

UNIVERSIDADE CATÓLICA PORTUGUESA
CENTRO REGIONAL DO PORTO
ESCOLA DE DIREITO

PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS
E A DISTRIBUIÇÃO DO RISCO

Joana Guedes

PORTO

2011

PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS E A DISTRIBUIÇÃO DO RISCO

Joana Guedes

Dissertação de Mestrado em Direito

Orientador: Professora Doutora Filipa Calvão

*Aos meus queridos Pais,
Irmãos, Avó e Tias,*

Ao meu Avô, Vitorino do Carmo Guedes

“A vida não acaba, apenas se transforma”

ÍNDICE

INTRODUÇÃO GERAL	1
I - PARCERIAS PÚBLICO PRIVADAS – LINHAS DE ANÁLISE	
1. Génese e Evolução das Parcerias Público-Privadas	3
2. Conceito de Parceria Público-Privada	7
2.1 Definição de contratação pública tradicional	7
2.2 Conceito alargado de Parcerias Público-Privadas	8
3. Características Principais	12
3.1 Análise das Características Principais	12
3.2 Análise particular da transferência do risco	13
II - AS PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS EM PORTUGAL: REGIME JURÍDICO	
4. Âmbito de aplicação do regime jurídico das parcerias público-privadas	18
5. Processo de Parcerias Público-Privadas	23
5.1 Processo de avaliação prévia das Parcerias Público-Privadas	23
5.2 Fase Pré-Adjudicatória	25
5.3 Resolução de litígios	26
5.4 Controlo das Parcerias Público-Privadas	26
III - APRECIÇÃO CRÍTICA DO REGIME JURÍDICO E DA SUA APLICAÇÃO PRÁTICA	28
IV - REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	32

INTRODUÇÃO GERAL

As considerações prévias, apresentadas nesta introdução, têm como objectivo elencar, sinteticamente, a importância e a actualidade do tema, os objectivos e a metodologia adoptada e estabelecer um fio condutor entre os capítulos.

Nos últimos anos tem-se registado um aumento considerável da cooperação entre os sectores público e privado, associado ao acréscimo da participação do sector privado em actividades tradicionalmente públicas, bem como a intervenção dos privados em determinadas fases do processo de provisão de bens e serviços públicos.

A análise do tema em destaque foi realizada com o objectivo de identificar e estudar o instituto da modalidade contratual de Parcerias Público-Privadas (PPP) e, a alocação do risco entre o parceiro privado e o parceiro público no respectivo quadro normativo.

Por constituir uma inovação, a sua implementação suscita inúmeras dúvidas: Quais as modalidades de contratação? Qual o seu objecto? Quais os critérios para selecção dos interessados? Como e em que medida o risco é efectivamente transferido para o ente privado?

A adopção de modelos de Parcerias Público Privadas (PPP) justifica-se pelo facto de o Estado se deparar com um duplo desafio: Por um lado, a necessidade de aumentar a qualidade e a eficiência dos serviços públicos e, por outro, as reconhecidas limitações orçamentais existentes na grande maioria dos países.

Seguindo as orientações de Freitas do Amaral e Lino Torgal¹, o recurso a este tipo de modelos por parte do Estado prende-se com inúmeras razões, as quais podem, de acordo com os autores, ser subdivididas em razões políticas, económicas, técnicas e jurídicas.

No que diz respeito às razões políticas, os autores entendem que o papel do Estado deveria centrar-se nas tarefas do bem-estar social, tais como a educação, a saúde, a justiça e a segurança social, devendo a prossecução das mesmas, relativamente à construção de infra-estruturas, ser deixada a cargo de entidades privadas.

Relativamente às razões económicas, os autores consideram que as restrições económico-financeiras impostas pelo Pacto de Estabilidade e Crescimento, nomeadamente no que se refere ao nível do défice orçamental e do endividamento, promoveram o aparecimento da figura das concessões como um instrumento de financiamento da construção

¹ Amaral, F. e Torgal, L. , *Estudos sobre Concessões e outros Actos da Administração*, 2002, Almedina.

ou ampliação das infra-estruturas rodoviárias, permitindo a canalização do investimento público para as principais áreas de intervenção do Estado.

Os autores referem, ainda, a existência de razões técnicas, associadas à forma de acolher o contributo e o conhecimento dos parceiros privados, tradicionalmente perspectivados como mais preparados técnica e financeiramente para efectivar e controlar a realização de grandes empreendimentos.

Por último, as razões jurídicas, dado o tratamento legislativo conferido à figura das concessões pelo direito europeu, o que determina a sua transposição para os ordenamentos jurídicos dos Estados Membros.

A Administração Pública, apesar de ser responsável por inúmeras obrigações, entre as quais, a gestão/administração do património público, vem assumindo a titularidade de novas e diversificadas tarefas.

Este instituto constitui-se num meio para promover a união de esforços entre o Poder Público e a iniciativa privada, desejosa de novas áreas de investimento, dotada de capacidades de engenharia institucional e financeira que possibilitam empreendimentos antes considerados demasiado arriscados. Com essa comunhão de forças, o Estado passa da actual posição de mero executor de obras e serviços, passando a assumir o papel de fiscal da aplicação dos recursos dos contribuintes, enquanto os serviços são prestados com maior eficiência e menor custo pela iniciativa privada.

O estudo que apresento encontra-se dividido em três capítulos. No primeiro Capítulo é apresentado o enquadramento evolutivo e teórico das PPP, densificado o conceito e características principais, efectuando uma análise particular da transferência do risco.

No segundo Capítulo, descreve-se o quadro normativo das PPP em Portugal, dando conta das dificuldades sentidas na obtenção de uma definição clara e precisa, identificando os, passando ainda pela análise do respectivo procedimento de constituição, resolução de litígios e controlo do processo de PPP.

Finalmente, o presente trabalho termina, no terceiro Capítulo, com a apresentação de uma síntese das principais conclusões e críticas que, à luz do estudo realizado, espera-se poder contribuir para a reflexão das inúmeras operações que o Estado é autorizado a realizar no âmbito das PPP, na medida em que tal processo constitui elemento essencial para o fomento da transparência e para a ampliação do controle democrático do exercício dos poderes administrativos na experiência jurídica nacional.

1. Génese e Evolução das Parcerias Público-Privadas

O instituto das PPP surgiu no Reino Unido na década de 70 do século XX, num contexto político-económico caracterizado por diversas crises financeiras, políticas e económicas, ou seja, além de os estados europeus não conseguirem fazer face aos aumentos de investimento (motivado pela decrescente capacidade de aumentar a carga fiscal), a partir dos anos 80 os modos de gestão privada ganharam especial relevância face aos modos de gestão pública, aliado ainda ao facto do desenvolvimento de novas técnicas de financiamento a projectos de longo prazo.

Neste contexto, podemos verificar que a Administração Pública começou a revelar uma tendência para ceder espaço ao sector privado, designadamente, ao permitir a realização de investimentos em infra-estruturas de utilidade pública, sendo o privado remunerado através do direito à cobrança de taxas aos utentes pela sua utilização e, ao permitir o fornecimento, ao sector público, de determinados bens (financeiros), sendo remunerado pela própria Administração Pública.

Contudo, importa remontar ao século XVIII, mais precisamente no ano de 1789 - Revolução Francesa - que deu início ao surgimento do Estado Liberal.

O Estado Liberal, caracterizador do Estado de Direito, dominou o final do século XVIII e grande parte do século XIX, e teve como princípios norteadores a limitação do poder do rei e a não intervenção do Estado nos negócios, apenas restringindo os direitos individuais na medida do necessário para assegurar a ordem pública. Assim, o Estado não interviria na economia, pois entendia que a liberdade e igualdade formalmente existentes no meio social seriam capazes de regular o mercado.

Deste modo, o jusnaturalismo, a soberania nacional, a ideia de liberdade, bem como o princípio da igualdade, constituíram o terreno ideológico sobre que se edificou o Estado a que as revoluções liberais vieram dar origem.²

É então em França que a partir do século XVII começam a desenvolver-se modelos de gestão inovadores e que servem, actualmente, de base aos modelos utilizados: durante um determinado período a entidade privada financiava determinada construção necessária à satisfação do interesse público e, em contrapartida, a propriedade revertia para o Estado no final da mesma.

De acordo com análise efectuada por Sousa Santos³ “registam-se contratos de concessão no séc. XVII na construção de canais (o canal de Midi, lançado pelo empreendedor Jean-Paul Riquet na época de

²Maria da Glória Ferreira Pinto Dias Garcia, *Da Justiça Administrativa em Portugal*, Lisboa, Universidade Católica Editora, 1994, pp.271 e ss.; Amaral, F., *Curso de Direito Administrativo*, Coimbra, 1986, Almedina, vol. I, , pp. 75 e ss.

Louis XIV e Colbert) e na secagem de pântanos (cedida por Henrique IV para todo o território nacional).”, pelo que é “a partir da segunda metade do séc. XIX, as concessões presidiram esmagadoramente à construção de grandes infra-estruturas como os caminhos-de-ferro, transportes urbanos (Metro de Paris), redes de electricidade, de água e esgotos, e de recolha de lixo.”

Todavia, em meados do século XIX começaram a surgir sérias reacções contra esse modelo de Estado Liberal, determinadas pelas consequências danosas no meio económico e social que o mesmo trouxe, designadamente, pelo surgimento de grandes empresários que abafaram os pequenos empresários e, surgimento da nova classe social do proletariado, classe esta que vivia em condições de extrema pobreza e exploração por parte dos detentores do capital.

Assim, verificou-se que os princípios da liberdade e da igualdade, grandes marcos do liberalismo, foram insuficientes para acabar com a grave desigualdade social que geraram, pelo que o Estado teria de criar mecanismos de intervenção no seio social e económico, capazes de erradicar as referidas tormentosas desigualdades. .

Deste modo, a ideia do Estado Social (*Welfare State*) consolidou-se após a Segunda Guerra Mundial. Tal modelo estatal partia do pressuposto de que o Estado teria o objectivo de garantir a igualdade entre as pessoas e, para isso, deveria intervir na ordem económica e social para ajudar os mais necessitados, ou seja, o Estado deveria assegurar o bem comum, o interesse público, deixando de lado aquela ideia de individualismo exacerbado, que vigorava no Estado Liberal.

Diante deste novo paradigma estatal, o Estado ampliou consideravelmente seu rol de atribuições. Algumas destas foram assumidas como serviços públicos, e para isso o Estado criou empresas públicas e fundações; passou a instituir sociedades de economia mista e empresas públicas em concorrência com a iniciativa privada, bem como a fomentar, através de incentivos fiscais, subvenções ou regulação do mercado, as actividades que entendia como de interesse da comunidade; deixou algumas actividades para a iniciativa privada, limitando-se a fomentá-las e, ampliou o seu poder fiscalizador.

Contudo, com o passar dos anos, constatou-se que esse modelo de Estado Social também trouxe consequências negativas, tais como um enorme crescimento do papel do Estado em todos os âmbitos da vida social, colocando em perigo a própria liberdade individual. Tal crescimento estatal fez com que a prestação de serviços à população ficasse altamente burocratizada, o que gerou uma grave ineficiência na prestação dos mesmos.

³, Boaventura de Sousa Santos, “*Parcerias Público Privadas e Justiça – uma análise comparada de diferentes experiências*”, 2007, Centro de Estudos Sociais. Faculdade de Economia, P. 28

Com a mudança de paradigma do Estado Liberal, sem se desvincular totalmente dos seus princípios, o Estado Social via os direitos sociais por uma óptica liberal, tanto é que os direitos individuais e políticos descritos nas Constituições eram classificados como normas de eficácia plena, enquanto os direitos sociais e económicos eram considerados normas programáticas.

Assim, é neste contexto que surge a ideia de Estado Democrático de Direito, em que o interesse público é humanizado, na medida em que passa a existir uma maior preocupação com os valores essenciais à própria existência e, não apenas com os bens materiais pretendidos.

No Estado Democrático de Direito, o objectivo fulcral consiste na efectiva participação popular no processo político de deliberação e no controle da Administração Pública, condição essencial de legitimação e pressuposto do princípio da soberania. Neste paradigma de Estado, a relação entre ente público e privado é dimensionada, uma vez que a democracia impõe a necessidade de um amplo espaço de deliberação social.

Aliada à ideia de Estado Democrático de Direito, foi acrescentada a ideia de Estado Regulador ou de Garantia⁴. Esta ideia de Estado Regulador não significa, contudo, que o Estado exerça o papel de mera tutela ou ponderação entre interesses privados; o conceito assume o sentido de que o Estado deve abster-se de exercer actividades que o particular tem condições de exercer mediante a sua própria iniciativa e com os seus próprios recursos, ou seja, trata-se de uma ideia de limitar a intervenção estatal. Por outro lado, o Estado deve fomentar, fiscalizar e coordenar a iniciativa privada, de modo que os particulares possam obter êxito nas suas actividades., funcionando aqui a óptica apontado por Gonçalves, que refere que o Estado é chamado a assumir a posição de garante da realização dos seguintes objectivos: “*por um lado, o correcto funcionamento dos sectores e serviços privatizados*” e, “*a realização dos direitos dos cidadãos*”.⁵

Assim, seria da incumbência do Estado a realização de determinadas actividades que lhe são e que não podem ser delegadas a particulares, tais como a defesa, segurança, legislação, polícia, justiça e relações exteriores, sendo que os particulares poderiam participar, juntamente com o Estado, na realização de actividades de carácter social, tais como saúde, educação, cultura, pesquisa, assistência e cultura, e as actividades de carácter económico (comerciais, financeiras e industriais), em que o Estado só poderia exercer de modo supletivo a iniciativa particular, ou seja, quando o particular não agisse ou o fizesse de forma insatisfatória.

⁴Pedro Gonçalves, *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Marcello Caetano*, Vol II, 2006, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra., P. 571 e ss.

⁵ Ob. Cit. P. 573

Tal Estado Regulador ou de Garantia trouxe, portanto, três marcantes características, tais como a forte prática de privatizações, o crescimento de técnicas de fomento, e por fim, as várias ferramentas de parcerias celebradas entre o sector público e o privado.

Assim, foi nesse contexto de fomentação da iniciativa privada, que surgiu a concretização de parcerias entre o sector público e o privado.

Ultrapassando os finais dos anos 80, foi no início dos anos 90 que o programa político instituído pelo Governo de John Major (prosseguido em 1997 pelo New Labour de Tony Blair) que as parcerias ganharam a especial relevância.

Os primeiros projectos de PPP surgiram no Reino Unido no início da década de 1990, como a fase subsequente de um processo que se iniciou na década anterior, no qual foram desenvolvidas acções de privatização, recebendo o nome de *Private Finance Initiative - PFI* (Iniciativa de financiamento pelo sector privado). Decorrente da experiência de implementação das PPP no Reino Unido, o referido modelo irradiou-se pelo mundo, alcançando países como França, Portugal, Itália, Espanha, Austrália, África do Sul, Irlanda, entre outros.

Nas palavras de Boaventura Sousa e Santos⁶, surgiram alguns problemas com este modelo nos primeiros anos da sua implementação, relacionados, principalmente, com a falta de coordenação ânsia de iniciar novos projectos, assistindo-se, apenas a partir de 1997, a um incremento na celebração das PPP no Reino Unido, o que originou uma representativa progressão no montante de recursos envolvidos.

Podemos mesmo verificar que em Portugal, a actual Constituição consagra um modelo de equilíbrio entre interesse público e economia de mercado, atribuindo diferentes funções ao Estado na organização do processo económico: papel de empresário, enquanto produtor de bens e serviços; papel de agente regulador, em termos de orientação e controlo da actividade económica.

Conclui-se, portanto, que o surgimento das PPP não foi um evento repentino ou casuístico, mas sim fruto de uma longa evolução do Estado, desde a Revolução Francesa até a contemporaneidade, nascendo de uma necessidade imperativa de se criar mecanismos através dos quais o ente público pudesse reestruturar infra-estruturas básicas e serviços prestados à população, com o objectivo de promover ao máximo o bem-estar social, por intermédio de celebração de parcerias com entidades privadas.

⁶ Boaventura de Sousa Santos, “*Parcerias Público Privadas e Justiça – uma análise comparada de diferentes experiências*”. Centro de Estudos Sociais, Faculdade de Economia, 2007, P. 26 e ss

2. Conceito de Parceria Público-Privada

2.1 Definição de contratação pública tradicional

A contratação pública tradicional caracteriza-se pelo facto de o Estado assumir-se ⁷ como o provedor de serviços, que deverá especificar, com o detalhe que lhe é possível, o activo que deseja adquirir (ou o serviço, ou a obra).

Por exemplo, na contratação pública tradicional de empreitadas de obras públicas, o Estado (ou as demais entidades adjudicantes) preparam todo o processo de concurso, com ou sem o recurso a projectistas do sector privado, especificando, com o detalhe possível, o produto final que deseja ver desenvolvido (nomeadamente, através, do caderno de encargos, programa de trabalhos, especificações técnicas, lista de preços unitários e outros) e que será objecto de propostas de preço por parte do sector privado.

Para além de especificar aquilo que deverá ser produzido, construído ou fornecido (incluindo no processo de concurso desenhos, projecto, planos, modelos e descrições), o Estado especifica também a forma como deverá ser produzido, construído ou fornecido, a técnica a utilizar e os próprios materiais a aplicar.

Segundo Pombeiro, em “*As PPP/PFI Parcerias Público Privadas e a sua Auditoria*” ⁸, um dos problemas do Estado assumir todas estas funções passa pela necessidade de envolver diversos decisores políticos distintos, que frequentemente agem desarticulados entre si, ao desenvolverem, cada um, o processo de contratação específico inerente às funções e competências que lhe são atribuídas (o projecto global, ainda que gerido e controlado pelo Estado entendido como um todo, não é mais que uma “manta de retalhos”, com todas as incoerências e falhas que lhe possam ser atribuídas por não existir um encaixe perfeito das partes no todo).

Neste sentido, a citando o mesmo autor, a contratação pública tradicional traduzir-se-á na *“obtenção dos bens e na prestação dos serviços, segundo as especificações fixadas, sem qualquer co-responsabilidade específica ou global dos diversos fornecedores, produtores ou prestadores, pela economia, eficiência e eficácia do empreendimento, na satisfação da necessidade pública”*.

Por outro lado, resultado do apertado controlo das contas públicas e consequente restrição ao endividamento com que o Estado convive no seu dia-a-dia, o plano de manutenção e renovação previsto e optimizado em sede de projecto não é habitualmente

⁷ A Administração Pública é constituída “*pelo conjunto de órgãos, serviços e agentes do Estado e demais organizações públicas que asseguram, em nome da colectividade, a satisfação disciplinada, regular e contínua das necessidades colectivas de segurança, cultura e bem estar*” – citação de João Caupers em *Introdução ao Direito Administrativo*, Lisboa, 2000, P. 36.

⁸ António A. Figueiredo B. Pombeiro, *As PPP/PFI Parcerias Público Privadas e a sua Auditoria*, Áreas Editora, Lisboa, Portugal. 2003, P. 304, ss.

cumprido, sendo indefinidamente adiado, com consequências futuras potencialmente gravosas, que se reflectirão, num peso superior ao actual, em orçamentos posteriores. Assim, as ineficiências resultantes de uma má gestão, dimensionamento e conservação das infra-estruturas e equipamentos serão imputadas às gestões que se seguirão e cujos orçamentos estão, desde logo, condenados a serem penalizados nos custos, sem se apurar as devidas responsabilidades imputáveis a gestões anteriores. Neste sentido, não só os factores de decisão na gestão pública são distorcidos, como o próprio sistema de avaliação e controlo da gestão sairá também penalizado e desvirtuado.

A responsabilidade do agente privado será exclusivamente a inerente à própria concepção, construção da infra-estrutura e seu equipamento e respectivas garantias, estando por isso perfeitamente limitada no objecto e no tempo, ficando a obtenção do lucro assegurado com a assinatura do contrato ou, caso não fique, quando recorre aos “expedientes” usuais para conseguir compensar o trabalho dispendido, tais como reclamações que dão direito a indemnizações; multas ao dono de obra (entidade adjudicante), como por exemplo, por atrasos na consignação da obra; alterações ao projecto; propostas sucessivas de soluções variantes que encarecem a obra; urgências impostas pela entidade adjudicante; trabalhos a mais e revisão de preços e, a aquisição de materiais, não devidamente especificados no processo de concurso, de baixa qualidade e preço.

Esta reacção do agente privado às regras impostas pela contratação pública tradicional, para além de não favorecer o sucesso global do projecto, implica ou o suporte de custos adicionais por parte da entidade adjudicante, ou a diminuição do padrão de qualidade previsto.

2.2 Conceito alargado de PPP

O conceito de Parcerias Público Privadas não reúne consenso na sua definição, não tornando evidente o que constitui ou não uma PPP. Desta forma, urge estabelecer uma definição clara do que considero ser uma PPP, apresentando-se, seguidamente, algumas das inúmeras definições alternativas mais relevantes.

Existem dois tipos de PPP: institucionalizadas e contratuais, pelo que convém ressaltar que no presente estudo apenas irei abordar o conceito de PPP contratual.

As PPP de tipo institucionalizado implicam a criação de uma entidade detida conjuntamente pelo parceiro público e o parceiro privado, cabendo a esta entidade comum garantir a entrega de uma obra ou a prestação de um serviço em benefício do público.

As PPP de tipo puramente contratual visam uma parceria que se baseia unicamente em relações contratuais estabelecidos entre o parceiro público e privado. Abrange configurações

diversas que atribuem uma ou várias tarefas ao parceiro privado, que incluem a concepção, o financiamento, a realização, a renovação, ou a exploração de uma infra-estrutura ou de um serviço.

Neste sistema podem ainda encontrar-se dois modelos distintos designadamente:

a) *Private Finance Initiative* (PFI), onde o parceiro privado é incumbido de realizar e gerir infra-estruturas para a Administração Pública, sendo remunerado não por taxas cobradas aos utentes da obra, mas sim através de pagamentos regulares por parte do parceiro público;

b) Modelo concessivo, caracterizado pela relação directa entre o parceiro privado e o utente final, ou seja, o parceiro privado presta um serviço ao público sob o controlo da Administração Pública. Caracteriza-se igualmente pelo modo de remuneração do co-contratante, que consiste em taxas cobradas aos utentes do serviço.

Diferentemente da via tradicional, conforme foi já referido, a PPP caracteriza-se por ser um acordo com parceiros privados que, ao invés de se esgotar com a compra/venda, dilata e regulariza no tempo.⁹

De acordo com Carlos Santos, Maria Gonçalves e Maria Marques., as PPP são definidas como “*uma relação por um prazo determinado entre duas ou mais organizações – uma ou mais de natureza pública e uma ou mais de natureza privada ou social – baseada em expectativas e valores mútuos, com o objectivo de alcançar objectivos negociais específicos, através da maximização da eficácia dos recursos de ambas as partes. As PPP são, portanto, caracterizadas pelo facto de partilharem investimento, risco, responsabilidade e resultados*”.¹⁰

Pedro Gonçalves define-as como uma “*forma de cooperação entre actores públicos e actores privados para a realização de determinados objectivos. A cooperação pode ter subjacente uma complementaridade de fins entre a intervenção pública e privada (parcerias em rede) ou uma divergência de finalidades e objectivos a alcançar por via da parceria: o parceiro público participa para cumprir as suas missões de interesse público e o parceiro privado para obter lucros (parcerias contratuais e associativas)*”¹¹.

Seguindo o entendimento de Siza Vieira¹², configuram-se como PPP os “*contratos de execução duradoura celebrados entre uma entidade pública e privada, na qual a remuneração desta última está associada à utilização de um bem ou à prestação de um serviço que fica a seu cargo*”, podendo retirar-se desta definição a identificação da Concessão Clássica (entidade privada assegura ao público a prestação do serviço ou fornecimento de bens, sendo remunerada pelos utentes) o modelo

⁹Boaventura de Sousa Santos, “*Parcerias Público Privadas e Justiça – uma análise comparada de diferentes experiências*”. Centro de Estudos Sociais, Faculdade de Economia, 2007, P. 308

¹⁰ António Carlos dos Santos, Maria Eduarda Gonçalves e Maria Manuel Leitão Marques, *Direito Económico*, 5ª edição revista e actualizada, Almedina, Coimbra, 2008, P. 195

¹¹ Pedro Gonçalves, *Entidades Privadas com Poderes Públicos*, Colecção teses, Coimbra, Almedina, 2005, P. 328

¹² Pedro Siza Vieira, *O Código dos Contratos Públicos e as parcerias público-privadas*, Coimbra Editora, 2008.. P. 507

SCUT (entidade privada assegura ao público a prestação do serviço ou fornecimento de bens, sendo remunerada pela Administração) e os Contratos PFI, onde parceiro privado é incumbido de realizar e gerir infra-estruturas para a Administração Pública, sendo remunerado não por taxas cobradas aos utentes da obra, mas sim através de pagamentos regulares por parte do parceiro público.

Por sua vez, Pombeiro¹³ apresenta uma definição ampla de PPP, definindo-a como toda e qualquer forma de colaboração entre o sector público e o sector privado que tenha por objecto uma actividade em benefício da população.

Note-se, portanto, que uma PPP pode consistir num único contrato, ou numa união de contratos. Como defende Antunes Varela¹⁴, os contratos “*mantendo a respectiva individualidade, estão ligados entre si, segundo a intenção dos contraentes, por um nexó funcional que influi na respectiva disciplina. Um vínculo que pode alterar o regime normal de um dos contratos ou de ambos, por virtude da relação de interdependência que eventualmente se crie entre eles*”.

Contudo, não podemos deixar de ressaltar que o facto de o ente público atribuir ao parceiro privado a exploração de uma obra ou serviço público nunca poderá restringir a livre concorrência, devendo esta ser “... *limitada ao estritamente necessário para assegurar o equilíbrio financeiro do projecto, permitindo a amortização dos investimentos e uma remuneração razoável dos capitais investidos.*”¹⁵

Na legislação portuguesa, como poderemos analisar no próximo capítulo com mais desenvolvimentos, verificamos que a sua definição legal encontra-se consagrada no artigo 2º n.º 1 do Decreto-Lei nº 86/2003, de 26 de Abril com a redacção dada pelo Decreto-Lei nº 141/2006, de 27 de Julho, diploma que estabelece também as normas gerais aplicáveis à intervenção do Estado nas PPP e que irei aprofundar no capítulo seguinte.

O referido diploma legal define a parceria público-privada como “o contrato ou união de contratos, por via dos quais entidades privadas, designadas por parceiros privados, se obrigam, de forma duradoura, perante um parceiro público, a assegurar o desenvolvimento de uma actividade tendente à satisfação de uma necessidade colectiva, e em que o financiamento e a responsabilidade pelo investimento e pela exploração incumbem, no todo ou em parte, ao parceiro privado.”

Nesta definição, o legislador português desenvolveu e mesma linha metodológica contida no Livro Verde “O Direito Comunitário em matéria de Contratos Públicos e Concessões”,

¹³António A. Figueiredo B. Pombeiro, *As PPP/PFI – Parcerias Público Privadas e Sua Auditoria, Coleção Auditoria*, Áreas Editora, Lisboa, 2003. P. 46

¹⁴ *Das Obrigações em Geral*, vol. I, 10ª ed., Coimbra, Almedina, 2000, pp. 282 e ss

¹⁵Maria Eduarda Azevedo, *As Parcerias Público Privadas: Instrumento de Governação de Uma Nova Geração Pública*, Almedina, 2009, P. 277

uma vez que esforçou-se por identificar as características fundamentais de uma PPP, ao invés de formular uma definição, tendo como objectivo estabelecer um quadro legislativo comum para a globalidade dos sectores em que as mesmas são adoptadas.¹⁶

Por outro lado, da definição legal podemos retirar que tanto podem ser consideradas PPP situações em que a entidade privada assegura directamente a satisfação da necessidade pública, como aquelas em que o ente privado fornece bens ou presta serviços de apoio, utilizados pelo ente público no desempenho das suas atribuições.¹⁷

Para melhor compreender o conceito de PPP, é útil confrontá-lo com outros institutos: a privatização e a externalização.

Enquanto que por privatização entende-se a transferência de funções públicas para o sector privado, a externalização de funções ou subcontratação (*outsourcing*) consiste na contratação pública de tarefas antes efectuadas internamente pelo Estado.¹⁸

Coloca-se a questão de saber se as parcerias são privatizações. De acordo com Grimsey e Lewis¹⁹, só estamos perante uma privatização quando, “*além da natureza privada da actividade, o produto for adquirido directamente pelos indivíduos. Isto não significa que o Estado se desinteresse totalmente da qualidade do serviço: a concorrência poderá garanti-la (com ajuda das autoridades de concorrência) ou, caso seja limitada por um monopólio natural, a regulação (fixações de preços ou lucros).*”

Confrontando as PPP com a subcontratação, podemos verificar que entre o ente público e privado existe uma mera transacção e não a constituição de uma relação duradoura, contínua, representativa da PPP.

Assim podemos concluir que existe um conceito bastante amplo de definição de Parcerias Público-Privadas, existindo a opinião unânime de que estas constituem diversas modalidades de envolvimento de entidades privadas em projectos de investimento de interesse público.

Em suma, uma PPP traduz-se num contrato celebrado a longo prazo, através da distribuição de receitas e despesas predefinidas; visa atingir valor acrescentado, ou seja, os interesses subjacentes a cada um dos parceiros é distinta, uma vez que confinam-se à obtenção de lucro para o parceiro privado e poupança para o parceiro público; com partilha de responsabilidades – riscos, custos, proveitos – entre as partes; contra remuneração ao parceiro

¹⁶Maria Eduarda Azevedo, *As parcerias público privadas: instrumento de uma nova governação*, Almedina, 2009, P. 303

¹⁷Pedro Siza Vieira, *Os Tipos Contratuais subjacentes às Parcerias Público-Privadas em Portugal*, Manual Prático de Parcerias Público-Privadas, Sintra, 2004, P. 137 e ss.

¹⁸Boaventura de Sousa Santos, “*Parcerias Público Privadas e Justiça – uma análise comparada de diferentes experiências*”, Centro de Estudos Sociais, Faculdade de Economia, 2007, P. 19 e ss.

¹⁹Boaventura de Sousa Santos, “*Parcerias Público Privadas e Justiça – uma análise comparada de diferentes experiências*”, Centro de Estudos Sociais, Faculdade de Economia, 2007. P. 19 e 20, citando Grimsey, Darrin e Lewis, Mervin (Orgs.), 2005, *The Economics of Public Private Partnerships*. UK/USA: Edward Elgar.

privado, que poderá ser através do pagamento de taxas pelos utentes ou directamente remunerado pela Administração Pública.

3. Características das PPP:

3.1 Análise das características gerais:

De um modo geral, as parcerias público privadas caracterizam-se pelos seguintes elementos: a) natureza das partes e interesses prosseguidos; b) valor acrescentado ou poupança; c) a duração relativamente longa da relação, que implica a cooperação entre o parceiro do sector público e o parceiro do sector privado sobre diferentes aspectos de um projecto a realizar e, d) a distribuição dos riscos entre o parceiro do sector público e o parceiro do sector privado, para o qual são transferidos os riscos habitualmente suportados pelo sector público.

Começando por analisar a natureza das partes e interesses prosseguidos, verificamos que quer o Estado, quer os parceiros privados, enquanto partes no contrato de PPP, prosseguem interesses diferentes: enquanto o parceiro privado visa atingir o lucro, o parceiro público concentra-se essencialmente na definição dos objectivos a atingir em termos de interesse público, de qualidade dos serviços propostos, de política dos preços.

Chegados aqui, ou seja, ao promover esta relação entre ente público e privado e conjugar as respectivas aptidões, o acordo de PPP inicia o seu percurso visando atingir o valor acrescentado mútuo (*value for money*): é o que se pode chamar de vantagem colaborativa, pelo facto de a PPP constituir uma forma de poupança para o Estado e contribuinte e, lucro para o ente privado.²⁰

Como refere Campos, “o objectivo da parceria é trazer Valor Acrescentado isto é, trazer ganhos de eficiência e fomentar a inovação nas soluções a encontrar na fase de construção e/ou, sobretudo, na fase de operação”.

Contudo, várias críticas apresentam-se relativamente a esta característica, tais como a dificuldade em calcular a poupança a longo prazo em serviços de grande dimensão pelo facto dos custos gerados serem pagos directamente pela sociedade e, pelo facto de constituir uma projecção de condições futuras.

Outra das críticas apontadas relaciona-se com o custo público, ou seja, o custo que o projecto teria para o Estado, caso fosse desenvolvido directamente pelo sector público, donde, existe valor acrescentado no caso do pagamento efectuado em contexto da parceria for inferior ao valor dispendido no regime tradicional.

²⁰Boaventura de Sousa Santos, “Parcerias Público Privadas e Justiça – uma análise comparada de diferentes experiências”, Centro de Estudos Sociais, Faculdade de Economia, 2007, P. 15

Em suma, o *value for money* será conseguido na medida em que a intervenção da iniciativa privada permita, pela transferência de risco, alcançar custos de construção e operação menores, bem como uma manutenção mais eficiente a longo prazo, comparativamente ao custo suportado no caso de realização de um projecto inteiramente público.

A relação duradoura público-privado é também apontada por diversos autores como especificidade distintiva das PPP.

Como refere Maria Eduarda Azevedo²¹, “[n]a determinação do período da parceria, cumpre dar uma atenção particular à necessidade de garantir o equilíbrio económico e financeiro do projecto num quadro de optimização da transferência e partilha de riscos” podendo a duração da PPP “ser fixada pela entidade pública contratante na documentação concursal, ou estabelecida por comum acordo das partes, ou, ainda, ficar condicionada, em alguns projectos e sectores, pelo sistema de regulação vigente”.

Relativamente ao prazo de duração (mínima) da parceria, verifica-se que o legislador não delimitou a concretização do prazo, atribuindo aos decisores políticos alguma margem nesse sentido, No entanto, Carlos Santos, Maria Gonçalves e Maria Marques defendem que uma parceria deverá ter uma duração superior a 3 anos, desde que o encargo acumulado seja superior a 10 milhões de euros e que o investimento implicado seja superior a 3 milhões.

Estes autores recorrem, assim, a um argumento *a contrario* e a uma interpretação extensiva da lei, desde logo porque o n.º 5 do artigo 2º do Decreto-lei n.º 86/2003 enuncia as situações excluídas do âmbito da aplicação do referido diploma; por outro lado, porque retiram para todos os tipos contratuais de PPP a exigência de duração superior e 3 anos, apenas previstas para os contratos de fornecimento de bens e de prestação de serviços.²²

3.2 Análise particular da transferência do risco

Tal como referido anteriormente, o estabelecimento de um contrato entre duas entidades, especialmente em contratos de longa duração, tais como os contratos de PPP, acarreta a existência de diversos riscos. Por conseguinte, considera-se relevante conhecer qual a melhor forma de alocação de riscos entre os dois parceiros, de forma a minimizar o custo global de desenvolvimento do projecto, optimizando a sua eficiência, tendo como princípio basilar a alocação do risco ao parceiro mais habilitado para o identificar, gerir e minimizar, reduzindo, desta forma, o risco e o custo global do projecto. Com efeito, o sistema de transferência de risco é uma das características centrais de um modelo de PPP.

²¹Maria Eduarda Azevedo, *As Parcerias Público Privadas: Instrumento de Governação de Uma Nova Geração Pública*, Almedina, 2009, P. 368

²²António Carlos dos Santos, Maria Eduarda Gonçalves e Maria Manuel Leitão Marques, *Direito Económico, 5ª edição revista e actualizada*, Almedina, Coimbra, 2008.

Muitos riscos podem ser transferidos, de forma mais ou menos eficiente: riscos políticos e económicos, risco de projecto e de construção; risco de derrapagens temporais e financeiras; risco de integração; risco de procura; risco de exploração; risco financeiro. No entanto, nem sempre a transferência de risco numa PPP se verifica de forma bem nítida, pelo que um cuidado básico que o Estado deve ter, na concepção de uma PPP, é o de serem claramente estabelecidos no contrato os termos exactos em que esta deve ser concretizada.

O art. 2.º do Decreto-Lei 86/2003 de 26 de Abril, alterado pelo Decreto-Lei 141/2006, define a parceria público-privada como “o contrato ou união de contratos, por via dos quais entidades privadas, designadas por parceiros privados, se obrigam, de forma duradoura, perante um parceiro público, a assegurar o desenvolvimento de uma actividade tendente à satisfação de uma necessidade colectiva, e em que o financiamento e a responsabilidade pelo investimento e pela exploração incumbem, no todo ou em parte, ao parceiro privado.”

O art. 7.º do citado diploma determina, por sua vez, que a partilha de riscos entre as entidades públicas e privadas deve estar claramente identificada contratualmente, devendo reger-se pelos seguintes princípios: “*os diferentes riscos inerentes à parceria devem ser repartidos entre as partes de acordo com a sua capacidade de gerir esses mesmos riscos*”, “*o estabelecimento da parceria deverá implicar uma significativa e efectiva transferência de risco para o sector privado*” e que “*o risco de insustentabilidade financeira da parceria, por causa não imputável a incumprimento ou modificação unilateral do contrato pelo parceiro público, ou a situação de força maior, deve ser, tanto quanto possível, transferido para o parceiro privado*”, já que “*o que está em causa é o estabelecimento do quadro de transferências e partilha susceptível de proporcionar maiores ganhos de valor para o parceiro público, incluindo a relação qualidade-preço.*”²³

Analisando também os artigos 413.º e 416.º do Código dos Contratos Públicos e, o Livro Verde sobre as Parcerias Público-Privadas: “*a distribuição precisa dos riscos efectuar-se-á caso a caso, em função das capacidades respectivas das partes em causa para os avaliar, controlar e gerir*”.

O lançamento e a contratação da PPP pressupõe, além de uma clara enunciação dos objectivos da parceria, o desenvolvimento de estudos que evidenciem as vantagens relativamente a formas alternativas de alcançar os mesmos fins e que, simultaneamente apresente para os parceiros privados uma expectativa de obtenção de remuneração adequada aos montantes investidos e ao grau de risco em que incorrem.

Uma vez que o risco surge sempre que o *output* ou a consequência de qualquer actividade ou decisão não sejam certos, revestindo de incerteza a actividade ou a decisão a tomar, as

²³Maria Eduarda Azevedo, *As Parcerias Público Privadas: Instrumento de Governação de Uma Nova Geração Pública*, Almedina, 2009, P. 375-376

empresas deverão perspectivar o risco como uma variável que, naturalmente, está sempre presente nas suas actividades e decisões diárias, devendo concentrar todos os seus esforços na optimização da gestão do mesmo e não em formas de o evitar.

A tarefa de identificação e de gestão do risco deverá ser efectuada numa fase muito embrionária do projecto, na medida em que ainda não foram ainda estabelecidos compromissos relevantes.

Urge, portanto, estabelecer uma divisão entre a avaliação quantitativa e qualitativa do risco. Na quantificação do risco deve-se ter em consideração, genericamente, duas variáveis, por um lado, a probabilidade de ocorrência de determinado risco e, por outro, a magnitude do impacto esperado do risco, obtendo uma indicação da importância do risco para determinado projecto. Trata-se de saber quanto risco é transferido, na medida em que parceiro privado irá estabelecer um preço para suportar aquele risco e tem interesse em quantificá-lo, precisamente para avaliar se terá condições para o suportar.

Na avaliação da qualificação do risco, procura-se identificar os tipos de riscos e decidir de que modo os distribuir e a quem; no entanto, a subjectividade associada ao conceito de risco, assim como a dificuldade para a sua medição e aplicação da máxima de que o risco deve ser transferido para a parte que se encontra em melhores condições de o assumir, controlar ou gerir pelo menor custo, leva a uma análise profunda dos tipos de riscos.

Embora a vertente quantitativa tenha uma preponderância prática indiscutível, a análise qualitativa não deve ser descurada, já que, na linha de Rui Monteiro a “simples identificação dos riscos se afigura crítica para a eficiência do projecto”²⁴.

Para melhor identificar os riscos, é necessário analisá-los em três 3 níveis: nível macro, nível meso e nível micro²⁵.

O nível macro caracteriza-se por compreender riscos exteriores ao projecto (por exemplo, condições políticas e legais, condições económicas, condições sociais e condições meteorológicas); o nível meso compreende riscos internos ao projecto (implementação do projecto, procura, localização, design, construção e tecnologia); por sua vez, o nível micro representa riscos no âmbito das relações entre os diferentes *stakeholders* envolvidos em todo o processo, desde logo porque, conforme foi referido anteriormente, os interesses dos parceiros são diferentes: o sector público orienta-se pela prossecução do bem-estar social, enquanto que o sector privado é mais orientado pelo lucro.

²⁴Rui Monteiro, *PPP and Fiscal Risks – Experiences from Portugal, International Seminar on Strengthening Public Investment and Managing Fiscal Risks from Public-Private Partnerships*, Budapest, 2007, P. 9.

²⁵ Neste ponto, segue-se de perto a exposição feita por Vieira de Almeida & Associados, Slides das aulas do Seminário de Parcerias Público-Privadas, que teve lugar na Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa no ano de 2008

Em termos de riscos envolvidos e, atendo à sua diversidade, optou-se²⁶ por dividi-los em riscos de políticos, riscos de disponibilidade do lugar, riscos económicos, associados com o financiamento (incluindo risco de taxa de juro), riscos de construção, riscos relacionados com as aprovações legais obrigatórias, riscos de mercado e riscos de força maior.

Em relação aos riscos políticos estes deverão ser assumidos pelo Estado, uma vez que decorrem de alterações legislativas ou eventuais oposições políticas ao mesmo.

Relativamente ao risco da disponibilidade do lugar (*site availability ou site risk*), trata-se do risco de o terreno ou lugar não estar disponível ou não estar apto a ser usado no momento ou da maneira necessária ou ao custo previsto. Este risco será mais eficientemente assumido pelo ente público, já que, à partida, terá a experiência e os recursos para lidar com ele e qualquer questão política ou jurídica no que toca à propriedade sobre o terreno será melhor resolvida a este nível²⁷. No entanto, esta ideia é discutível, na medida em que o risco pode ser transferido para o privado, embora o ente público possa partilhá-lo verificadas determinadas circunstâncias, tais como ser o terreno propriedade do Estado, o Estado continuar proprietário do local mesmo existe PPP ou, o facto de o Estado adquirir o terreno quando o projecto ou a parceria terminar.

Os riscos associados com a taxa de juro não são controláveis, nem pela parte privada, nem pela parte pública. Contudo existem mecanismos de seguro que podem ser utilizados pela parte privada. Para mitigar efeitos de risco moral na utilização desses mecanismos de seguro, há uma partilha destes riscos entre o sector público e o sector privado, não ocorrendo uma situação em que a parte privada se encontra completamente isolada de risco (de outro modo, poderia tomar decisões que afectassem a probabilidade de materialização de desses riscos).

Os riscos de construção e de qualidade de serviço são mais controláveis pelas Entidades Gestoras, e naturalmente encontram-se do lado privado, desde logo porque a concessionária vai não só construir mas também operar, pelo período longo típico de uma concessão, o bem, edifício ou empreendimento que resulta do projecto, resultando daqui que esta recebe não só um incentivo para construir um empreendimento de boa qualidade, como também os característicos riscos desta fase (nomeadamente, falhas ao nível do design e engenharia do projecto) pressupondo, naturalmente, que esse design e engenharia estrutural e estruturante do empreendimento é incumbência sua.²⁸

²⁶Nazaré da Costa Cabral, *As Parcerias Público Privadas*, Cadernos IDEFF, n.º 9, Almedina, 2009, P. 86, ss.

²⁷ "Risk Allocation Preferences in PPP/PFI Construction Projects in the UK", The International construction research conference of the Royal Institution of Chartered Surveyors, Leeds Metropolitan University, 2004, pág. 3.

²⁸ Sadka Efraim, *Public-Private Partnerships: A Public Economics Perspective*, International Monetary Fund Working Paper, Fiscal Affairs Department, 2006

Estes riscos podem integrar, entre outros, aquisição de terrenos, licenças e alvarás, achados arqueológicos, expropriações, trabalhos a mais, ajuste de preços, etc.

Directamente relacionados com os riscos de construção encontram-se as aprovações legais obrigatórias, uma vez que estas por vezes são difíceis de obter ou, pode surgir o caso de haver uma aprovação condicionada que torne o projecto mais dispendioso a construir e/ou operar. Neste caso, são defensáveis duas situações: ou o parceiro privado fica responsável pelos riscos advenientes destas aprovações, ou o Estado partilha esse risco no que toca a atrasos do processo, uma vez que a entidade pública estará em melhores condições para ultrapassar estes problemas.²⁹

Outro risco que importa analisar é o da procura ou risco de mercado: existem casos em que a procura de um serviço é diferente da inicialmente estimada pelas partes ou, o preço do serviço é diferente do inicialmente projectado, determinando assim que o lucro do projecto seja inferior às expectativas iniciais³⁰, devendo existir, neste caso, uma partilha de riscos, designadamente, através da atribuição de determinadas garantias por parte do ente público ou, pela repercussão dos mesmos junto dos utilizadores finais (agravamento do preço a pagar), sem prejuízo da actuação do Estado enquanto regulador dos preços.

Por último, a força maior assume-se como um risco bastante importante, desde logo, porque pode levar à resolução do contrato: uma vez que as parcerias tendem a ser contratos de longo prazo, durante esse período poderão surgir eventos inevitáveis e imprevisíveis. Podem constituir eventos de força maior³¹: actos de “Deus” (desastres naturais, guerra, crises económicas – tornando o contrato mais oneroso ou até mesmo impossível); mudança de orientação política no que toca, por exemplo, ao regime fiscal e padrões ambientais; decisões das autoridades que afectam especificamente o projecto modificando as obrigações da concessionária ou as condições sob que ela opera; decisões das autoridades que revelam a intenção de terminar o contrato (quebra de alguma vinculação contratual, expropriação, não renovação de alguma aprovação necessária).

Em suma, no caso particular da distribuição do risco, a sua avaliação e alocação é componente essencial de qualquer parceria, promovendo-se o *value for money* que todas as parcerias público-privadas têm de apresentar. Essa mesma avaliação e alocação reveste-se de dificuldade e complicação devido às diferentes posições dos intervenientes, à própria

²⁹ Department of Treasury and Finance, Partnerships Victoria – *Risk Allocation and Contractual Issues, A Guide*, Melbourne, 2001, pág. 47.

³⁰ Vd. Department of Treasury and Finance, Partnerships Victoria – *Risk Allocation and Contractual Issues, A Guide*, Melbourne, 2001, pág. 73.

³¹ World Bank, *Concessions for Infrastructure – A Guide to Their Design and Award*, organizado por Michael Klein, World Bank Technical Paper n° 399, 1998, pág. 54 e ss.

complexidade dos projectos, às especificidades de cada um e à imprevisibilidade de certos riscos, pelo que não existe uma definição clara sobre a distribuição do risco, embora se deva partir do pressuposto de que grande parte do risco deve ser suportado pelo parceiro privado, que poderá, sob a forma de garantia, reafectar a terceiros, recorrendo a figuras tais como a subcontratação, seguradoras e/ou patrocinadores.³²

Além disso, as PPP não implicam, necessariamente, que o parceiro do sector privado assuma todos os riscos, ou a parte mais importante dos riscos decorrentes da operação. A distribuição precisa dos riscos deverá efectuar-se caso a caso, em função das capacidades respectivas das partes em causa para os avaliar, controlar e gerir.

Por fim, os riscos do Estado assumidos com os contratos de PPP decorrem das cláusulas contratuais de reposição do equilíbrio financeiro. Estas cláusulas mencionam situações passíveis de compensações pelo Estado (por ex., défices de tráfego numa infra-estrutura de transportes), sendo com base neste clausulado que as concessionárias apresentam as suas reservas de direito quanto à necessidade de reposição do equilíbrio financeiro⁵ dos respectivos contratos.

II - AS PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS EM PORTUGAL: REGIME JURÍDICO

4. Âmbito de aplicação do Regime Jurídico das Parcerias Público-Privadas

As PPP implicam o desenvolvimento de projectos estruturantes e criação de encargos de médio ou longo prazo para o sector público, que podem perdurar por várias gerações. Justifica-se, assim, a necessidade de um regime jurídico especialmente orientado para assegurar o rigor e a exacta ponderação dos custos e benefícios das opções tomadas, bem como a respectiva articulação com as normas de enquadramento orçamental.

O Decreto-Lei n.º 86/2003, de 26 de Abril, estabeleceu as características e as regras a que devem obedecer o lançamento das PPP em Portugal. Tendo em as questões suscitadas em torno da repartição de riscos entre as partes, que constitui uma das características marcantes das PPP, o Decreto-lei n.º 141/2006, de 27 de Julho, tem por objectivos fundamentais os seguintes:

- Aprofundar, ao longo das diversas fases do projecto, a articulação técnica e política entre os Ministérios co-envolvidos;

³²Nazaré da Costa Cabral, *As Parcerias Público Privadas*, Cadernos IDEFF, n.º 9, Almedina, 2009, P. 85

- Aumentar a flexibilidade, eficiência, controlo financeiro e transparência na concepção e preparação, desenvolvimento e alteração das PPP;
- Clarificar o modelo de partilha de risco, nomeadamente, em resultado de alterações unilaterais pelo parceiro público, salvaguardando direitos e interesses legítimos dos parceiros privados;
- Estabelecer os procedimentos a observar quando existam situações susceptíveis de gerar novos encargos para o parceiro público ou para o Estado.

Retomando o que foi referido relativamente ao conceito (ou ausência dele) de PPP, com a aprovação do seu regime próprio, nem assim chegamos a uma definição restrita, mas sim a um conceito e finalidades amplas.

O artigo 2.º, n.º 1, do Decreto-Lei nº 86/2003, de 26 de Abril, com a redacção dada pelo Decreto-Lei nº 141/2006, de 27 de Julho, define o que é uma parceria público-privada como um *“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 o desenvolvimento de uma actividade tendente à satisfação de uma necessidade colectiva, e em que o financiamento e a responsabilidade pelo investimento e pela exploração incumbem, no todo ou em parte, ao parceiro privado.”*

O mesmo diploma define como finalidades essenciais das PPP o acréscimo de eficiência na afectação de recursos públicos e a melhoria qualitativa e quantitativa do serviço induzida por *“formas de controlo eficazes que permitam a sua avaliação permanente por parte dos potenciais utentes e do parceiro público”*, nos termos do artigo 4.º do Decreto-Lei n.º 86/2003, de 26 de Abril.

Consideram-se parceiros públicos, o Estado e entidades públicas estaduais, os fundos e serviços autónomos e as entidades públicas empresariais³³. O diploma é, ainda, aplicável às parcerias em que o equivalente ao parceiro não público seja uma empresa pública, uma cooperativa ou uma instituição privada sem fins lucrativos.

Os principais instrumentos de regulação jurídica das relações de colaboração entre entes públicos e entes privados são os seguintes:

- a) O contrato de concessão de obras públicas;³⁴
- b) O contrato de concessão de serviço público;³⁵

³³ Redacção do Decreto-Lei nº 141/2006 que inclui como potenciais parceiros as entidades públicas empresariais.

³⁴ Artigo 407.º n.º 1 do Código dos Contratos Públicos, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 18/2008, de 29 de Janeiro, com posterior redacção dada pelo Decreto-Lei n.º 278/2009, de 2 de Outubro.

³⁵ Artigo 407.º n.º 2 do Código dos Contratos Públicos, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 18/2008, de 29 de Janeiro, com posterior redacção dada pelo Decreto-Lei n.º 278/2009, de 2 de Outubro.

c) O contrato de fornecimento contínuo: parceiro privado assume o fornecimento regular de determinados bens, durante um determinado período de tempo;

d) O contrato de prestação de serviços: parceiro privado obriga-se, de forma regular e duradoura, a prestar determinados serviços ao parceiro público;

e) O contrato de gestão: acordo entre ente privado público, através do qual o primeiro assume a gestão de um serviço público, mantendo e gerindo um determinado equipamento sem suportar os encargos da instalação do serviço e o risco financeiro da operação (que pertence ao parceiro público).

f) O contrato de colaboração, quando estiver em causa a utilização de um estabelecimento ou uma infra-estrutura já existentes, pertencentes a outras entidades que não o parceiro público, para realização de tarefas administrativas.

Excluem-se do âmbito de aplicação do referido diploma: a) as empreitadas de obras públicas; b) os arrendamentos; c) os contratos públicos de aprovisionamento; d) todas as parcerias público privadas que envolvam, cumulativamente, um encargo acumulado actualizado inferior a 10 milhões de euros e um investimento inferior a 25 milhões de euros; e) todos os outros contratos de fornecimento de bens ou de prestação de serviços, com prazo de duração igual ou inferior a três anos, que não envolvam a assunção automática de obrigações para o parceiro público no termo ou para além do termo do contrato.

Por seu lado, as parcerias público privadas promovidas por empresas públicas sob a forma societária devem também observar, algumas das exigências materiais e princípios constantes do Decreto-Lei n.º 141/2006, salientando-se que o acompanhamento e controlo é, nestes casos, efectuado pelos Ministros das Finanças e da tutela sectorial e exercidos através da função accionista do Estado.

Com a recente aprovação do Código dos Contratos Públicos (CCP), aprovado pelo Decreto-Lei n.º 18/2008, de 29 de Janeiro, com posterior redacção dada pelo Decreto-Lei n.º 278/2009, de 2 de Outubro, verificamos que este diploma faz referência às PPP logo no seu artigo 37.º: *“Quando o contrato a celebrar por uma das entidades adjudicantes referidas nas alíneas a), b) e d) do n.º 1 do artigo 2.º configure, nos termos de legislação própria, uma parceria pública -privada, a decisão de contratar compete, conjuntamente, ao ministro ou ao membro do Governo Regional responsável pela área das finanças e ao ministro ou ao membro do Governo Regional da tutela sectorial, consoante o caso.”*

O CCP estabelece a disciplina aplicável à contratação pública e o regime substantivo dos contratos públicos que revistam a natureza de contrato administrativo (cf. n.º 1, art. 1.º do CCP) e procede à transposição das Directivas n.os 2004/17/CE e 2004/18/CE, ambas do Parlamento Europeu e do Conselho, de 31 de Março, bem como das suas alterações pelas

Directiva n.º 2005/51/CE, da Comissão, de 7 de Setembro, e da Directiva n.º 2005/75/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 16 de Novembro.

Também os artigos 339º a 342º do CCP contêm disposições relativas à execução e modificação dos contratos que configurem PPP.

Pese embora a existência de um regime jurídico próprio, as PPP não deixaram de estar dispensadas do cumprimento da legislação respeitante à contratação pública.

Contudo, a doutrina diverge no que diz respeito ao âmbito de aplicação dos referidos diplomas: se por um lado Pedro Siza Vieira³⁶ é do entendimento que o CCP revogou o Decreto-Lei 83/2006, já Nazaré da Costa Cabral³⁷ defende que a vocação dos dois diplomas é diferente.

Analisando a posição de Pedro Siza Vieira, verificamos que o autor recorre ao artigo 14.º n.º 2 do diploma preambular do CCP, segundo o qual *“É igualmente revogada toda a legislação relativa às matérias reguladas pelo Código dos Contratos Públicos, seja ou não com ele incompatível.”*, pelo que o conceito de PPP deverá ser encontrado em função das referências específicas do Código.

Assim, na opinião do autor, no CCP apenas cabem no conceito amplo de PPP as concessões que se reconduzem a contratos PFI e aquelas em que a remuneração do parceiro privado esteja a cargo do parceiro público, situação que decorre do artigo 45.º do CPP³⁸, já que dali resulta que se devem considerar PPP os contratos que impliquem encargos financeiros para o parceiro público que devam estar submetidos à concorrência. Ora, as concessões clássicas não se enquadram dentro do conceito amplo de PPP definido no CCP, uma vez que sendo a remuneração do parceiro privado paga através de taxas pagas pelos utentes, não existe para o ente público qualquer encargo que deva ser submetido à concorrência (com excepção dos valores das taxas e a organização do serviço).

Citando o autor³⁹, *“a definição de PPP para efeitos do código não há-de corresponder ao conceito amplo de PPP utilizada no Decreto-Lei 86/2003, mas a um conceito restrito que se refira aos contratos PFI e às demais concessões com pagamentos a cargo do contraente público”*, pelo que as matérias relativas à execução, fiscalização e acompanhamento de PPP não deverão ser reguladas pela intervenção legislativa autónoma, já que se encontram reguladas pelo CCP.

³⁶ Ob. Cit. P. 513

³⁷ Ob. Cit. P. 148

³⁸ *“Os cadernos de encargos dos procedimentos de formação de contratos que configurem parcerias públicas privadas devem submeter à concorrência os aspectos da sua execução relativos aos encargos para a entidade adjudicante e aos riscos a ela directa ou indirectamente afectos decorrentes da configuração do modelo contratual.”*

³⁹ Ob. Cit. P. 516

Por seu turno, a posição de Nazaré da Costa Cabral⁴⁰, da qual sufrago, caracteriza-se pelo facto de o regime das PPP ser conjugado quer pelo Decreto-Lei n.º 86/2003, quer pelo Código dos Contratos Públicos, situação que se verifica, desde logo, na fase de elaboração e celebração do contrato de PPP, mas também ao longo do processo de PPP, designadamente, nas fases de execução contratual e nas alterações u revisão do contrato.

A autora defende ainda que a vocação e a finalidade dos referidos diplomas são diferentes.

Começando por identificar os destinatários previstos, enquanto o Decreto-Lei n.º 86/2003 visa regular a intervenção de membros do Governo, departamentos ou serviços competentes da Administração, empresas públicas, etc.; o CCP consiste num diploma regulador da relação contratual a estabelecer entre as entidades públicas e privadas durante o procedimento pré-contratual, contratação e execução do contrato.

Por último, a autora defende que se por um lado o Decreto-Lei n.º 86/2003 é um diploma que *“corporiza uma determinada opção relativamente à intervenção do Estado, ao modelo de provisão pública e de actividade administrativa”*⁴¹, dirigido principalmente às entidades públicas, referindo a autora que, face ao exposto, será um diploma dotado de menor efectividade jurídica; diversamente, o CCP, sendo um diploma dirigido a privados, é dotado de maior efectividade jurídica.

De facto, o CCP ao conter normas aplicáveis à contratação pública, incide também sobre as PPP, sendo que algumas das normas respeitam específica e exclusivamente às PPP.

Da análise destes regimes jurídicos pode-se dizer que o Decreto-Lei n.º 86/2003 foi *interseccionado* pela nova regulamentação jurídica dos contratos públicos, sendo a intersecção efectuada na fase de elaboração e celebração do contrato de PPP e ao longo da sua vida, intervindo ambos os regimes na execução contratual e nas alterações ou revisão do contrato.⁴²

No que respeita ao regime substantivo dos contratos administrativos, o CCP contém, pela primeira vez em Portugal, uma disciplina geral sobre concessões de obras públicas e de serviços públicos, sendo que a maior parte das regras são comuns a estes dois tipos contratuais, sendo ainda as disposições gerais em matérias concessórias aplicáveis subsidiariamente ao contrato de concessão de exploração de bens do domínio público.

⁴⁰ Ob. Cit. P. 148

⁴¹ Ob. Cit. P. 149

⁴² Cabral, *Nazaré da Costa, As Parcerias Público Privadas*, Cadernos IDEFF, N.º 9, Almedina, 2009, P. 148

5. Processo de Parcerias Público-Privadas

Conforme foi referido anteriormente, o Decreto-Lei n.º 86/2003 e o CCP assumem, no processo de constituição de uma PPP, uma relação intercalada, situação que se identifica no respectivo procedimento pré-contratual.

O processo de formação de PPP é constituído por duas grandes fases: a fase preliminar, que decorre desde o momento da identificação da necessidade até à decisão de lançamento da PPP e, a fase pré-adjudicatória, que decorre desde a tomada de decisão, a publicitação, adjudicação e, por último, a celebração do contrato. Importa ainda fazer uma referência à resolução dos litígios.

5.1 Processo de avaliação prévia das Parcerias Público-Privadas

O processo de avaliação prévia das parcerias mereceu um especial destaque na regulamentação efectuada pelo legislador (cf. Capítulo II do Decreto-Lei n.º 86/2003, de 26 de Abril).

Aliás, com a revisão de 2006, o legislador aditou uma norma relativa aos programas sectoriais de parcerias. De acordo com o artigo 7.º A, se as prioridades políticas e de investimentos sectoriais forem nesse sentido, *“podem ser desenvolvidos programas sectoriais de parcerias, envolvendo um conjunto articulado de projectos com recurso à gestão e ao financiamento privado”*, sendo a coordenação e o apoio técnico à preparação dos projectos inseridos ou a inserir em programas sectoriais atribuídos, pelo ministro da tutela sectorial, *“a unidades ou estruturas técnicas especializadas, às quais cabe, nomeadamente, apresentar o respectivo estudo estratégico e minutas dos instrumentos jurídicos necessários ao início do procedimento prévio à contratação”*, estudo esse que deverá salientar *“a aptidão do projecto para atrair o sector privado, tendo em conta os potenciais interessados e as condições de mercado existentes”*.

A avaliação das parcerias passa, inicialmente, pela realização prévia de um estudo e pela preparação da respectiva parceria que deverá ter em conta a identificação de potenciais entidades privadas interessadas, uma análise das condições de mercado existentes, assim como, quando for o caso, *“à actualização do estudo estratégico a que se refere o n.º 2 do artigo 7.º-A”*.

Para além do referido estudo é ainda elaborado um estudo económico-financeiro, um custo público comparável, o programa do procedimento e o respectivo caderno de encargos.

De acordo com o artigo 8.º, n.º 1 do Decreto-Lei n.º 86/2003, de 26 de Abril os ministros das tutelas sectoriais *“devem notificar o Ministro das Finanças, para efeitos de constituição de uma*

comissão de acompanhamento da preparação e da avaliação prévia do projecto, apresentando o respectivo estudo estratégico e as minutas dos instrumentos jurídicos para a realização do procedimento prévio à contratação”.

A comissão de acompanhamento é nomeada por despacho conjunto dos Ministros das Finanças e da tutela sectorial (cfr. artigo 8º n.º 3 Decreto-Lei n.º 86/2003, de 26 de Abril), e é composta “*por três ou cinco membros efectivos e dois suplentes*”, à qual compete apreciar os pressupostos a que obedeceu o estudo estratégico supra referido.

De acordo com o Despacho Normativo n.º 35/2003 de 20 de Agosto de 2003, a PARPÚBLICA ⁴³ tem como responsabilidades a elaboração de estudos e pareceres determinantes para o lançamento de uma PPP, bem como a indicação dos nomes que farão parte da Comissão de Acompanhamento.

Seguidamente, a comissão de acompanhamento remete aos Ministros das Finanças e da tutela um relatório fundamentado, no qual deverá constar a análise da conformidade do projecto de PPP com os pressupostos do lançamento, com a contratação a partilha de riscos, bem como a descrição do impacto financeiro dos encargos e dos potenciais riscos para o parceiro público.

A decisão de lançamento da PPP (e respectivas condições) é tomada mediante despacho conjunto emitido pelos Ministros das Finanças e da tutela sectorial, no prazo de 30 dias a contar da apresentação do relatório. Deste despacho conjunto deverão constar os seguintes elementos⁴⁴: o programa do procedimento adjudicatório aplicável; o caderno de encargos; a análise das opções que determinaram a configuração do projecto; a descrição do projecto e do seu modo de financiamento; a demonstração do seu interesse público; a justificação do modelo de parceria escolhida; a demonstração da comportabilidade dos custos e riscos decorrentes da parceria em função da programação financeira plurianual do sector público administrativo; e a declaração de impacto ambiental, quando exigível legalmente.

⁴³ Definição de PARPÚBLICA: Participações Públicas, SGPS, S.A. constitui uma pessoa colectiva de direito privado e capitais exclusivamente públicos, que se rege pelo estabelecido no Decreto-Lei n.º 209/2000, de 2 de Setembro, e que tem por objecto:

- Gestão de participações em empresas em processo de privatização ou privatizáveis a prazo;
- Desenvolvimento dos processos de privatização, no quadro determinado pelo Governo;
- Reestruturação de empresas transferidas para a sua carteira para o efeito;
- Acompanhamento de participações em empresas privatizadas que conferem direitos especiais ao Estado;
- Gestão de património imobiliário público excedentário, através de empresas subsidiárias de objeto especializado;
- Apoio ao exercício, pelo Ministro das Finanças, da tutela financeira sobre empresas do Estado e empresas concessionárias de serviços de interesse económico geral;
- Promoção da utilização das parcerias público-privadas para o desenvolvimento de serviços públicos em condições de maior qualidade e eficiência;

As missões cometidas à PARPÚBLICA pelo diploma que a constituiu desenvolvem-se quer através dos mecanismos próprios de uma SGPS, ou seja da sua carteira de participações, quer através da prestação de serviços ao Ministério das Finanças.

⁴⁴ Artigo 10.º n.º 4 do Decreto-Lei n.º 86/2003

Relativamente à nomeação da comissão de avaliação das propostas de parceria, tal situação deverá suceder até ao início do procedimento prévio à contratação.⁴⁵

A comissão de avaliação das propostas tem como funções fundamentais efectuar a avaliação quantitativa dos encargos para o parceiro público ou para o Estado, a estimativa do impacto potencial dos riscos, directa ou indirectamente, afectos ao parceiro público, decorrentes do conteúdo e natureza de cada uma das propostas, para além da avaliação do respectivo mérito relativo (cf. artigo 9.º, n.º 2).

No entanto, com a aprovação do CCP, este diploma deveria ter alterado a figura de “comissão de avaliação de propostas” para “júri”, de forma a tornar coerente o discurso jurídico-legal, já que o “Júri” é definido como a figura comum e única a todos os procedimentos pré-contratuais (artigo 69.º CCP).⁴⁶

5.2 Fase pré-adjudicatória

O lançamento da parceria será feito com recurso ao procedimento adjudicatório aplicável, nos termos da legislação relativa à contratação pública. Neste caso, há uma remissão expressa do Decreto-Lei n.º 86/2003 para o CCP (artigo 10.º n.º 5)

É precisamente nesta fase que a comissão de avaliação de propostas intervém, devendo elaborar um relatório devidamente fundamentado, propondo a adjudicação do candidato seleccionado.⁴⁷

Relativamente à fase de adjudicação, sobrepõem-se as disposições previstas no CCP (artigos 73.º e ss.) e o Decreto-lei n.º 86/2003 (artigo 11º).

A decisão de adjudicação será tomada mediante despacho conjunto dos Ministros das Finanças e da tutela sectorial ou, quando se trate de entidades com personalidade jurídica, por acto do respectivo órgão de gestão precedido de despacho conjunto favorável daqueles ministros, aos quais compete apreciar o relatório elaborado pela comissão de avaliação de propostas e verificar a conformidade com os pressupostos referidos no artigo 6.º do Decreto-Lei n.º 86/2003 , com a partilha de riscos e com os elementos do despacho conjunto emitido aquando do lançamento da parceria.

O artigo 11.º, n.º 3 prevê a possibilidade de o processo em curso de selecção do parceiro privado ser interrompido ou anulado mediante despacho conjunto dos Ministros das Finanças e da tutela sectorial, não estando previsto direito a indemnização se, de acordo com a apreciação dos objectivos a prosseguir, os resultados das análises e avaliações realizadas até

⁴⁵ Artigo 9.º n.º 1 do Decreto-Lei n.º 86/2003

⁴⁶Nazaré da Costa Cabral, *As Parcerias Público Privadas*, Cadernos IDEFF, N.º 9, Almedina, 2009, P. 185

⁴⁷ Artigo 11.º do Decreto-Lei n.º 86/2003

então e os resultados das negociações levadas a cabo com os candidatos não corresponderem, em termos satisfatórios, aos fins de interesse público subjacentes à constituição da parceria, incluindo a respectiva comportabilidade de encargos globais estimados. (causa de não adjudicação adicional ao previsto no artigo 79.º do CCP)

Relativamente à celebração do contrato, deverá atender-se ao disposto no artigo 94º e ss. do CCP.

5.3 Resolução de litígios

Nos termos do disposto no artigo 14.º E do Decreto-Lei n.º 86/2003, nos casos de contratos de parceria já celebrados, em que seja requerida a constituição de um tribunal arbitral para a resolução de litígios entre as partes, o serviço ou a entidade que representar o parceiro público no contrato de parceria deverá comunicar de imediato aos Ministros das Finanças e da tutela sectorial a ocorrência desse facto, e fornecer todos os elementos que se revelem úteis ao acompanhamento do processo.

Devem ainda ser remetidas cópias dos actos processuais que sejam entretanto praticados por qualquer uma das partes e pelo tribunal, bem como dos pareceres técnicos e jurídicos e quaisquer outros elementos relevantes para a compreensão, desenvolvimento ou desfecho da lide, à entidade directamente incumbida de proceder ao acompanhamento do respectivo processo arbitral.

5.4 Controlo das Parcerias Público-Privadas

No âmbito do controlo das PPP, importa distinguir dois níveis: nível interno e externo.

Relativamente ao primeiro, o Estado, para além da sua relação como parceiro, intervém na fiscalização e controlo da execução das parcerias. Assim, cabe ao Ministro das Finanças exercer os poderes de controlo e fiscalização no que se refere às matérias económicas e financeiras e, ao Ministro sectorial exercer os poderes supra referidos no âmbito das demais matérias.⁴⁸

Compete ainda aos referidos ministros assegurar o acompanhamento das parcerias já celebradas, designadamente, através da avaliação dos custos e riscos.⁴⁹

Por seu turno, a auditoria externa e respectiva fiscalização e controlo das PPP são efectuados pelo Tribunal de Contas (TC)⁵⁰, através de três modalidades fiscalizadoras: controlo prévio, concomitante ou sucessivo.

O controlo prévio⁵¹ consiste no exame da legalidade e do cabimento orçamental dos actos, contratos ou outros instrumentos geradores de despesa ou representativos de

⁴⁸ Artigo 12.º do Decreto-Lei n.º 86/2003

⁴⁹ Artigo 13.º do Decreto-Lei n.º 86/2003 e artigo 340 do CCP

⁵⁰ Lei n.º 98/97, de 26 de Agosto, com as alterações introduzidas pelas Leis n.º 48/2006, de 29 de Agosto e, n.º 35/2007, de 13 de Agosto (LTC)

responsabilidades financeiras directas ou indirectas para as entidades da Administração Pública Central, Regional e Local. A indicação dos actos a submeter a fiscalização prévia do Tribunal de Contas, assim como a identificação das entidades que os devem remeter, encontra-se tipificada na lei do Tribunal de Contas, sendo a maior parte contratos celebrados pelas entidades públicas de montante superior a 317 160 euros.

O controlo prévio exerce-se mediante a concessão ou a recusa de visto, constituindo fundamento para a recusa de visto a ilegalidade dos actos que implique nulidade, encargos sem cabimento em verba orçamental própria ou violação directa de normas financeiras e a ilegalidade que altere ou possa alterar o respectivo resultado financeiro. Nesta última situação o tribunal, mediante decisão fundamentada, pode conceder o visto e fazer recomendações às entidades no sentido de suprir ou evitar no futuro tais ilegalidades.

Os pagamentos relativos aos actos e contratos sujeitos a fiscalização prévia não podem ser feitos antes da concessão do visto.

O controlo concomitante⁵² é exercido mediante a realização de auditorias aos procedimentos administrativos relativos aos actos e contratos que não devam ser remetidos para fiscalização prévia ou à actividade financeira das entidades públicas exercida antes do encerramento da respectiva gerência.

Os relatórios de auditoria integram observações e recomendações e podem dar origem a processos de efectivação de responsabilidades. A fiscalização concomitante permite ainda que, quando se apurar a ilegalidade de procedimento pendente ou de acto ou contrato ainda não executado, se ordene a remessa desse acto ou contrato para fiscalização prévia.

Por último, o controlo sucessivo⁵³ tem por finalidade avaliar os sistemas de decisão e de controlo interno e apreciar a correcção financeira, a legalidade ou a economia, eficiência e eficácia da gestão financeira das entidades sujeitas ao controlo do Tribunal, incluindo a aplicação de fundos da União Europeia.

Desenvolve-se através da verificação de contas ou de auditorias a entidades do Estado, regiões autónomas, autarquias locais, institutos públicos, instituições de segurança social, associações em que intervenham entidades públicas, empresas públicas, sociedades em que intervenham capitais públicos, empresas concessionárias, fundações e entidades de qualquer natureza que tenham participação de capitais públicos ou sejam beneficiários de

⁵¹ Artigo 44.º, 46.º alínea b) n.º 1 da LTC

⁵² Artigo 55.º e ss. da LTC

⁵³ Artigo 50.º e ss. da LTC

financiamentos públicos, neste caso com vista à fiscalização de aplicação desses financiamentos.

Relativamente aos princípios orientadores das auditorias e, seguindo a matriz apresentada por Nazaré Cabral⁵⁴, verificamos que as mesmas seguem as seguintes orientações:

- a) Identificação clara dos objectivos a atingir com a realização da PPP, analisando o modelo de controlo e monitorização definido pelo ente público;
- b) Análise do processo de contratação, verificando se, efectivamente, foi aplicado o processo de contratação mais adequado a garantir o *value for Money*, ou seja, se foi adjudicada a proposta economicamente mais vantajosa;
- c) Análise da posição do ente público, com o objectivo de identificar as matrizes de risco e quantificação das respectivas implicações financeiras;
- d) Avaliação da *performance* do Estado, através dos seguintes parâmetros: i) *value for Money*; ii) prestação de contas; iii) suportabilidade orçamental da PPP;
- e) Avaliação da *performance* do parceiro privado, tendo por base: “i) *regularidade das obrigações contratuais*; ii) *qualidade do serviço prestado*; iii) *desempenho financeiro do projecto*.”

As auditorias concluem-se pela aprovação de um relatório, com observações e recomendações, o qual deverá ser remetido ao Ministério Público sempre que evidencie factos geradores de responsabilidade, para eventual desencadeamento do respectivo procedimento jurisdicional.

III - APRECIÇÃO CRÍTICA DO REGIME JURÍDICO E DA SUA APLICAÇÃO PRÁTICA

As PPP surgem no decurso da implantação de processos de privatizações e de liberalização, e, da respectiva passagem do modelo de Estado empresário, para Estado Regulador.

No entanto, ao longo de presente estudo verifiquei, com alguma supresa, que não existe um único conceito universalmente aceite de PPP, donde, podemos retirar a sua definição a partir das suas próprias características (contrato a longo prazo entre sector público e privado, necessário à realização de projectos tradicionalmente atribuídas ao sector público, com partilha de responsabilidades e riscos).

A opção por uma PPP, em detrimento dos modelos de contratação pública tradicional, pressupõe a ideia de que o privado participa e é responsabilizado, não só pelo sucesso do projecto, como também pela eficácia financeira e impacto económico decorrente do mesmo.

⁵⁴Nazaré da Costa Cabral, *As Parcerias Público Privadas*, Cadernos IDEFF, N.º 9, Almedina, 2009, P. 210 e ss.

Pude ainda verificar que as PPP apresentam, desde logo, várias vantagens, nas quais saliento a diminuição das necessidades de financiamento, a partilha de riscos e a transferência de responsabilidades e, a redução de custos, resultante de soluções mais inovadoras e dos ganhos de eficiência e eficácia obtidos pelo sector privado, o que conjuntamente com a melhor qualidade de serviço fornecida garante um melhor *value for money* na prestação de serviços públicos no modelo de PPP, mediante a adjudicação da proposta economicamente mais vantajosa.

No plano da avaliação económica e financeira, importa saudar o facto de a opção pela PPP estar sustentada pela construção de um “comparador público”, de forma a determinar o custo público comparável de implementação do projecto (devendo à partida este incluir também custos de natureza não financeira, nomeadamente, nos domínios ambientais e sociais.)

De notar que o senso comum atrai para o ente privado a capacidade de suportar totalmente o risco, pelo que tal situação não é tão linear: há que atender ao facto de a transferência do risco não ser um objectivo da PPP, mas sim um instrumento.

O papel da transferência de risco, orientada pelos princípios constantes do artigo 7.º do Decreto-lei n.º 83/2006, de 26 de Abril, surge como um elemento necessário para que o sector privado tenha os incentivos adequados à procura da sua própria eficiência, pelo que é de extrema relevância determinar qual a melhor forma de alocação de riscos entre os dois parceiros, de forma a minimizar o custo global de desenvolvimento do projecto, optimizando a sua eficiência, tendo como princípio basilar a alocação do risco ao parceiro mais habilitado para o identificar, gerir e minimizar, reduzindo, desta forma, o risco e o custo global do projecto. Com efeito, o sistema de transferência de risco partilhado é uma das características centrais de um modelo de PPP.

Assim, podemos afirmar que as PPP foram concebidas com o objectivo de encontrar soluções para a saturação da capacidade negocial do Estado, como que uma terceira via para o Estado na concretização de seus objectivos, principalmente os relacionados com a realização de obras de infra-estruturas, através da delegação de actividades relacionadas com a satisfação de interesses públicos e, ainda, com o objectivo de desonerar os cofres públicos e qualificar a prestação desses serviços à população, isto é, além de atraírem capital privado para as obras públicas, libertam o capital estatal para outras actividades de cunho social.

No entanto, analisando as recentes alterações introduzidas pelo CCP, toda a lógica supra descrita encontra-se, de certa forma, “subvertida” pelos princípios de contratação pública, desde logo porque o legislador ao não fazer a distinção entre os processos de aquisição (ditos

tradicionais) e o processo de constituição de PPP, aproxima os dois modelos de contratação. (sufragando da posição defendida por Nazaré Cabral⁵⁵)

O regime legal estabelecido pelo Decreto-Lei n.º 86/2003, de 26 de Outubro, alterado pelo Decreto-Lei n.º 141/2006 e as suas implicações práticas tem também sido objecto de várias críticas, das quais destaco Pedro Gonçalves⁵⁶ que aponta a *“falta de rigor – imputável aos calendários eleitorais, à negligência e, por vezes, à pura falta de bom senso – dos responsáveis públicos nas operações de montagem de parcerias (sem riscos para os parceiros privados ou disciplinadas por contratos que propiciam lucros maiores em caso de modificação do que em caso de execução) justifica plenamente as soluções acolhidas no já citado Decreto-Lei n.º 86/2003, de 26 de Abril”*. Neste seguimento, o mesmo autor entende que de acordo com o actual regime legal, a característica essencial das PPP configura-se no *“processo de repartição de responsabilidades baseado no princípio de que o parceiro público fiscaliza e o parceiro privado financia e gere”*.

Noutra perspectiva, as PPP apresentam algumas fragilidades, nomeadamente pelos elevados custos de transacção da fase pré-contratual e menor flexibilidade na modificação da execução do contrato, dado o elevado nível de exigência na preparação dos concursos e na definição do desempenho das infra-estruturas ou do serviço objecto da parceria. A exigência destes aspectos reflecte-se também no processo de avaliação das propostas, particularmente na fase de negociação ou de diálogo concorrencial.

Existem ainda determinados aspectos morais subjacentes: conforme foi referido, o objectivo primitivo de uma empresa é o de gerar lucro, utilizando de forma eficiente os recursos com o mínimo de custo, para maximizar o lucro. O Estado, uma vez que possui mais recursos, poderá cair no erro de não aproveitar os aproveitar de forma eficiente.

Ora, se uma empresa detém um projecto em parceria com o Estado, pode suceder que aquela se aproveite do facto da presença do Estado para receber financiamento superior ao que precisa, em virtude de poder obter o financiamento a uma taxa mais baixa.

Por outro lado, o Estado surge como uma porta de entrada para um mercado que a empresa provavelmente não conseguiria entrar e que como tal não atrairá concorrentes. Neste ponto, e se o Estado não determinar um preço máximo de fornecimento do bem público, então a empresa poderá cobrar um preço mais elevado do que o Estado iria cobrar se fornecesse o bem sozinho, em virtude de haver uma enorme barreira à entrada de concorrentes.

⁵⁵ Nazaré da Costa Cabral, *As Parcerias Público Privadas*, Cadernos IDEFF, N.º 9, Almedina, 2009, P. 223 e 224

⁵⁶ Pedro Gonçalves, *“Entidades Privadas com Poderes Públicos”*, Colecção teses, Almedina, 2005, P. 327-330.

Existe ainda a velha questão da promiscuidade entre o sector empresarial e o sector público, incentivando a prática de "favores" de empresas a políticos e vice-versa, num jogo de interesses que inevitavelmente irá reduzir a eficiência de uma economia de mercado que se quer livre, mas regulada pelo Estado.

Ao nível da fiscalização interna, da responsabilidade do Ministros das Finanças e do Ministro da tutela do respectivo sector, os aspectos problemáticos estão relacionados com o número de comissões de avaliação necessárias às fases relacionadas com os procedimentos respeitantes ao lançamento e execução da parceria e no controle da sua execução, acompanhamento e monitorização.

Em suma, as PPP são, teoricamente, um conceito que poderá criar valor para o panorama económico português. Porém, as vicissitudes da natureza humana e os jogos de interesse poderão levar o resultado final para abaixo da eficiência económica pretendida pelo que, para uma real implementação das parcerias público-privadas, com vantagens para todos os participantes do contrato, é necessário um objectivo e detalhado planeamento da actividade económica nacional e segurança jurídica, com o objectivo de satisfazer ambos os interesses, mas, principalmente, os interesses do parceiro público, de forma às vicissitudes apontadas não sucederem.

Planeamento, controlo e fiscalização: são estas as palavras-chave que entendo para a salvaguarda dos interesses públicos e da população em relação à constituição das PPP e, possível desvirtuamento dos seus objectivos.

Assim, resta à Administração Pública fazer com que estas expectativas sejam atendidas, oferecendo aos privados parcerias viáveis para a realização de actividades que viabilizem a contratação e o investimento privado, honrando os seus compromissos e atendendo às disposições legais que regem as PPP, de forma a consolidar a credibilidade deste relevante instituto jurídico, numa altura em que o mesmo foi suspenso por indicações do FMI.

IV - REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- **AMARAL**, F. e Torgal, L. , Estudos sobre Concessões e outros Actos da Administração. 2002.Almedina.
- **AZEVEDO**, Maria Eduarda. As parcerias público privadas: instrumento de uma nova governação. 2009. Almedina.
- **CABRAL**, Nazaré da Costa, As Parcerias Público Privadas, Cadernos IDEFF,. N.º 9. 2009. Almedina.
- **GARCIA**, Maria da Glória Ferreira Pinto Dias, Da Justiça Administrativa em Portugal, Lisboa, 1994.Universidade Católica Editora.
- **GONÇALVES**, Pedro. Entidades Privadas com Poderes Públicos. Colecção teses. Coimbra. 2005. Almedina.
- **GONÇALVES**, Pedro. Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Marcello Caetano. Vol II. 2006.Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.
- **GRIMSEY**, Darrin e Lewis, Mervin (Orgs.). 2005. The Economics of Public Private Partnerships. UK/USA: Edward Elgar.
- **KLEIN**, Michael World Bank, Concessions for Infrastructure – A Guide to Their Design and Award, World Bank Technical Paper n° 399, 1998.
- **MONTEIRO**, Rui, PPP and Fiscal Risks – Experiences from Portugal, International Seminar on Strengthening Public Investment and Managing Fiscal Risks from Public-Private Partnerhips, 2007.Budapest.
- **POMBEIRO**, António A. Figueiredo B. As PPP/PFI Parcerias Público Privadas e a sua Auditoria, Áreas Editora, 2003. Lisboa.
- **SADKA**, Efraim, Public-Private Partnerhips: A Public Economics Perspective, International Monetary Fund Working Paper, 2006.Fiscal Affairs Department.
- **SANTOS**, António Carlos dos, Maria Eduarda Gonçalves e Maria Manuel Leitão Marques, Direito Económico, 5ª edição revista e actualizada, Coimbra.2008.Almedina.
- **SANTOS**, Boaventura de Sousa. “Parcerias Público Privadas e Justiça – uma análise comparada de diferentes experiências”. Centro de Estudos Sociais. 2007.Faculdade de Economia.
- **SÉVES**, António Lorena de (Maio 2003), Contratação de Bens e Serviços – Guia de Aplicação do DL 197/99, de 8 de Junho, publicado pela Direcção-Geral do Desenvolvimento Regional, Ministério das Finanças, Lisboa, Portugal.

- **VARELA**, João Antunes Das Obrigações em Geral, vol. I, 10ª ed., Coimbra.2000.Almedina,
- **VIEIRA**, Pedro Siza, Os Tipos Contratuais subjacentes às Parcerias Público-Privadas em Portugal, Manual Prático de Parcerias Público-Privadas. 2004.Sintra.

OUTROS DOCUMENTOS:

- Livro Verde sobre as PPP e o Direito Comunitário em matéria de contratos públicos e concessões, COM(2004) 327 final, CE, Bruxelas,30/04/2004.
- Risk Allocation Preferences in PPP/PFI Construction Projects in the UK, The International construction research conference of the Royal Institution of Chartered Surveyors, Leeds Metropolitan University, 2004.
- Department of Treasury and Finance, Partnerships Victoria – Risk Allocation and Contractual Issues, A Guide, Melbourne, 2001.
- Vieira de Almeida & Associados, Slides das aulas do Seminário de Parcerias Público-Privadas, Universidade Católica, 2008

LEGISLAÇÃO CONSULTADA E REFERENCIADA

- Decreto-Lei n.º 18/2008, de 29 de Janeiro - Código dos Contratos Públicos.
- Decreto-Lei n.º 86/2003, de 26 de Abril com a redacção dada pelo Decreto-Lei n.º 141/2006, de 27 de Julho – Regime Geral das Parcerias Público-Privadas
- Decreto-Lei n.º 209/2000, de 2 de Setembro – Regime Jurídico da PARPÚBLICA.
- Lei n.º 98/97, de 26 de Agosto, com as alterações introduzidas pelas Leis n.º 48/2006, de 29 de Agosto e, n.º 35/2007, de 13 de Agosto - Lei do Tribunal de Contas