

A EXPERIÊNCIA COM PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS EM PORTUGAL

Nuno Cunha Rodrigues¹



Assistiu-se, em Portugal, a um aumento exponencial de parcerias público-privadas (PPP) durante a última década, em virtude da modificação do paradigma de intervenção do Estado na economia que passou de um modelo de intervenção directa - a partir da revolução de 25 de abril de 1974 e durante toda a década de 80 -, para um modelo de intervenção indirecta, agora como consequência das privatizações entretanto ocorridas bem como do impulso regulatório provindo da União Europeia. O recurso a PPP's foi igualmente motivado em razão dos constrangimentos orçamentais ocorridos a partir de 1997, ano a partir do qual Portugal ficou vinculado ao Pacto de Estabilidade e Crescimento o que, atendendo à circunstância de o crescimento da dívida pública ter passado a estar condicionado pela União Europeia,² levou à utilização das PPP's como forma de, através da obtenção de financiamento privado imediato,

¹ Doutor em Direito. Professor Auxiliar da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

O texto deste artigo corresponde à comunicação realizada na conferência luso-brasileira sobre Direito e Economia que teve lugar no dia 15 de maio de 2014 na Faculdade de Direito de Lisboa.

Agradece-se ao Senhor Professor Fernando Araújo o convite.

² A este propósito v. NAZARÉ COSTA CABRAL, *Enquadramento orçamental e contabilístico das parcerias público-privadas*, in EDUARDO PAZ FERREIRA e NUNO CUNHA RODRIGUES (org.), *Novas fronteiras da contratação pública*, Coimbra Editora, Coimbra, 2014, 143-156 (*máxime* pp. 152-156).

contornar as limitações de recurso a financiamento público.

As PPP foram gradualmente aumentando, desde os anos 90, sobretudo nos sectores dos transportes rodoviários e ferroviários, no saneamento básico e distribuição de água e na saúde.

Este instrumento apresentava vantagens significativas nomeadamente porque permitia desbloquear estrangulamentos na construção de infra-estruturas, em particular no caso de infra-estruturas rodoviárias, facultando ao Estado acesso a *know-how* de entidades privadas. Por outro lado, estimulava e dinamizava o sector privado, aumentava a inovação e, quando assestas em premissas rigorosas, permitia determinar atempadamente despesas públicas futuras e proceder a um melhor planeamento orçamental.

Apesar das PPP terem surgido há mais de vinte anos, com a construção da ponte Vasco da Gama, foi apenas em 2003 que, pela primeira vez, se edificou um regime jurídico especificamente aplicável a esta forma de associação entre parceiros públicos e privados. Com a aprovação do Decreto-Lei nº 86/2003, de 26 de Abril, instituiu-se um regime jurídico de enquadramento genérico das PPP sem inviabilizar a aplicação de legislação adicional.

Até esse ano – 2003 – as parcerias público-privadas eram reguladas, de forma avulsa, por legislação sectorial – como acontecia no caso da saúde³ ou no sector rodoviário – bem como por diplomas aplicáveis a áreas conexas tais como a Lei de Enquadramento do Orçamento do Estado⁴ ou o regime de aquisição de bens e serviços.⁵

A inexistência de um quadro jurídico estável não impe-

³ Cfr. Decreto-Lei n.º 185/2002, de 20 de agosto que regula o regime das parcerias na área da saúde.

⁴ Cfr. artigos 19.º, n.º 2 e 31.º, n.º 1, alínea l) da Lei n.º 91/2001, de 29 de agosto, republicada na sequência da sétima alteração operada pela Lei n.º 37/2013, de 14 de junho.

⁵ Cfr. Decreto-Lei n.º 197/99, de 8 de junho.

diu, ainda assim, que, até 2003, fossem celebradas algumas parcerias público-privadas que se traduziram na construção de um conjunto significativo de estradas e auto-estradas, bem como de novos hospitais o que permitiu ao país colocar-se na vanguarda da Europa relativamente àquelas infra-estruturas.

Mais tarde, em 2012, e na sequência da aplicação do Programa de Assistência Económica e Financeira, o regime que vigorou desde 2003 foi revogado e substituído pelo Decreto-Lei n.º 111/2012, de 23 de maio.

Este último Decreto-Lei visou clarificar a noção de PPP, reforçar o papel do Ministério das Finanças - assegurando uma tutela financeira integrada e um controlo orçamental acrescido - e ampliar o âmbito subjectivo de entidades públicas que se lhe encontram sujeitas. Passaram a estar abrangidas por este regime empresas públicas até então fora do alcance legislativo.

Por PPP passou a entender-se, genericamente, o *“contrato ou união de contratos por via dos quais entidades privadas se obrigam de forma duradoura perante um parceiro público a assegurar, mediante contrapartida, o desenvolvimento de uma actividade tendente à satisfação de uma necessidade colectiva, em que a responsabilidade pelo investimento, financiamento, exploração e riscos associados, incumbem, no todo ou em parte, ao parceiro privado.”*⁶

Não obstante a amplitude desta noção, ela é, ainda assim, mais precisa do que a que resultava do diploma anterior, pois implica que a responsabilidade pelo investimento, financiamento, exploração e riscos associados deva incumbir, no todo ou em parte, ao parceiro privado, o que não sucedia anteriormente.

O conceito de PPP é, por conseguinte, extenso, não existindo um elenco taxativo de contratos qualificáveis como tal.

⁶ Cfr. artigo 2.º, n.º 1.

O que está em causa é uma “opção alternativa de provisão pública, assente numa fórmula estruturada de cooperação entre os universos público e privado, tendo em vista o desenvolvimento de projectos em parceria, segundo o princípio basililar da partilha de risco num quadro de optimização da afectação de riscos.”⁷

No artigo 2.º, n.º 4, o diploma enuncia diversos exemplos de contratos qualificáveis como PPP, a saber: a) contrato de concessão ou de subconcessão de obras públicas; b) contrato de concessão ou de subconcessão de serviço público; c) contrato de fornecimento contínuo; d) contrato de prestação de serviços; e) contrato de gestão ou f) o contrato de colaboração, quando estiver em causa a utilização de um estabelecimento ou uma infraestrutura já existentes, pertencentes a outras entidades que não o parceiro público (cfr. artigo 2.º, n.º 2 do Decreto-Lei n.º 111/2012).⁸

A criação e execução de PPP não está apenas sujeita ao regime previsto no Decreto-Lei n.º 111/2012 – que funciona como um regime genérico ou de cúpula, de forma semelhante ao diploma anterior de 2003. Ocorre ainda a aplicação, às PPP's, de outros diplomas – como a Lei de Enquadramento do Orçamento do Estado (cfr. artigo 6.º, n.º 1, alínea a) do Decreto-Lei n.º 111/2012) ou o Código dos Contratos Públicos (cfr. artigo 15.º, n.º 1 do Decreto-Lei n.º 111/2012). Há ainda regimes sectoriais, como vimos atrás, nomeadamente nos sectores rodoviário e da saúde.

⁷ Assim, cfr. MARIA EDUARDA AZEVEDO, *As parcerias público-privadas: a evolução do enquadramento jurídico*, in EDUARDO PAZ FERREIRA e NUNO CUNHA RODRIGUES (org.), *Novas fronteiras da contratação pública*, Coimbra Editora, Coimbra, 2014, p. 100.

⁸ O mesmo Decreto-Lei n.º 111/2012, de 23 de maio, procede à delimitação negativa das PPP's excluindo um conjunto taxativo de contratos do âmbito de aplicação daquela lei: (a) as parcerias que envolvam um encargo bruto para o sector público menor que 10 milhões de euros e um investimento inferior a 25 milhões de euros; (b) as concessões de distribuição de água e (c) as chamadas parcerias público-públicas (que envolvam apenas entes públicos).

O conceito de parceria público-privada contempla duas formas:

- i) As PPP de tipo meramente contratual normalmente assentes no modelo concessivo, mediante o qual se estabelece uma relação directa entre o parceiro privado e o utente final, sendo o financiamento assegurado através da cobrança de taxas ou do modelo de *private finance initiative* (PFI) provindo, neste caso, a remuneração do parceiro privado de pagamentos regulares efectuados pelo parceiro público;
- ii) As PPP de tipo institucional por via das quais o Estado participa, como sócio, em estruturas societárias com parceiros privados.⁹

O que está em causa são formas de cooperação entre parceiros públicos e parceiros privados que tem por objectivo assegurar o financiamento, a construção, a renovação, a gestão ou a manutenção de uma infra-estrutura ou a prestação de um serviço.

Ora, a este propósito, o artigo 5º do Decreto-Lei n.º 111/2012, de 23 de maio, prevê que, na repartição de responsabilidades, incumbe ao parceiro público o acompanhamento, a avaliação e o controlo da execução do objeto da parceria, de forma a garantir que são alcançados os fins de interesse público subjacentes e que, ao parceiro privado, é cometido o exercício e a gestão da atividade contratada bem como o financiamento, no todo ou em parte.

A criação de parcerias público-privadas tem sido, em termos concretos, caracterizada pela duração relativamente longa da relação entre o parceiro público e o parceiro privado – estruturada, em particular, segundo contratos de concessão - e

⁹ Registe-se que, no Brasil, a Lei n.º 11.079, de 30 de dezembro de 2004 determina que a criação de uma PPP seja precedida da constituição de uma sociedade de propósito específico, incumbida de implantar e gerir o objeto da parceria. Cfr. artigo 9.º da Lei 11.079.

pelo modo de financiamento do projeto, que envolve complexas montagens jurídico-financeiras, atendendo a que o financiamento é normalmente obtido simultaneamente através do Estado e de sindicatos bancários.

Impõe-se identificar previamente as vantagens da realização de uma PPP, pela aplicação do princípio do comparador do sector público e da defesa do *value for money*.

Na verdade, uma das premissas essenciais para garantir o sucesso das PPP's diz respeito à sua avaliação prévia.

A pedra-de-toque, neste domínio, é representada pelo referido comparador do sector público.

Esta regra, ou princípio, resultante do disposto no artigo 6.º, n.º 1, alínea a) do Decreto-Lei n.º 111/2012 e do artigo 19.º, n.º 2 da Lei de Enquadramento do Orçamento do Estado¹⁰, implica que seja feita uma análise comparativa prévia entre os custos que a realização do projeto subjacente à parceria envolve, caso seja realizada pelo Estado, e os custos a que a mesma daria lugar se for concretizada no modelo de parceria público-privada. Procura-se, deste modo, valorar os ganhos de eficiência para a administração pública para que se perceba, a final, que a opção pelo modelo PPP é mais vantajosa para o Estado, tendo em conta, nomeadamente, a qualidade dos serviços públicos e a eficiência do sector privado.¹¹

Por outro lado, uma das características essenciais das parcerias público-privadas reside na necessidade de se assegurar uma verdadeira divisão de tarefas bem como a partilha efetiva do risco, sendo a distribuição equitativa de riscos entre o parceiro público e o parceiro privado essencial.

¹⁰ O qual determina que “a avaliação da economia, da eficiência e da eficácia de programas com recurso a parcerias dos setores público e privado tomará como base um programa alternativo visando a obtenção dos mesmos objetivos com exclusão de financiamentos ou de exploração a cargo de entidades privadas, devendo incluir, sempre que possível, a estimativa da sua incidência orçamental líquida.”

¹¹ No Brasil, o artigo 4.º da Lei 11.079 enuncia, de forma mais genérica, objectivos idênticos para as PPP.

Um dos problemas verificados, nos últimos anos com a execução de parcerias público-privadas relacionou-se, justamente, com o desequilíbrio verificado na distribuição do risco contratualmente assumido.

Os contratos celebrados, em Portugal, até há poucos anos, eram geralmente vantajosos para o parceiro privado, uma vez que este raramente assumia qualquer tipo de risco o que obrigou frequentemente, a proceder ao reequilíbrio financeiro dos contratos para compensar o parceiro privado face à ocorrência de riscos que não estavam contratualmente previstos. Aconteceu assim, por exemplo, com riscos de tráfego, por se concluir que a circulação automóvel era inferior à inicialmente prevista, com riscos ambientais, dada a descoberta de espécies endémicas durante a construção de obras e mesmo com riscos arqueológicos ou de construção.

O que significa que o sucesso de uma PPP tem como pressuposto uma prévia distribuição equilibrada do risco entre os parceiros, com um levantamento atempado que permita antever a maioria dos riscos associados para que a repartição se faça de acordo com a capacidade de cada uma das partes para gerir esse risco e assegure uma significativa e efectiva transferência de risco para o sector privado (cfr. artigo 7.º, n.º 1 do Decreto-Lei n.º 111/2012).

A distribuição atempada e efectiva dos principais riscos pode evitar problemas durante a execução do contrato, garantindo que o objectivo da parceria é efectivamente alcançado.

Com isto, está em causa minimizar o risco de encargos adicionais para o Estado durante a vigência do contrato.

Uma das críticas apontadas às PPP em Portugal, numa fase inicial, estava justamente relacionada com aquilo que o tribunal de Contas designou, em 2008, por “*inexistência da explicitação da matriz de risco de cada PPP*”¹²

¹² Cfr. Auditoria à gestão de PPP's - concessões rodoviárias – Relatório n.º 10/2008, disponível em www.tcontas.pt

A necessidade de uma efectiva partilha de riscos – tendo por objectivo que tanto o parceiro público como o parceiro privado dividam lucros e prejuízos, nomeadamente mediante a previsão de cláusulas *clawback*, a eventual fixação dos preços ou a determinação de margens máximas de lucro para o parceiro privado - está expressamente consagrada nos artigos 7.º e 21.º do Decreto-Lei n.º 111/2012.¹³

Para efectivar essa partilha devem equacionar-se previamente os diferentes tipos de risco, nomeadamente riscos genéricos, que podem estar associados a qualquer PPP, tais como o (i) risco de concepção/construção (v.g. defeitos de construção, atrasos na obra); (ii) risco de financiamento (v.g. alteração das taxas de juro, de valores cambiais); (iii) risco de execução (v.g. a continuidade e a qualidade dos serviços prestados); (iv) risco da procura (do serviço prestado – v.g. no caso do tráfego automóvel nas PPP's de estradas) ou o (v) risco do valor residual do bem no momento em que este venha a ser transferido para o Estado.¹⁴

O risco deve ser previamente determinado e quantificado para que possa ser comparado numa perspectiva de hipotética realização da PPP quer pelo sector público, quer pelo sector privado.

Deve ainda ser apreciado o chamado *value for money* da PPP que corresponde a um conceito anglo-saxónico que não

¹³ Sobre este problema, v. PEDRO MELO, *A distribuição do risco nos contratos de concessão de obras públicas*, Almedina, Coimbra, 2011.

¹⁴ Numa análise mais fina, considerando os sectores, verifica-se a necessidade de acautelar alguns riscos tais como, no sector rodoviário:

- a) Risco de projecto e concurso;
- b) Risco de construção;
- c) Risco de exploração/manutenção;
- d) Risco financeiro;
- e) Risco ambiental;
- f) Risco de procura;
- g) Risco de disponibilidade;
- h) Risco legislativo;
- i) Risco de força maior;

se encontra expressamente afirmado na lei Portuguesa. É uma noção próxima da ideia de relação custo-benefício (cfr. artigo 6.º, n.º 1, alínea f) do Decreto-Lei n.º 111/2012) que implica, para o Estado, nos termos resultantes do Decreto-Lei n.º 111/2012, que o lançamento de uma PPP seja antecedido, nomeadamente, (i) da memória descritiva das razões que implicam o recurso a uma PPP; (ii) de um programa alternativo à PPP; (iii) da fixação de limites máximos de compromissos a assumir e (iv) da apreciação da PPP à luz dos princípios da economia, eficiência e eficácia (cfr. artigo 6.º, n.º 1, alíneas a) a p) do Decreto-Lei n.º 111/2012).

Um dos motivos que levou a graves prejuízos para o Estado, na execução de parcerias público-privadas deveu-se à inexistência de estudos prévios que permitissem concretizar o *comparador* do sector público. Associado à inexistência, em alguns casos, de um caso-base e à falta de uma matriz de risco, a ausência de estudo prévio originou que o Estado tivesse de compensar financeiramente o parceiro privado durante a execução do contrato.

Esta circunstância derivou igualmente da falta de especialização do Estado neste domínio, em contraste com a qualidade e quantidade de consultores e assessores financeiros e jurídicos que assistiam o parceiro privado, o que motivou a alteração resultante da aprovação do Decreto-Lei n.º 111/2012 (cfr. artigos 26.º a 30.º e 34.º a 42.º) prevendo a criação da UTAP (Unidade Técnica de Acompanhamento de Projetos), que concentra, numa única entidade do Estado, os dados e recursos humanos relativos a PPP's, até então dispersos por diversos serviços públicos cuja coordenação se revelava penosa.

Na verdade, até 2012 verificavam-se graves problemas de informação assimétrica na relação entre parceiro público e parceiro privado, normalmente desfavoráveis ao Estado, quer durante a execução dos contratos quer após a execução des-

tes.¹⁵

A criação da UTAP assegurou, por conseguinte, uma recolha formal, sistemática e periódica de dados e casos relevantes para melhorar a gestão das PPP acompanhando a evolução da curva de aprendizagem (*lessons learned*) em linha, aliás, com a recomendação do Tribunal de Contas de 2008.¹⁶

Procurou-se, dessa forma, secundar em Portugal exemplos de outros Estados que criaram unidades técnicas especializadas em PPP's.¹⁷ Sucede assim, por exemplo, no Brasil (cfr. artigo 14.º da Lei n.º 11.079).¹⁸

É ainda necessário acautelar o impacto que uma PPP pode acarretar para todo o sector privado.

Com efeito, frequentemente, a criação de uma PPP tem por consequência o aparecimento de um monopólio, nomeadamente quando está em causa uma concessão¹⁹. Sendo assim, a duração da PPP não deve exceder o período necessário à amortização dos investimentos e a uma remuneração razoável dos capitais investidos, de modo a não restringir ou limitar a livre concorrência.

Outro dos problemas sinalizados, em Portugal, com a execução de PPP's relacionou-se com a falta de planeamento orçamental que deu lugar ao agravamento da despesa pública

¹⁵ O que frequentemente potenciava a criação de “benefícios-sombra”, nomeadamente em novas contratações, para os parceiros privados, sem qualquer contrapartida para o Estado.

¹⁶ Cfr. Linhas de orientação do Tribunal de Contas sobre PPP's de 2008, documento disponível em www.tcontas.pt

¹⁷ A criação de uma PPP envolve ainda, à luz da atual lei Portuguesa, a intervenção de um conjunto amplo de comissões.

Assim, será necessário constituir uma equipa de projecto que desenvolve os trabalhos preparatórios necessários ao lançamento da parceira (cfr. artigo 10.º a 12.º). De forma subsequente, e após ter decorrido o procedimento pré-contratual prévio, será necessário constituir o júri do procedimento (cfr. artigo 17.º) bem como a eventual comissão de negociação (renegociação) (cfr. artigo 22.º).

¹⁸ Cfr. também o exemplo da África do Sul, com a Unit of the National Treasury.

¹⁹ Neste contexto coloca-se ainda um outro problema que se relaciona com o apuramento do custo efectivo do serviço prestado em situações de monopólio, que não iremos tratar aqui.

nos anos mais recentes.²⁰

Neste contexto, a Lei de Enquadramento do Orçamento do Estado foi alterada, passando a incluir uma norma que consagra a necessidade de as PPP's serem previamente avaliadas, incluindo a estimativa da sua incidência orçamental líquida.²¹

Discute-se, em Portugal, a possibilidade de a lei ir mais longe, limitando, em termos orçamentais, o recurso a PPP's na esteira do que resulta da lei brasileira, nos termos da qual apenas podem ser contratadas parcerias público-privadas quando a soma das despesas de carácter continuado derivadas do conjunto das parcerias já contratadas não tiver excedido, no ano anterior, 1% (um por cento) da receita corrente líquida do exercício, e as despesas anuais dos contratos vigentes, nos 10 (dez) anos subsequentes, não ultrapassem 1% (um por cento) da receita corrente líquida projetada para os respectivos exercícios.²² Esta discussão não está, por ora, encerrada a nível nacional.

Em termos concretos, existiam, em Portugal, no ano de 2013, trinta e cinco projectos considerado como parcerias público-privadas.²³

As trinta e cinco parcerias compreendiam vinte e duas, no sector rodoviário²⁴, duas no sector ferroviário, dez na área

²⁰ Cfr., a este propósito, o relatório da Direção-Geral do Tesouro e Finanças "*Parcerias público-privadas e concessões*", Agosto de 2012, disponível em www.dgtf.pt

²¹ Cfr. artigo 19.º, n.º 2 da Lei n.º 91/2001, de 20 de agosto, na versão resultante da Lei n.º 37/2013, de 14 de junho: "A avaliação da economia, da eficiência e da eficácia de programas com recurso a parcerias dos setores público e privado tomará como base um programa alternativo visando a obtenção dos mesmos objetivos com exclusão de financiamentos ou de exploração a cargo de entidades privadas, devendo incluir, sempre que possível, a estimativa da sua incidência orçamental líquida."

²² Cfr. artigo 22.º da Lei n.º 11.079.

²³ Cfr. a este propósito, o documento da Direção-Geral do Tesouro e Finanças "*PPP e concessões*", relatório 2012, disponível em www.dgtf.pt

²⁴ Em particular, no sector rodoviário os modelos de parceria escolhidos abrangem concessões que se dividem em:

i) Concessão tradicional com portagens reais;

ii) Concessões com modelo de disponibilidade, sendo estas segmentadas em:

a. Pagamento pelo Estado ao parceiro privado pela disponibilidade da via, recebendo este apenas o valor cobrado nas portagens;

da saúde e uma respeitante a um sistema interno de segurança e emergência do Estado Português.

As PPP que surgiram no sector rodoviário implicaram alguns litígios com o Estado, durante a fase de execução, em resultado de pedidos de reequilíbrio financeiro realizados pelo parceiro privado, relacionados fundamentalmente com atrasos nas expropriações da responsabilidade do Estado, com imposições ambientais que obrigaram a alterações de traçado ou a deficiente cálculo da matriz de risco de tráfego.

É de referir que as PPP celebradas em Portugal, envolvendo o sector rodoviário, possibilitaram a acumulação de ampla experiência neste domínio que tem sido replicada, por empresas portuguesa, noutros países, como os Estados Unidos da América ou o Brasil.

No sector ferroviário há, em Portugal, duas parcerias público-privadas:

- i) O Metro ao Sul do Tejo;
- ii) O eixo Ferroviário Norte-Sul (Fertagus):

A segunda parceria mencionada – Fertagus - é considerada um caso de sucesso. A procura de utentes excedeu as previsões e motivou a partilha de receitas (adicionais) obtidas entre o Estado e o parceiro privado, uma vez que tinham sido prevista no contrato uma cláusula *claw-back*.

No sector da saúde, as parceiras público-privadas traduziram-se em dois modelos:

- i) Parcerias envolvendo a construção, manutenção da infraestrutura e gestão do estabelecimento de saúde;
- ii) Projeto de construção e manutenção do edifício;

b.Pagamento pela infraestrutura com eventual dedução dos períodos de indisponibilidade da via;

c.Pagamento pela disponibilidade do sistema de cobrança;

iii)Subconcessões : neste cenário, o Estado recebe diretamente o valor cobrado pelas portagens, pagando ao concessionário o valor referente a:

a.Disponibilidade da via;

b.Serviço (indexado ao tráfego);

Pode, em síntese, afirmar-se que, em Portugal, a celebração e a efectivação de PPP's não foi isenta de engulhos. A informação assimétrica que inicialmente se verificava entre o Estado e o parceiro privado foi corrigida ao longo dos anos o que legitima a afirmação de que as PPP's alcançaram um relativo sucesso. Aprendeu-se com os erros e construíram-se infra-estruturas que, de outra forma, não teriam sido viabilizadas.

