

Parcerias público-privadas: a experiência portuguesa *

MÁRIO AROSO DE ALMEIDA **

1. Enquadramento

1. Como é sabido, a expressão *parcerias público-privadas* tem tido grande difusão, no mundo ocidental, nas últimas décadas, sobretudo por impulso proveniente dos países anglo-saxónicos. Trata-se, no entanto, de uma expressão que, sendo embora nova e, por isso, objecto de elaboração dogmática recente em alguns países, corresponde a realidades que, designadamente na ordem jurídica portuguesa, não são novas.

A exemplo do que sucede noutros países, também a lei portuguesa já contém uma definição legal do fenómeno. Com efeito, o Decreto-Lei nº 86/2003, de 26 de Abril, define *parceria público-privada* 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 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”.

Resulta do referido Decreto-Lei (cfr. artigo 2º, nº 4) que as parcerias não configuram, pois, um novo tipo contratual, mas constroem-se com base em contratos correspondentes a tipos já anteriormente existentes,

* Corresponde, sem alterações, ao texto que serviu de base à intervenção oral do Autor.

** Professor da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa

de entre os quais sobressai a figura das *concessões*¹. Como tem sido repetido na doutrina, a clássica figura da concessão encontrou, pois, a oportunidade de um segundo ciclo de expansão neste novo contexto de proliferação de parcerias público-privadas, em que o Estado procura conciliar a necessidade de satisfazer as necessidades colectivas, designadamente através da construção de infra-estruturas e do estabelecimento de serviços públicos de qualidade, com o imperativo de conter o crescimento do endividamento público.

Foi-me proposto traçar um quadro – necessariamente genérico, atendendo aos apertados condicionalismos temporais – da experiência portuguesa no plano do relacionamento que, neste novo ciclo de parcerias, se tem desenvolvido entre sector público e sector privado.

2. A experiência portuguesa

A experiência portuguesa no âmbito das parcerias público-privadas concretizou-se na realização dos seguintes empreendimentos.

a) Contrato de construção e concessão da exploração da Ponte Vasco da Gama, sobre o Rio Tejo, em Lisboa, e de concessão da exploração da Ponte 25 de Abril, também sobre o Rio Tejo, em Lisboa.

A empresa vencedora do concurso de adjudicação assumiu o encargo de construir a Ponte Vasco da Gama, sendo-lhe concedida a exploração, tanto dessa ponte, como da Ponte 25 de Abril, que já existia, para o efeito de se ressarcir através da cobrança de portagens aos

¹ Cfr., a propósito, EDUARDO PAZ FERREIRA/MARTA REBELO, “O novo regime jurídico das parcerias público-privadas em Portugal”, in *Manual Prático de Parcerias Público-Privadas*, NPF Publicações, Lisboa, 2004, pp. 17-20, onde se escreve: “Trate-se de um contrato ou de uma união de contratos, a definição e o esquema legal das PPP traduz, essencialmente, uma recuperação da figura centenária da concessão, ajustando o seu elemento essencial – a contribuição dos recursos privados para a criação de infra-estruturas públicas – às necessidades e ao modelo de Estado e de Administração dos nossos dias”.

Cumpra, porém, sublinhar que, como claramente resulta do artigo 2º do Decreto-Lei nº 86/2004, o modelo das parcerias não se esgota necessariamente na relação jurídica de concessão: cfr., a propósito, PEDRO SIZA VIEIRA, “Os tipos contratuais subjacentes às parcerias público-privadas em Portugal”, in *Manual Prático...cit.*, pp. 137-138.

utentes de ambas as pontes. Tratou-se, portanto, de um contrato misto, de *concessão de obra pública, com exploração através da cobrança de portagens aos utentes*, na parte respeitante à Ponte Vasco da Gama, e de *concessão de exploração de um bem do domínio público, com cobrança de portagens aos utentes*, na parte respeitante à Ponte 25 de Abril. Adopção, portanto, de um *modelo concessório*, caracterizado pela existência de uma relação directa entre o parceiro privado e os utentes finais e pelo facto de o parceiro privado cobrar o pagamento de taxas aos utentes – receita à qual acresce o pagamento de subvenções pelo Estado Português.

Na parte respeitante à Ponte Vasco da Gama, o contrato era um contrato de *concepção, construção, financiamento e operação*, realizado em *Project Finance (DBFO)*.

Como é sabido, o recurso à celebração deste tipo de contratos, desde que sejam adequadamente concebidos e executados, pode ter, para a parte pública, a vantagem de lhe permitir concretizar grandes empreendimentos públicos sem ter de despende recursos públicos. Com efeito, é a parte privada que se encarrega de obter o importante financiamento externo necessário, junto de entidades financeiras. E esse financiamento não resulta, entretanto, de um empréstimo bancário assente na prestação de garantias reais, mas (sobretudo) assente na garantia constituída pelos próprios *cash flows* que o projecto será capaz de produzir². Sendo que o ressarcimento, seja da parte privada, seja dos financiadores externos, se faz (fundamentalmente) através das receitas que, desse modo, irão ser previsivelmente geradas. A atribuição do financiamento externo por parte das entidades financeiras pressupõe, portanto, a cuidadosa análise da capacidade do projecto para gerar receitas, por forma a assegurar o necessário retorno financeiro.

Um aspecto sensível deste tipo de contratos, que se colocou neste caso, prende-se com a questão da *repartição do risco* entre a parte pública e a parte privada. Com efeito, a economia deste tipo de contrato assenta, à partida, na *transferência do risco*, da esfera da parte pública, para a esfera da parte privada. Há, em todo o caso, que assegurar, nesse plano, um certo equilíbrio, em ordem a garantir a *atractividade* do contrato para a parte privada.

² Note-se, no entanto, que, no caso em referência, o projecto não era apenas financiado pelas receitas geradas, mas também pela emissão de dívida obrigacionista, garantida pelo Estado.

Como sucede neste tipo de contratos, estava previsto um *Caso Base*, isto é, o contrato continha, em anexo, um modelo financeiro constituído por um conjunto de projecções macro- e microeconómicas, dirigidas a prever os fluxos financeiros que previsivelmente seriam gerados ao longo do período da concessão, e que reflectia a equação financeira em que o contrato se baseava. Foi com base nesse modelo financeiro que o período de duração da concessão das duas pontes foi fixado em 33 anos e se previu a possibilidade do seu termo antecipado se, em momento anterior a esse, os empréstimos contraídos fossem integralmente pagos e o volume de tráfego total acumulado nas duas pontes atingisse o número de 2.250 milhões de veículos. Essas eram as condições calculadas como necessárias para obter o ressarcimento dos investimentos efectuados.

De harmonia com o princípio geral consagrado no artigo 180º do Código do Procedimento Administrativo (CPA), estava, entretanto, previsto que se procederia ao *reequilíbrio financeiro* do contrato, mediante a revisão do respectivo *Caso Base*, designadamente se o Estado concedente viesse a impor modificações unilaterais do contrato que, por implicarem aumentos significativos de custos ou perdas significativas de receitas, pusessem em causa o equilíbrio inicialmente previsto.

Ora, várias superveniências ocorreram, no âmbito deste contrato, que conduziram à conclusão de vários acordos de reequilíbrio financeiro entre as partes. Com efeito, o Governo veio a optar por não proceder ao agravamento do preço das portagens na Ponte 25 de Abril a que se tinha comprometido contratualmente, isentou os utentes do pagamento de portagens durante o mês de Agosto e introduziu condições especiais para utilizadores frequentes da Ponte 25 de Abril – tudo decisões com repercussões negativas sobre o rendimento estimado.

O conteúdo dos acordos de reequilíbrio financeiro celebrados entre as partes a partir de 1995 foi controverso, tendo o Tribunal de Contas, no seu *Relatório de Auditoria nº 31/2000 – 2ª Secção*, questionado os resultados alcançados, do ponto de vista da adequada *repartição do risco* entre a parte pública e a parte privada.

Com efeito, sustentou o Tribunal de Contas que as receitas reais efectivamente obtidas pela empresa concessionária, correspondentes ao conjunto formado pelo montante das portagens recebidas e das compensações financeiras prestadas pelo Estado, excedeu significativamente as receitas que tinham sido contratadas no *Caso Base*, dado que o tráfego real na Ponte 25 de Abril foi substancialmente superior àquele que nele

tinha sido projectado. E criticou “a inexistência, no contrato ou por acordo das partes, de mecanismos de *clawback*, que seriam normais nesta situação e que poderiam traduzir-se, nomeadamente, na criação de um sistema de bandas que permitisse ao concedente partilhar ganhos reais com a concessionária ou reduzir o montante das compensações financeiras por ele pagas à concessionária”.

O Tribunal de Contas considerou, entretanto, que, “por força das sucessivas modificações unilaterais introduzidas pelo concedente, e que levaram o Estado a pagar à concessionária avultadas compensações financeiras, veio a verificar-se que o risco de tráfego, na ponte 25 de Abril, é quase nulo, uma vez que tem sido o concedente a garantir parte substancial dos rendimentos indispensáveis ao equilíbrio financeiro do projecto”.

Como adiante se verá, a experiência resultante deste caso poderá ter contribuído para a introdução, no Decreto-Lei nº 86/2003, de 26 de Abril, de uma disposição que coloca algumas dificuldades de interpretação, do ponto de vista do enquadramento do problema do reequilíbrio financeiro neste tipo de contratos.

b) Contratos de construção e concessão da exploração de auto-estradas denominadas SCUTS, por serem auto-estradas sem custos para os utilizadores, dotadas de portagens virtuais, cujo custo é suportado directamente pelo Estado.

As empresas vencedoras dos concursos de adjudicação assumiram o encargo de construir as auto-estradas, sendo-lhes concedida a respectiva exploração, mediante a percepção do pagamento, por parte do Estado, do valor correspondente às portagens que seriam pagas pelos utilizadores. Na economia destes contratos, a remuneração do parceiro privado não assume, portanto, a forma de taxas cobradas aos utentes da obra, mas de pagamentos regulares a efectuar pelo Estado Português.

Tal como no caso anterior (na parte respeitante à Ponte Vasco da Gama), também aqui estamos perante contratos de *concepção, construção, financiamento e operação*, realizados em *Project Finance (DBFO)*.

Como já foi referido, o recurso à celebração deste tipo de contratos, desde que sejam adequadamente concebidos e executados, pode ter, para a parte pública, a vantagem de lhe permitir concretizar empreendimentos públicos sem ter de despender recursos públicos, na medida em que a parte privada se encarrega de obter financiamentos externos,

dando como garantias os próprios *cash flows* que o projecto será previsivelmente capaz de produzir. Nesta modalidade de contratos, porém, a parte pública não fica verdadeiramente dispensada de despender recursos públicos, mas apenas de os despender de imediato. Com efeito, como as portagens a cobrar vão ser virtuais, a exploração das auto-estradas não vai gerar receitas próprias. O ressarcimento, seja da parte privada, seja dos financiadores externos, não deixará, por conseguinte, de ter de ser assumido pelo Estado, através de dotações a inscrever no Orçamento. Apenas sucede que essas dotações não têm de ser inscritas num determinado ano orçamental, o ano da realização do contrato, mas em anos subsequentes.

A vantagem desta modalidade de contrato projecta-se, pois, sobretudo no plano orçamental – aspecto não despiciendo, em tempos de constrangimento, decorrentes do Pacto de Estabilidade e Crescimento. Com efeito, permite a concretização de obras públicas, sem que, no ano orçamental em causa, o Estado tenha de suportar os respectivos custos ou, mesmo, de contrair formalmente qualquer empréstimo para as poder realizar.

A propósito da experiência das SCUTS tem sido, em contrapartida, colocada a questão de saber como gerir, do ponto de vista da disciplina orçamental do Estado, os encargos que este tipo de contratos projecta sobre os Orçamentos anuais compreendidos durante o respectivo período de execução. Como se verá de seguida, o já mencionado Decreto-Lei nº 86/2003, de 26 de Abril, transpõe esta preocupação.

3. O novo regime de enquadramento das parcerias público-privadas

Como é referido no seu artigo 1º, o Decreto-Lei nº 86/2003, de 26 de Abril, “tem por objecto a definição de normas gerais aplicáveis à intervenção do Estado na definição, concepção, preparação, concurso, adjudicação, alteração, fiscalização e acompanhamento global das parcerias público-privadas”. Refira-se, no entanto, que, já anteriormente, o Decreto-Lei nº 185/2002, de 20 de Agosto, tinha introduzido um regime sobre as parcerias público-privadas no sector da saúde.

3.1. O âmbito de aplicação do Decreto-Lei em análise é identificado no artigo 2º, que exclui, no nº 5, as parcerias que resultem da celebração de contratos de empreitada de obras públicas, de arrendamento e de

aprovisionamento, assim como as que envolvam encargos de valor reduzido – ao que acresce, nos casos de fornecimento de bens e prestação de serviços, aquelas cujos encargos para o parceiro público, mesmo sendo mais elevados, não se projectem para além do ano de celebração do contrato.

Cumpra, porém, esclarecer que o Decreto-Lei não se propõe estabelecer o regime geral aplicável aos contratos que inventaria no artigo 2º. Em primeiro lugar, só pretende introduzir um “regime de cúpula”, que poderá ser complementado por regimes sectoriais, dirigidos a lançar programas integrados de parcerias nas várias áreas de actividade pública (cfr. artigo 3º). Por outro lado, apenas se trata de estabelecer um conjunto de princípios e de mecanismos gerais de coordenação, ao nível procedimental, dirigidos a permitir ao Ministério das Finanças velar pela observância de determinados critérios de racionalidade económico-financeira na concepção, preparação e conclusão das parcerias público-privadas³.

Do ponto de vista da delimitação, pela negativa, do objecto do Decreto-Lei nº 86/2003, cumpre, pois, começar por assinalar que, nem no plano da regulação do procedimento pré-contratual, nem no plano da definição do regime substantivo aplicável aos contratos, nele encontramos um regime exaustivo nesta matéria.

a) No plano procedimental, refira-se que, ao contrário do que, por exemplo, sucede na Espanha, a matéria dos procedimentos públicos de adjudicação não é objecto, na legislação portuguesa, de uma regulação de âmbito geral. No que especificamente se refere ao procedimento pré-contratual no domínio das concessões, na ausência da adopção de legislação própria, especificamente reportada a cada concessão em presença, é aplicável o disposto no artigo 183º do CPA – Código que, nos artigos 179º e segs., reúne, como é sabido, um conjunto (muito insuficiente) de regras e princípios gerais sobre os contratos administrativos.

O artigo 183º do CPA estabelece a regra do concurso público em matéria pré-contratual. Com o que se assegura o respeito pelas exigências que, neste domínio, decorrem do Direito Comunitário (artigos 43º

³ Nas palavras de SIZA VIEIRA, *op. cit.*, p. 141, “a intenção foi a de assegurar o controle prévio e sucessivo do Ministério das Finanças sobre modelos de contratação que fossem susceptíveis de criar encargos financeiros em diversos exercícios orçamentais e que pudessem constituir modo de financiar necessidades imediatas dos serviços públicos”.

e 49º do Tratado da União Europeia): observância de regras objectivas, não discriminatórias e devidamente publicitadas de selecção dos contraentes, que permitam o controlo da imparcialidade ao longo do procedimento de adjudicação e assegurem a existência de concorrência efectiva entre os proponentes, colocados em posição de igualdade no âmbito de procedimentos concorrenciais.

No plano procedimental, o Decreto-Lei nº 86/2003 tem o propósito de complementar o regime que especificamente respeita à selecção do parceiro privado, no propósito de introduzir, a partir de uma outra ordem de preocupações, certos momentos procedimentais autónomos, quer a montante, quer a jusante do concurso – isto é, quer na fase de concepção e preparação do projecto de parceria, em momento anterior ao do próprio lançamento do concurso, quer na fase de adjudicação do(s) contrato(s) em que há-de assentar a parceria.

b) O Decreto-Lei nº 86/2003 também não tem a pretensão de regular – para além da afirmação, como adiante se verá, de alguns parâmetros genéricos – a substância das relações que se estabelecem ao longo da vigência da relação (duradoura) de parceria.

Quanto a este ponto, cumpre também notar que é da tradição portuguesa a inexistência de uma regulação de âmbito geral do regime substantivo da generalidade dos contratos públicos – ressalvados os preceitos que o CPA dedica, na sua parte final, aos contratos administrativos, nos já mencionados artigos 179º e segs..

À luz do Direito Comunitário, a ausência de um quadro normativo, de âmbito geral, mais densificado faz-se, no entanto, sentir, pelo menos nos domínios que contendem com os princípios da transparência e da igualdade de tratamento em relação aos operadores económicos privados, que decorrem do Tratado da União Europeia.

Como, na verdade, ainda recentemente assinalou a Comissão Europeia, no Livro Verde sobre Parcerias Público-Privadas, parece ser, desde logo, importante estabelecer que o período durante o qual é concedida ao parceiro privado a exploração, em regime de exclusivo, de uma obra ou de um serviço público não seja excessivo, devendo a restrição à livre concorrência que daí decorre ser limitada ao estritamente necessário para assegurar o equilíbrio financeiro do projecto, permitindo a amortização dos investimentos e uma remuneração razoável dos capitais investidos. Mas, ainda desse ponto de vista, afigura-se que o regime geral também é, por exemplo, muito insuficiente no que respeita

ao regime das modificações que podem ter lugar durante o período de vigência das parcerias, designadamente no que se refere à delimitação das hipóteses em que, sem realização de concurso, são de admitir alterações, quer quanto à identidade do parceiro privado, quer do objecto – realização de obras ou prestação de serviços complementares ao projecto inicialmente previsto – e duração – prorrogação do período da concessão – do contrato.

Numa perspectiva mais geral, afigura-se, entretanto, que seria vantajosa a existência, também entre nós, de um regime de âmbito geral, como aquele que, por exemplo, existe nos artigos 242º e segs. da Lei espanhola de Contratos das Administrações Públicas, sobre o quadro dos direitos e obrigações do concessionário e das prerrogativas da Administração concedente, designadamente no que se refere às questões respeitantes ao regime económico-financeiro da concessão (e respectiva revisão e restabelecimento ao longo da vigência do contrato).

3.2. Passando agora a assinalar o conteúdo do regime do Decreto-Lei nº 86/2003, um dos aspectos mais significativos prende-se com o assumido propósito de “garantir a economia, eficiência e eficácia [das parcerias], bem como a respectiva articulação com as normas de enquadramento orçamental”.

No que ao segundo dos aspectos diz respeito, destaca-se a preocupação, provavelmente impulsionada pela experiência das *SCUTS*, em dar enquadramento às situações que envolvam a assunção, por parte do parceiro público, de compromissos de médio ou longo prazo, que impliquem a realização futura de despesas públicas. Nesse sentido, preconiza-se a criação de um sistema de orçamentação plurianual, assente numa avaliação dos custos e benefícios plurianuais envolvidos nas parcerias, que permita “evidenciar e enquadrar orçamentalmente, em tempo útil e realisticamente, a integralidade dos compromissos financeiros que resultam das parcerias contratadas” (cfr. artigo 6º, nº 1, alínea a), e artigo 8º, nº 10, alínea g)).

No que, por seu turno, se refere, em termos gerais, à introdução de critérios de economia, eficiência e eficácia, o Decreto-Lei contém, desde logo, um Capítulo II, dedicado ao tema da “avaliação das parcerias”, no qual se estabelece um conjunto de regras atinentes à respectiva *concepção e preparação*, que – de harmonia, aliás, com algumas recomendações formuladas pela Comissão Europeia sobre a matéria – se dirigem a promover a adopção de critérios de racionalidade e eficiência,

tanto na adopção da própria decisão de se recorrer à via das parcerias (*saber se deve haver parceria em determinado sector*), como na avaliação de todas as envolventes, em ordem a determinar os termos em que se deve proceder à assunção de encargos e à repartição de riscos entre os parceiros (*saber que modelo de parceria deve ser adoptado, e com que configuração*).

Recorde-se que, tal como recentemente reiterou no Livro Verde sobre Parcerias Público-Privadas, a Comissão Europeia tem sublinhado a importância de “uma avaliação adequada” e “a melhor repartição possível dos riscos entre os sectores público e privado” neste domínio, salientando, de igual modo, a necessidade de se preverem “mecanismos que permitam avaliar regularmente o desempenho”.

Neste sentido, o Decreto-Lei estabelece o critério de que a opção, em cada domínio, por um determinado modelo de parceria público-privada só se justifica quando se consiga conciliar, de modo adequado, a capacidade de atrair os privados com a existência – tanto no curto, *como também no médio e longo prazo* – de vantagens efectivas para a parte pública, por comparação com o recurso a outras formas de realizar os mesmos fins. Neste sentido, estabelece o artigo 6º, nº 1, alínea c), que o lançamento e a contratação das parcerias tem de pressupor “a configuração de um modelo de parceria que apresente para o parceiro público vantagens relativamente a formas alternativas de alcançar os mesmos fins, avaliadas nos termos previstos no artigo 16º, nº 2, da Lei de Enquadramento Orçamental⁴, 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”.

Através da remissão para o artigo 16º, nº 2, da Lei de Enquadramento Orçamental, este preceito reitera, pois, o *princípio do programa alternativo* ou *do comparador do sector público* – ou seja, a imposição, que é transversal ao longo do procedimento de constituição da parceria, do dever de quantificação e avaliação do valor acrescentado que dela há-de resultar, por comparação com o chamado “compa-

⁴ Lei nº 91/2001, de 20 de Agosto. O referido artigo 16º, nº 2, estabelece que “a avaliação da economia, a eficiência e a eficácia de programas com recurso a parcerias dos sectores público e privado tomará como base um programa alternativo visando a obtenção dos mesmos objectivos com exclusão de financiamentos ou de exploração a cargo de entidades privadas, devendo incluir, sempre que possível, a estimativa da sua incidência orçamental líquida”.

rador do sector público”, isto é, com as condições em que os mesmos fins poderiam ser prosseguidos segundo modelos do sector público, que não envolvessem a constituição de parcerias com privados. E isto, desde a fase preliminar, em que intervém a “comissão de acompanhamento do projecto de parceria” (cfr. artigo 8º, nºs 3 e 8); passando pela fase de avaliação das propostas, na medida em que a “comissão de avaliação das propostas” não é incumbida apenas da análise do respectivo mérito relativo, mas também deve atender ao custo de oportunidade para o Estado (cfr. artigo 9º, nº 2); até chegar ao termo do concurso, dado que os Ministros das Finanças e da tutela sectorial também devem ter especial atenção a esse aspecto no despacho conjunto em que se tem de sustentar o acto de adjudicação (cfr. artigo 11º).

A ideia de economia, eficiência e eficácia também está, entretanto, presente nas regras, que, no Capítulo III, prevêem mecanismos de “fiscalização e acompanhamento da execução das parcerias”. Com efeito, estabelece o artigo 4º que “constituem finalidades essenciais das parcerias público-privadas 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”. Por outro lado, se o artigo 5º incumbe o parceiro público do “acompanhamento e o controlo da execução do objecto da parceria, por forma a garantir que são alcançados os fins de interesse público subjacentes”, o artigo 13º acrescenta que o “acompanhamento permanente das parcerias” tem “por objectivo avaliar os seus custos e riscos e melhorar o processo de constituição de novas parcerias”.

A “fiscalização e acompanhamento” ao longo da vigência da relação (duradoura) de parceria destina-se, portanto, não só a verificar se os compromissos assumidos pelo parceiro privado estão a ser cumpridos, designadamente no que se refere à consecução dos objectivos de acordo com os padrões exigidos de qualidade, mas também a promover a adopção de critérios de boa gestão e, desse modo, a própria sustentabilidade financeira da parceria, tal como inicialmente prevista.

3.3. Um aspecto da maior importância, que não pode deixar de ser referido a propósito do regime do Decreto-Lei nº 86/2003, reside na ênfase que – de harmonia, aliás, com as recomendações formuladas pela Comissão Europeia, na sua Comunicação Interpretativa sobre Concessões nº 2000/C 121/02, de 29 de Abril de 2000 – nele é colocada

na ideia de que a constituição das parcerias público-privadas deve assentar numa lógica de *transferência de risco* para o sector privado.

Neste sentido, veja-se o disposto no artigo 7º, alíneas b) e d), onde se determina que “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”.

É a esta luz que, a nosso ver, deve ser lido o disposto no artigo 6º, nº 1, alínea e), onde se estabelece que se devem conceber modelos de parcerias “que não impliquem ou evitem, sempre que possível e salvo fundamentação adequada, a assunção, perante os parceiros privados, de quaisquer cláusulas ou regimes indemnizatórios de longo prazo, aplicáveis a quaisquer formas, legalmente permitidas, de modificação unilateral dos contratos determinadas pelo Estado, que comprometam materialmente o normal exercício do dever de apreciação do interesse público e correspondente prossecução, em virtude da excessiva ou injustificada onerosidade, ou da respectiva inadequação por força da imprevisibilidade da matéria ou da duração do compromisso”.

O mínimo que se pode dizer é que a redacção deste preceito não é feliz.

Desde logo, pela deficiente técnica legislativa utilizada, na medida em que a inusitada extensão do preceito dificulta a sua leitura e compreensão. Mas sobretudo porque o teor literal do preceito comporta uma interpretação potencialmente adversa à aplicação, no domínio das parcerias público-privadas, do princípio do reequilíbrio financeiro dos contratos, o que, a nosso ver, seria inconstitucional.

Cumpre, na verdade, ter presente que, ao contrário do que sucede no âmbito das relações contratuais de direito privado, a jurisprudência e a doutrina desde há muito entendem que vigora na ordem jurídica portuguesa um princípio geral de Direito Administrativo segundo o qual as entidades públicas contratantes dispõem do poder de modificar unilateralmente o conteúdo das prestações que as respectivas contrapartes privadas se tiverem obrigado a realizar no âmbito das respectivas relações contratuais. Esse poder só pode ser, contudo, exercido no respeito pelo equilíbrio financeiro existente entre as prestações correspectivas previstas no contrato. Por conseguinte, sempre que o exercício do poder de modificação unilateral ponha em causa esse equilíbrio, impõe-se à enti-

dade pública contratante o dever de o restabelecer. A solução encontra, hoje consagração legal expressa no artigo 180º, alínea a), do CPA, que é visto como a expressão de um princípio geral⁵.

A doutrina francesa faz tradicionalmente assentar este dever na própria força vinculativa do contrato, de acordo com o seguinte raciocínio⁶. O poder de modificação unilateral é uma derrogação ao princípio *pacta sunt servanda*, cujo âmbito, desde o início, houve o cuidado de procurar manter dentro das proporções adequadas. Como, à data da celebração do contrato, as obrigações das partes foram acordadas tendo por base um determinado equilíbrio financeiro entre si, sem que esteja na disponibilidade de qualquer das partes alterá-lo, impõe-se, portanto, que, quando haja lugar à modificação unilateral do conteúdo do contrato, esse equilíbrio seja restabelecido, de modo a que ele se mantenha, como é devido, durante o restante período de vigência do contrato⁷.

A nosso ver, porém, se, neste contexto, tal se impõe – e é, hoje, na verdade, formalmente imposto, como foi dito, na ordem jurídica portuguesa, pelo artigo 180º, alínea a), do CPA, que, do mesmo passo que confere o poder de modificação unilateral, impõe o dever de respeito

⁵ Para a afirmação, na doutrina portuguesa, do poder de modificação unilateral no respeito pelo equilíbrio financeiro dos contratos como um princípio geral de Direito Administrativo, cfr., por exemplo, FREITAS DO AMARAL, *Curso de Direito Administrativo*, vol. II, Coimbra, 2001, p. 617; MARCELLO CAETANO, *Princípios fundamentais do Direito Administrativo*, Coimbra, 1996, p. 197; MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA, *Direito Administrativo*, vol. I, Coimbra, 1980, p. 698; PAULO OTERO, “Estabilidade contratual, modificação unilateral e equilíbrio financeiro em contrato de empreitada de obras públicas”, separata da *Revista da Ordem dos Advogados*, Lisboa, 1996, p. 13.

⁶ É, na verdade, o raciocínio exposto no texto que, apesar de embora as ambiguidades, se afigura ter estado subjacente, ao longo do tempo, às explicações ensaiadas pela doutrina francesa em torno da chamada *teoria do equilíbrio financeiro do contrato administrativo*. Cfr. a propósito, PAULO OTERO, *op. cit.*, pp. 27-28; M. ESTEVES DE OLIVEIRA, *op. cit.*, pp. 699, 705 e 662-664. Para uma interessante análise, na doutrina portuguesa, dessa teoria, cfr., entretanto, AUGUSTO DE ATAÍDE, “Para a teoria do contrato administrativo: limites e efeitos do exercício do poder de modificação unilateral pela Administração”, in *Estudos de Direito Público em Honra do Professor Marcello Caetano*, Lisboa, 1973, pp. 91 segs.

⁷ Neste sentido, escreveu JOÃO DE MELO MACHADO, *Teoria jurídica do contrato administrativo*, Coimbra, 1935, p. 211, que “o concessionário se obriga a explorar o serviço tal como ele for organizado, técnica e financeiramente, pela administração, garantindo-lhe esta, como contrapartida, o equilíbrio entre as receitas e despesas. O equilíbrio financeiro da exploração parece ser, portanto, o objecto duma garantia contratual”.

pelo equilíbrio financeiro do contrato —, é porque, quando implica uma alteração do equilíbrio financeiro do contrato em desfavor do contraente privado, o acto de exercício do poder de modificação unilateral possui um alcance expropriativo⁸.

Com efeito, como o exercício do poder de modificação unilateral assenta numa opção consciente e deliberada do contraente público, sempre que essa intervenção ponha em causa o equilíbrio financeiro do contrato em detrimento da posição do contraente privado, o dever que à entidade pública se impõe de restabelecer esse equilíbrio constitui uma manifestação do direito à justa indemnização que, nos termos da Constituição, resulta de toda a ablação determinada por um acto de poder público de situações jurídicas privadas dotadas de valor patrimonial — que, para efeitos da sua protecção constitucional, se deve entender que integram o (amplo) conceito de direito da propriedade que se encontra consagrado no artigo 62º da Constituição⁹.

Seria, pois, a nosso ver, inconstitucional uma interpretação do artigo 6º, nº 1, alínea e), do Decreto-Lei nº 86/2003, que tivesse o alcance de afastar a aplicação, no domínio das parcerias público-privadas, do princípio do reequilíbrio financeiro dos contratos.

Afigura-se, no entanto, que o preceito pode ser objecto de uma interpretação em conformidade com a Constituição. Para o efeito, ele deve ser lido em articulação com o já mencionado artigo 7º, alínea d), do mesmo Decreto-Lei, que, ao estabelecer que se transferem para o parceiro privado os riscos de insustentabilidade financeira da parceria que não sejam devidos à modificação unilateral do contrato pelo parceiro público, parece querer dizer que já não se transferem para o parceiro privado os riscos que forem devidos à modificação unilateral do contrato pelo parceiro público.

⁸ Neste sentido parece orientar-se a doutrina espanhola, para a qual os casos de exercício do poder de modificação unilateral correspondem a um instituto que, por se consubstanciar na tomada de decisões de alcance expropriativo, dão lugar à atribuição de uma compensação pelo exercício do que é designado por *ius variandi*: cfr., por todos, EDUARDO GARCIA DE ENTERRÍA/TOMÁS RÁMON FERNANDEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, vol. I, 8ª ed., Madrid, 1997, pp. 723 segs. Deste modo se substitui, a nosso ver com vantagem, neste particular, a construção da responsabilidade por facto lícito, corrente na doutrina francesa e, entre nós, adoptada, por exemplo, por AUGUSTO DE ATAÍDE, *op. cit.*, pp. 97-99, e, ainda que de modo implícito, por MARCELLO CAETANO, *op. cit.*, p. 199.

⁹ Neste sentido, cfr. FREITAS DO AMARAL, *op. cit.*, p. 619; PAULO OTERO, *op. cit.*, pp. 32-34.

Provavelmente influenciado pelos juízos críticos, já atrás mencionados, que foram formulados a propósito dos acordos de reequilíbrio financeiro concluídos no âmbito da concessão das pontes sobre o Rio Tejo, em Lisboa, o preceito não pode ter, pois, o sentido nem o alcance de afastar o normal funcionamento, *ex lege*, do princípio do reequilíbrio financeiro dos contratos, quando ele seja posto em causa por intervenções unilaterais do parceiro público, mas apenas o de preconizar que, no âmbito dos contratos de parceria, o parceiro público não deve assumir compromissos indemnizatórios que, *por irem para além do que seria exigível de acordo com o princípio geral do reequilíbrio financeiro*, possam, na sua concretização prática, redundar na eliminação do componente de risco que, na economia do contrato, devia correr por conta do parceiro privado.

Preferível seria, porém, que a lei tivesse seguido outro caminho – sem dúvida, mais trabalhoso –, procurando, porventura, concretizar os parâmetros por que se deve pautar o restabelecimento do equilíbrio financeiro, quando ele seja devido, numa perspectiva de justa conciliação dos interesses do concessionário e do interesse público.

Embora se deva reconhecer que, neste, como em muitos outros domínios, a deficiência reside na ausência de um quadro normativo de âmbito geral, que, a exemplo do que sucede no Direito espanhol, procurasse sedimentar, de modo estruturado, os aspectos essenciais do regime normativo – senão segundo o modelo espanhol de uma lei geral de contratos, cujos diferentes capítulos, respeitantes aos diferentes tipos de contratos administrativos, tendem a transformar-se num complexo de textos pouco articulados entre si, pelo menos através da adopção de uma lei-quadro das concessões administrativas de obras públicas – que é o que, bem vistas as coisas, acaba por ser o capítulo sobre a matéria que a Ley 13/2003, de 23 de Maio, acaba de introduzir na lei geral de contratos espanhola.

4. Os novos contratos de parceria na área da saúde.

Foi lançado em Portugal um programa de concretização de parcerias público-privadas na área da saúde, dirigido à construção e colocação em funcionamento de novos hospitais.

Na base desse programa, o Decreto-Lei nº 185/2002, de 20 de Agosto, veio prever a celebração de contratos que entendeu qualificar

como *contratos de gestão*, mas que, na realidade, são *contratos de concessão de serviços públicos*, na medida em que os concessionários assumem o encargo de montar e, subsequentemente, de explorar o serviço⁽¹⁰⁾. Os contratos envolvem, pois, a *concepção, construção, financiamento e operação* dos hospitais, segundo um modelo passível de ser enquadrado no *Project Finance (DBFO)*.

O Decreto-Lei estabelece, no entanto, uma diferenciação entre o componente de construção e gestão do *edifício hospitalar*, e o componente de gestão do *estabelecimento hospitalar*, enquanto serviço de saúde, de acordo com o modelo “*um concurso público – um contrato de gestão – duas sociedades gestoras*”⁽¹¹⁾.

Por este motivo, os consórcios concorrentes têm de se apresentar desdobrados em dois componentes, que, em caso de adjudicação, darão lugar à constituição de duas entidades gestoras diferenciadas, a funcionar em separado, ainda que num quadro de articulação e complementaridade: uma entidade gestora do edifício (*Eged*), que tem a seu cargo a concepção, construção e manutenção do edifício e infra-estruturas hospitalares; e uma entidade gestora do serviço (*Egest*), que tem a seu cargo a prestação de serviços clínicos. Cada uma destas entidades tem, aliás, um horizonte temporal diferenciado, existindo também dois fluxos de pagamentos distintos, consoante a natureza das operações a remunerar, de modo a possibilitar uma afectação diferenciada dos riscos em relação a cada uma das duas entidades gestoras.

¹⁰ Cfr. JORGE ABREU SIMÕES, “As parcerias público-privadas no sector da saúde”, in *Manual Prático... cit.*, p. 67.

¹¹ Se vier a haver casos, como a lei prevê, de mera atribuição da exploração de estabelecimentos, o contrato será, apenas, um *contrato de gestão*, na medida em que o privado não assumirá a responsabilidade de suportar os encargos da instalação do serviço, que apenas se compromete a gerir: cfr., a propósito, EDUARDO PAZ FERREIRA/MARTA REBELO, *op. cit.*, pp. 18-19.