i>	Construção, posse e manutenção da infraestrutura/serviço
BOO	<i>Build-own-operate</i>	Construção, posse e operação da infraestrutura/serviço
BDO	<i>Build-develop-operate</i>	Construção, desenvolvimento e operação da infraestrutura/serviço
DCMF	<i>Design-construct-manage-finance</i>	Projeto, construção, gestão e financiamento da infraestrutura/serviço
DBO	<i>Design-build-operate</i>	Projeto, construção e operação da infraestrutura/serviço
DBFO	<i>Design-build-finance-operate</i>	Projeto, construção, financiamento e operação da infraestrutura/serviço
BBO	<i>Buy-build-operate</i>	Aquisição, construção e operação da infraestrutura/serviço
LDO	<i>Lease-develop-operate</i>	Arrendamento, desenvolvimento e operação da infraestrutura/serviço
BOT	<i>Build-operate-transfer</i>	Construção, operação e transferência da infraestrutura/serviço
BOOT	<i>Build-own-operate-transfer</i>	Construção, posse, operação e transferência da infraestrutura/serviço
BROT	<i>Build-rent-own-transfer</i>	Construção, arrendamento, posse e transferência da infraestrutura/serviço
BTO	<i>Build-transfer-operate</i>	Construção, transferência e operação da infraestrutura/serviço

Fonte:

Adaptação do quadro 2 que consta em Carlos Oliveira e Rui Cunha Marques, O Estado e as Parcerias Público-Privadas, Edições Sílabo, Lisboa, 2012, pág. 35

Quadro 3

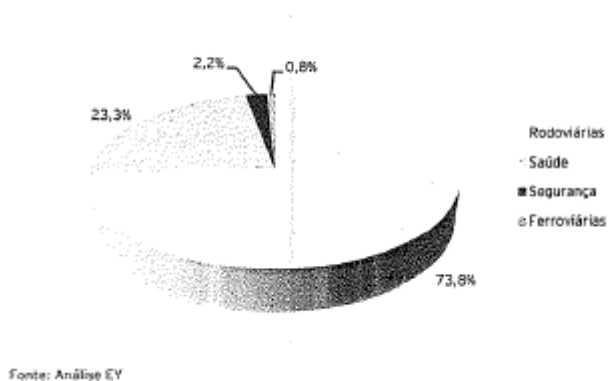
Tipo de Concessão	Concessões
Concessões do Estado com Portagens reais das concessionárias (5 contratos)	Brisa
	Oeste
	Lusoponte
	Douro Litoral
	Litoral Centro
Concessões do Estado com Portagens reais da Estradas de Portugal por contrapartida de pagamentos por disponibilidade (2 contratos)	Grande Lisboa
	Norte
Ex-SCUT com portagens da Estrada de Portugal, por contrapartida de pagamentos por disponibilidade (7 contratos)	Algarve
	Beiras Litoral e Alta
	Beira Interior
	Costa de Prata
	Grande Porto
	Interior Norte
	Norte Litoral
Subconcessões da EP - Estradas de Portugal e Concessão do Túnel do Marão com pagamentos de disponibilidade e de serviço e portagens da EP (8 contratos)	Pinhal Interior
	Litoral Oeste
	Douro Interior
	Baixo Tejo
	Baixo Alentejo
	Transmontana
	Algarve Litoral
	Túnel do Marão

Fonte:

Estudo de 36 Contratos de Parcerias Público-Privadas do Estado Português; *Ernst & Young*; 2012; pág. 10

Gráfico 3

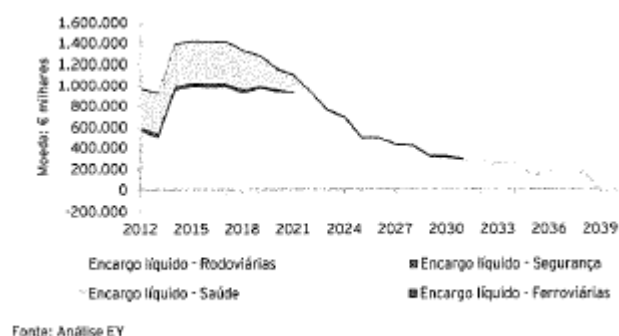
O gráfico seguinte apresenta a repartição do VAL do encargo público líquido entre os diversos sectores de PPP.



Fonte:

Estudo de 36 Contratos de Parcerias Público-Privadas do Estado Português; *Ernst & Young*; 2012; pág. 35

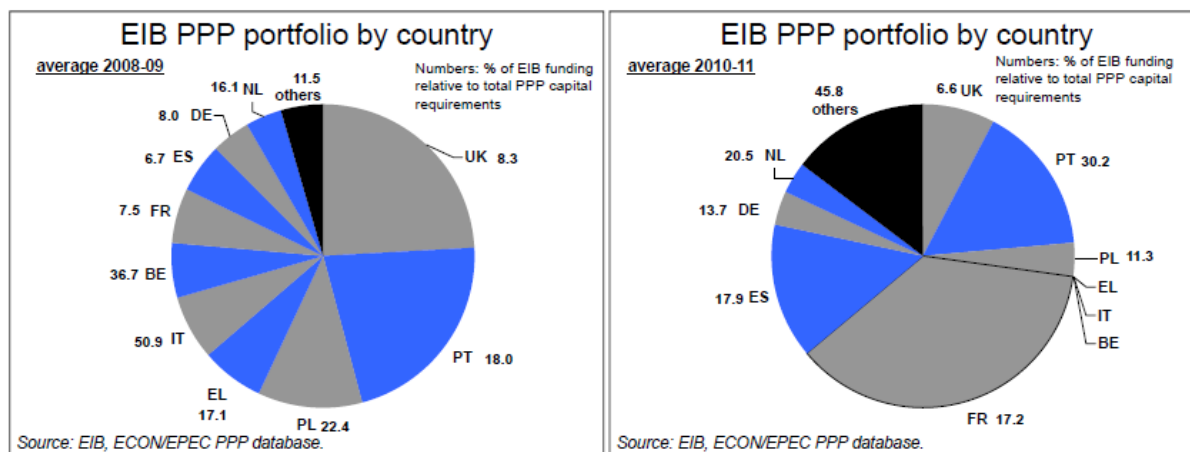
Gráfico 4



Fonte:

Estudo de 36 Contratos de Parcerias Público-Privadas do Estado Português; *Ernst & Young*; 2012; pág. 35

Gráfico 5



Fonte:

KAPPELER, Andreas; *PPPs and their Financing in Europe: Recent Trends and EIB Involvement*; Economic Studies Division; EIB; 2012; pág. 8

Gráfico 6

Country	Exposure Signed (nominal) (EUR m)	% of total
Austria	40	0.27%
Denmark	1,532	10.41%
Germany	682	4.63%
Greece	2,150	14.61%
Ireland	146	0.99%
Netherlands	525	3.57%
Poland	315	2.14%
Portugal	2,804	19.05%
Spain	2,618	17.79%
Sweden	311	2.11%
United Kingdom	3,598	24.44%
Total	14,721	100%

Fonte:

The EIB's role in Public-Private Partnerships (PPPs); EIB; 2004; pág. 7

Bibliografia

- AZEVEDO, Maria Eduarda; As parcerias público-privadas: instrumento de uma nova governação pública; Coimbra; Almedina; 2009
- BREALEY, Richard A., Steward C. Myers e Franklin Allen; *Principles of Corporate Finance*; 10th Edition; 2011
- CABRAL, Nazaré Costa; As Parcerias Público-privadas; caderno IDEFF n.º 9; Coimbra; Almedina; 2009
- CRUZ, Carlos Oliveira e Rui Cunha Marques; O Estado e as Parcerias Público-Privadas; Edições Sílabo; Lisboa; 2012
- CONFRARIA, João; Regulação e Concorrência, Desafios do Século XXI; 2.ª edição; Lisboa; Universidade Católica Editora; 2011
- GARCIA, António; Acompanhamento, Avaliação e Controlo das PPP, Manual Prático de Parcerias Público-Privadas; Sintra; NPF, Pesquisa e Formação; 2004
- GONÇALVES, Pedro; Entidades Públicas com Poderes Privados; Coimbra; Almedina; 2005
- GRIMSEY, Darren e Marvyn K. Lewis; *Public Private Partnerships; The Worldwide Revolution in Infrastructure Provision and Project Finance*; 2004
- KAPPELER, Andreas; *PPPs and their Financing in Europe: Recent Trends and EIB Involvement*; Economic Studies Division; EIB; 2012
- MELO, Pedro; O juízo de eficiência na alteração de circunstâncias das parcerias público-privadas; O direito, A. 141 n.º 4; Coimbra Editora; 2009
- PEREIRA, Paulo Trigo; Portugal: Dívida Pública e Défice Democrático; Fundação Francisco Manuel dos Santos; 2012

- REIS, Ricardo Ferreira e Joaquim Miranda Sarmiento; *A Ascensão e queda das Parcerias Público Privadas em Portugal*; 2012
- SANTOS, Boaventura de Sousa; *Parcerias Público-Privadas e Justiça – Uma análise comparada de diferentes experiências*; Centro de Estudos Sociais; 2007
- TANZI, Vito; *Fiscal Federalism and Decentralization: a review of some efficiency and macroeconomics aspects*; Annual World Bank Conference on Development Economics; 1995
- TIEBOUT, Charles M.; *An Economic Theory of Fiscal Decentralization*; Chapter in NBER book *Public Finances: Needs, Sources, and Utilization*, Universities-National Bureau; Princeton University Press; 1961
- WEIMER, David L. e Aidan R. Vining; *Policy Analysis, Concepts and Practice; Fourth Edition*; 2004

Jurisprudência e outras publicações

- Auditoria à Aplicação do Modelo Contratual e aos Acordos de Reposição do Equilíbrio Financeiro; Relatório n.º 31/2000/2.ª secção, vol. I; 2000
- Auditoria ao Acordo Geral celebrado entre o Estado e a Lusoponte, Relatório n.º 47/2001/2.ª secção, 2001
- Auditoria às concessões rodoviárias em regime de portagem SCUT; Relatório n.º 14/2003; 2.ª Secção; 2003
- Auditoria aos encargos do Estado com Parcerias Público-Privadas; Relatório n.º 04/2007; 2.ª secção; 2007
- Auditoria à Gestão das Parcerias Público-Privadas; Relatório n.º 10/2008; 2.ª secção; Volume I; 2008
- Auditoria ao modelo de gestão, financiamento e regulação do setor rodoviário; Volume I; Relatório de Auditoria n.º 15/2012; 2012
- Comunicação interpretativa da Comissão sobre as concessões em direito comunitário, publicada no JOCE C. 121 de 29 de Abril de 2000
- Estudo de 36 Contratos de Parcerias Público-Privadas do Estado Português; *Ernst & Young*; 2012
- GUIMARÃES, Fernando Vernalha; A Responsabilidade Fiscal na Parceria Público-Privada;
http://www.bnb.gov.br/content/aplicacao/desenvolvimento_em_acao/projeto_pp/docs/artigo_a_responsabilidade_fiscal_ppp.pdf
- FOX, Jo; *A new approach to public private partnerships: PF2; OECD Annual Meeting of Senior PPP Officials*; Infrastructure UK; 2013

- Linhas de Orientação (*Guide Lines*) e Procedimentos para o desenvolvimento de Auditorias Externas a PPP; Tribunal de Contas; 2008
- Livro verde sobre as parcerias público-privadas e o direito comunitário em matéria de contratos públicos e concessões; COM (2004) 327; Comissão Europeia; Bruxelas; 2004
- *New decision of Eurostat on deficit and debt - Treatment of public-private partnerships* - 18/2004; Eurostat; 2004
- Parcerias Público-Privadas e Concessões – Relatório 2012; Direcção-Geral do Tesouro e Finanças; 2012
- Procedimento dos Défices Excessivos: revisão da 1.ª notificação de 2011; INE; 2011
- *Recommendation of the Council on Principles for Public Governance of Public-Private Partnerships*; OECD; 2012
- Relatório da Comissão Parlamentar de Inquérito à Contratualização, Renegociação e Gestão das PPP (setor rodoviário e ferroviário) da Assembleia da República
- Relatório de Auditoria n.º 28/05 – Audit; Tribunal de Contas; 2005
- Relatório e Contas, Relatório de Gestão e Demonstrações Financeiras; Estradas de Portugal; 2012
- *The EIB's role in Public-Private Partnerships (PPPs)*; EIB; 2004