

Data enia

REVISTA JURÍDICA DIGITAL

8 JUNHO 2018

A Data Venia é uma revista científico-jurídica em formato digital, tendo por objeto a publicação de doutrina, artigos, estudos, ensaios, teses, pareceres, crítica legislativa e jurisprudencial, apoiando igualmente os trabalhos de *legal research* e de *legal writing*, visando o aprofundamento do conhecimento técnico, a livre e fundamentada discussão de temas inéditos, a partilha de experiências, reflexões e/ou investigação.

As opiniões expressas são da exclusiva responsabilidade dos respectivos autores e não traduzem necessariamente a opinião dos demais autores da *Data Venia* nem da sua administração.

A citação, transcrição ou reprodução dos conteúdos desta revista estão sujeitas ao Código de Direito de Autor e Direitos Conexos.

É proibida a reprodução ou compilação de conteúdos para fins comerciais ou publicitários, sem a expressa e prévia autorização da Administração da Data Venia e dos respectivos Autores

índice

- DIREITO E PROCESSO CIVIL
- 005** *O ónus de prova na responsabilidade civil médica*
Luís Filipe Pires de Sousa, Juiz Desembargador
- CONTRATAÇÃO PÚBLICA
- 025** *A alocação dos riscos nas parcerias público-privadas*
Vitor Hugo Soares Dias, Advogado Estagiário
- DIREITO DOS TRANSPORTES
- 157** *Regulamento (CE) n.º 261/2014 – Direitos dos passageiros de transporte aéreo*
Renato Grazina, Juiz de Direito
- ORGANIZAÇÃO JUDICIÁRIA
- 195** *As competências do Juiz Presidente do Tribunal de Comarca*
Luís Miguel Vaz da Fonseca Martins, Juiz de Direito
- DIREITO JUDICIÁRIO CONSTITUCIONAL
- 225** *A natureza constitucional dos Julgados de Paz*
Joel Timóteo Ramos Pereira, Juiz de Direito
- PROCESSO CONSTITUCIONAL
- 289** *“Ontogenia” da fiscalização abstrata sucessiva*
Angelina Teixeira, Advogada
- DIREITO DA NACIONALIDADE
- 307** *As alterações de 2015 e 2017 ao regime jurídico da nacionalidade portuguesa*
António Manuel A.F.X. Beirão, Procurador da República
- DIREITO COMERCIAL E DAS EMPRESAS
- 343** *Contrato de consórcio*
Hugo da Silva Tavares, Advogado
- DIREITO COMERCIAL E DAS EMPRESAS
- 365** *Responsabilidade pelo pagamento das prestações de condomínio*
Filipa Moreira Azevedo, Advogada
- RESPONSABILIDADE CIVIL
- 389** *O outro lado do bilhete do espetáculo*
Angelina Teixeira, Advogada
- DIREITO DAS CONTRAORDENAÇÕES
- 413** *(In)observância dos requisitos da decisão que aplica a coima*
Filipa Moreira Azevedo, Advogada
- CONTRATAÇÃO PÚBLICA
- 431** *Gestor do contrato: uma mão cheia de deveres*
Angelina Teixeira, Advogada

A alocação dos riscos nas parcerias público-privadas (*)

Vítor Hugo Soares Dias

Advogado-Estagiário

Resumo: Este estudo propôs-se analisar o conceito, as diferentes modalidades de parcerias público-privadas e a sua função como instrumento de governação pública da economia, baseando-se na síntese entre os diferentes objectivos prosseguidos pelos sectores público e privado. Em particular, este trabalho foca-se no papel desempenhado pela alocação dos riscos na prossecução de ganhos de valor, quando comparada a abordagem PPP com a contratação pública tradicional.

Palavras-chave: parcerias público-privadas – contratação pública – concessões - “*Value for Money*” – alocação dos riscos – infra-estruturas

Abstract: This study aimed to analyze the concept, the different forms of public-private partnerships and its role as an instrument of public governance of the economy, based on the synthesis between the different objectives pursued by public and private sectors. In particular, this work focuses on the role of risk allocation in pursuit of Value for Money when compared the PPP approach with traditional procurement.

Key-words: public-private partnerships – public procurement – concessions - *Value for Money* – risk allocation - infrastructures

Capítulo I. As parcerias público-privadas, em geral

1.1. Enquadramento histórico

A génese das parcerias público-privadas (PPP) remonta ao início da década de 90, no Reino Unido, num quadro político-económico de restrições orçamentais e redução da dívida pública sob o governo conservador de John

(*) Dissertação de Mestrado. Mestrado em Ciências Jurídico-Financeiras; Especialidade: Parcerias Público-Privadas. Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, janeiro de 2014.

Major¹². No seguimento das políticas de desregulação dos mercados e privatização do sector estatal empreendidas por Margaret Thatcher, a participação de parceiros privados na construção de infra-estruturas e prestação de serviços tradicionalmente prestados por entidades públicas era entendida, não só como uma forma de captação de financiamento privado, mas também como um modo de chamar à Administração a suposta maior eficiência inerente à gestão privada. Porém a contenção orçamental, ainda que naquele contexto condição “*sine qua non*” ao equilíbrio das contas públicas, constatando-se a incapacidade do estado britânico em aumentar a receita fiscal, não se coadunava com a necessidade crescente de investimentos públicos.

Consequentemente, é lançada pelo governo de John Major, em novembro de 1992, a “*Private Finance Initiative*” (PFI), como resposta à redução do investimento público gerada pela “*Quarta-Feira Negra*” e à queda abrupta da bolsa de Londres, associados ao abandono do Sistema Monetário Europeu. Este

¹ Relativamente a antecedentes históricos das parcerias público-privadas, refere PAUL LIGNIERES, “*Partenariats Public-Privés*”, Litec, Paris, 2000, p. 5, que na Antiguidade Clássica Romana os sectores públicos e privados estabeleciam formas de cooperação através de regimes de concessão de infra-estruturas públicas, como portos e mercados. Refere-se NAZARÉ COSTA CABRAL, “*Parcerias Público-Privadas*”, Cadernos IDEFF, nº 9, Almedina, Coimbra, 2009, pp.11 e ss., ao sector da construção de estradas, no Reino Unido, e às concessões de obras públicas, em França. Remonta a 1663 a primeira “*turnpike*” no Reino Unido: tratava-se de um modelo de estradas com portagem total ou parcialmente pagas pelo utilizador, numa lógica precursora da actual figura do utilizador-pagador de infra-estruturas ou serviços. Em França, surgiram as primeiras concessões de obras públicas de pontes e canais (como veremos, bastante próximas da caracterização e abordagem PPP) no século XVII, através das quais era dada a possibilidade aos privados de assegurarem a provisão de serviços públicos durante um determinado período de tempo (“*franchise*”).

² Até 1989, a política orçamental britânica restringia o recurso ao financiamento privado na construção de infra-estruturas como medida de controlo das contas públicas. Este entendimento surgiu da chamada “*Ryrie Rules*” de 1981. De acordo com MARIA EDUARDA AZEVEDO, “*As Parcerias Público-Privadas: instrumento de uma nova governação pública*”, Almedina, Coimbra, 2009, p. 125, as regras de RYRIE estabeleciam, em primeiro lugar, que os projectos financiáveis com recurso a capital privado tinham de ser testados, tendo como comparação o modelo de financiamento público tradicional, devendo a iniciativa mostrar “*Value for Money*”; em segundo lugar, os fundos privados não representavam um investimento adicional, traduzindo-se numa redução do investimento público, deduzido o montante do financiamento privado (princípio da não-adicionalidade). A este propósito, veja-se YESCOMBE, “*Public-Private Partnerships: principles of policy and finance*”, Butterworth-Heinemann, Burlington, 2007, p. 33.

programa governamental permite a gestão e modernização de infra-estruturas, com recurso ao conhecimento técnico e financiamento privados, através de modalidades concessórias e alternativas de financiamento, como o “*Project Finance*” e a emissão de “*Project Bonds*” nos mercados de capitais. Desta forma, a PFI vai além da privatização dado que introduz na prática contratual da Administração não a mera venda de bens públicos, mas tanto a aquisição de prestação de serviços, como o recurso aos capitais privados. As linhas de orientação desta nova abordagem, como veremos, baseiam-se no estabelecimento de parcerias entre o sector público e os parceiros privados, que pressuponham uma eficiente alocação do risco, nomeadamente através da sua transferência para o sector privado, assegurando “*Value for Money*” na utilização dos recursos públicos.

Em 1993, é constituído o “*Private Finance Panel*”: uma comissão composta por representantes dos sectores público e privado, que tinha como principais objectivos promover a participação dos agentes económicos no programa governamental PFI e identificar novas áreas de envolvimento dos parceiros privados no sector público³.

Com a ascensão do partido trabalhista ao governo britânico, a partir de 1997, surgiu um processo de reforma e modernização da Administração Pública assente num compromisso de estabilidade orçamental e investimento público. O governo promoveu a associação de recursos dos sectores privado e público, sendo que o financiamento privado constituiria um complemento do investimento público e não um seu sucedâneo⁴. Num contexto de uma política de

³ No referente à génese da “*private finance initiative*” e criação do “*private finance panel*”, GRAHAME ALLEN, “*The Private Finance Initiative (PFI)*”, Research Paper 01/117, House of Commons Library, Londres, 2001, pp. 13-15.

⁴ A este propósito, MARIA EDUARDA AZEVEDO, “*Temas de Direito da Economia*”, Almedina, Coimbra, 2013, pp. 259 e ss. nota que a subida ao poder do “*New Labour*” de Tony Blair afirmou a PFI em novos moldes, relançando a iniciativa num contexto de uma nova agenda política. O foco da PFI, como resultado da primeira avaliação da Comissão Bates, deixa de residir no recurso ao financiamento privado para se centrar na figura da parceria entre sectores público e privado, assumindo a prossecução da satisfação das necessidades colectivas. Uma das consequências da Comissão Bates foi a criação de uma “*taskforce*” no Ministério das Finanças (“*HM TREASURY*”) com o intuito de melhorar a técnica PFI. Assim, um dos primeiros documentos a ser publicados

modernização de infra-estruturas, o recurso ao modelo PFI foi incentivado e afirmou-se como alternativa inovadora à contratação pública tradicional. Mesmo atendendo à precedência do modelo de concessão, que nunca desapareceu da actividade contratual da Administração na Europa continental, relativamente à nova modalidade PFI, esta não se confunde com a anterior, na medida em que os contraentes privados disponibilizam as infra-estruturas à própria Administração que assegura a remuneração do contraente privado através de pagamentos regulares durante a vigência do contrato de parceria⁵.

A prática PFI/PPP britânica tornou o Reino Unido uma referência incontornável no respeito à aplicação deste modelo alternativo de contratação noutros países. Sem prejuízo, também em França existe uma longa experiência de formas de cooperação entre sector público e sector privado, especialmente no domínio da concessão de infra-estruturas públicas. Uma das formas mais utilizadas é o “*franchise*” que, tratando-se de uma das modalidades contratuais de concessão, que se caracteriza pelo parceiro privado explorar uma infra-estrutura construída previamente pela Administração, sem o recurso a capitais privados. Assim, tradicionalmente não se considera um modelo PFI/PPP dado que não envolve a construção de qualquer equipamento, somente a sua exploração. Outra forma de contratualização entre privados e o sector público francês é o contrato de “*affermage*” que pressupõe a exploração e manutenção da infra-estrutura pelo parceiro privado, mas desta vez assumindo também o risco da procura (*demand*

por este comité (“*Standardisation of PFI Contracts*”) teve como objecto a definição de requisitos comuns a contratos PFI/PPP. Mais tarde, no ano 2000, no seguimento da segunda avaliação Bates, a “*Treasury Taskforce*” cedeu lugar à “*Partnerships UK*”, como vínculo entre sectores privado e público. A abordagem PFI/PPP foi reformulada com a publicação do documento “*Public Private Partnerships- The Governments Approach*”, no qual era veiculada a natureza horizontal do modelo, transversal aos diferentes sectores do Estado.

⁵ Como afirma PEDRO SIZA VIEIRA, “O Código dos Contratos Públicos e as parcerias público-privadas”, *Estudos de Contratação Pública*, Coimbra Editora, 2008, pp. 485, nem mesmo quando sob o modelo PFI a infraestrutura era disponibilizada ao público se confundia a prática PFI com a figura da concessão tradicional na medida em que a remuneração do parceiro privado era assegurada pela Administração (por exemplo, no caso das infra-estruturas rodoviárias em regime de “*shadow toll*” ou portagens virtuais, em que o ente público paga uma remuneração determinada em função do número de utentes - o caso paradigmático no universo nacional das concessões sem cobrança de portagem ao utilizador ou SCUT).

risk - como veremos, um dos tipos de risco geridos pelo contraente privado através da abordagem PFI/PPP) e o cumprimento de objectivos de performance estabelecidos pelo ente público⁶. Apesar de alguns aspectos em comum com os contratos de “*franchise*” e “*affermage*”, somente em 2002 o governo francês adoptou o modelo PPP para a construção de infra-estruturas na área da saúde e estabelecimentos prisionais; após indefinição quanto à moldura jurídica a adoptar, em 2004 foi aprovada legislação para acolher o “*contrat de partenariat public-privés*”, com o objectivo de superar o atraso na implementação desta forma de contratualização em relação a outros ordenamentos, instituindo um modelo singular entre a contratação pública tradicional e a delegação de serviço público⁷.

1.2. Conceito e caracterização das PPP's.

Numa acepção ampla, “*parceria público-privada*” pode ser definida como todas as formas de colaboração entre a Administração e o sector privado que integrassem a forma de uma economia concertada⁸. Não é, no entanto, este conceito que aqui nos interessa: é antes a identificação das PPP's como um modelo de contratualização entre o sector público e privado, em que o primeiro delega no segundo a responsabilidade de financiamento, execução, manutenção ou prestação de uma infra-estrutura ou serviço público, no quadro de um contrato duradouro.

Em termos gerais, novamente, a palavra “*parceria*” significa um esforço de colaboração entre partes de forma a atingir objectivos acordados. No entanto,

⁶ E.R.YESCOMBE, “*Public Private...*”, pp, 43 e ss.

⁷ MARIA EDUARDA AZEVEDO, *Parcerias Público-Privadas: instrumento de uma nova governação pública*, Almedina, Coimbra, 2008, pp.139 e ss. refere que o “*contrat du partenariat*” configura um novo tipo de contrato ao qual o recurso depende da verificação de duas condições cumulativas: a urgência e complexidade dos projectos e a comparação entre a solução em parceria e a contratação pública tradicional em termos de ganhos de valor e alocação do risco (exigência inspirada no comparador do sector público ou “*public sector comparator*”).

⁸ EDUARDO PAZ FERREIRA/MARTA REBELO, “O novo regime das parcerias público-privadas em Portugal”, in *Manual Prático de Parcerias Público-Privadas*, IDEFF, Lisboa, 2004, p. 7.

uma parceria envolvendo o sector público e o sector privado deve ser cuidadosamente estruturada dado que cada um dos intervenientes tem diferentes sistemas de valores: existe uma tensão entre o objectivo de maximização do lucro por parte dos privados e a prossecução do interesse público por parte da Administração, através de uma disponibilização de serviços e bens, derivados de uma contratualização que represente “*Value for Money*”⁹¹⁰.

A expressão “*parceria público-privada*” é originária dos Estados Unidos, nos meados do séc. XX, para englobar o financiamento privado no sector da educação, sendo que, posteriormente, na década de 60, estendeu-se o uso da expressão a outras formas de colaboração noutros serviços públicos e à constituição de “*joint ventures*”, na área da renovação urbanística. É, portanto, uma ideia, ainda que com antecedentes em outras formas contratuais, relativamente recente. No Reino Unido, com a chegada do partido trabalhista ao poder, em 1997, a expressão “*public-private partnership*”¹¹ substituiu a antiga “*private finance initiative*”, esta última com uma conotação conservadora própria do contexto histórico em que surgiu¹².

Trata-se de uma alternativa à contratação pública tradicional, em que o sector público financia a construção de infra-estruturas através da receita fiscal ou emissão de dívida pública. A Administração, neste caso, é responsável pelo “*design*” do equipamento e contrata a sua construção com um parceiro privado, remunerando-o por isso. O encargo financeiro corre totalmente por conta do

⁹ H. ROBINSON/P. CARRILLO/C.J.ANUMBA/M. PATEL, “*Governance and Knowledge Management for Public-Private Partnerships*”, Wiley Blackwell, Oxford, 2010, p. 4.

¹⁰ Sem prejuízo de abordar mais aprofundadamente a noção, H.R. YESCOMBE, “*Public-Private...*”, p. 349, define *value for money* como o cálculo de uma combinação de transferências de risco, custos globais do projecto e serviços prestados pela infra-estrutura, como base decisória no sentido de atingir ganhos de valor para a Administração.

¹¹ A Comunicação da Comissão relativa ao financiamento de projectos da Rede Europeia de Transportes, COM (97) 453, da iniciativa do Comissário NEIL KINNOCK, foi a primeira publicação a referir o termo “*parceria público-privada*”, na vertente do financiamento partilhado dos projectos pelo sector público e privado.

¹² Veja-se PAUL LIGNIERES, “*Partenariat...*”, pp. 2-3. Novamente, E.R. YESCOMBE, “*Public-Private...*”, pp. 2-3.

ente público, incluindo o risco de derrapagens nos custos e o risco de exploração, notando que o parceiro privado não assume responsabilidade pela performance a longo prazo do equipamento. Como refere ANTÓNIO FIGUEIREDO POMBEIRO, na contratação pública tradicional o sector público paga pela aquisição, produção, construção, manutenção e desenvolvimento de todos os activos e meios técnicos e/ou humanos do serviço cujo provimento lhe cabe assegurar. Nesta modalidade de contratação, as aquisições são feitas segundo especificações que incidem não apenas naquilo que se quer ver produzido, construído ou fornecido, mas igualmente no “como “deverá ser produzido, construído ou fornecido, na técnica a utilizar e nos materiais que deverão ser aplicados. Se, nas palavras do mesmo autor, o “*procurement*” tradicional se identifica com a simples aquisição dos bens ou serviços, sem qualquer co-responsabilidade do fornecedor, produtor ou prestador pela economia, eficiência, eficácia e impacto do empreendimento na satisfação da necessidade pública, já na contratação sob modelo PPP não se verifica o mesmo¹³. Neste caso, envolve a provisão de serviços ao sector público, pelo sector privado, com parâmetros de eficiência, qualidade, disponibilidade e níveis de serviços e utilização previamente definidos, sendo que a remuneração é variável em função do grau de realização desses parâmetros. É total a co-responsabilização do fornecedor, produtor ou gestor no sucesso do empreendimento por toda a vida do contrato: o parceiro privado responde directamente pela economia, eficiência, eficácia e impacto do projecto, partilhando o risco do empreendimento com o sector público.¹⁴

¹³ EDUARDO PAZ FERREIRA, “*Ensinar Finanças Públicas numa Faculdade de Direito*”, Almedina, Coimbra, 2005, p. 239, insere os modelos de parcerias público-privadas experimentadas em Portugal num quadro de “fórmula intermédia”, entre soluções como o “*contracting out*” ou a entrega da gestão de serviços públicos a entidades privadas (situação em que não há transferência de riscos para os privados) e a das privatizações, através das quais se transfere o risco e a própria propriedade para os privados.

¹⁴ ANTÓNIO A. FIGUEIREDO B. POMBEIRO, “*As PPP/PFI: as Parcerias Público-Privadas e sua auditoria*”, Áreas Editora, Lisboa, 2003, pp. 44 e ss. DARRIN GRIMSEY, MERVYN K. LEWIS, “*Public Private Partnerships and Public Procurement*”, Agenda, vol. 14, nº 2, 2007, pp. 171 e ss, realçam que, mesmo no domínio da contratação pública tradicional, o envolvimento do sector privado na realização de infra-estruturas, na provisão da manutenção ou gestão dos serviços é desde sempre uma realidade. Com efeito, a Administração pode contratar a concepção e construção de uma infra-estrutura com uma entidade privada, de acordo com as respectivas

Num contrato PPP, o ente público especifica os requisitos em termos de “*outputs*”, ou seja, especifica o interesse público subjacente à infra-estrutura, o que se pretende com a sua construção, em preterimento de especificar os meios com que se pode atingir esse fim. Desta forma, são alocadas ao parceiro privado, sob autonomia técnica, as tarefas de desenhar, financiar, construir e explorar a infra-estrutura, de modo a cumprir os “*outputs*” definidos pela Administração no contrato sob modalidade PPP.

Distinguem-se as parcerias público-privadas de outras formas de relacionamento económico entre os sectores públicos e privados, quer seja a privatização ou a liberalização. Segundo PAUL LIGNIERES, a privatização é a transferência parcial ou integral de acções, activos ou actividades do sector público para o sector privado e a liberalização de um sector da economia consiste na supressão de monopólios legais, através da abolição de barreira jurídicas à introdução de novos agentes económicos que promovam a concorrência. Com efeito, segundo o mesmo autor, se o Estado privatiza ou liberaliza determinado sector económico, retira-se das funções de agente, afastando a intervenção directa na economia, para operar segundo princípios de mera regulação. Como se constata, não há um pressuposto directo de parceria público-privada na privatização e na liberalização, dado que o Estado não contratualiza nenhum

especificações contratuais (sob a modelo de contratação pública tradicional essas especificações poderão ser consideradas requisitos ao nível de “*inputs*”). Porém, depois do momento de concepção e construção, o sector público assume responsabilidade pela exploração e manutenção do activo, ressaltando-se, contudo, a possibilidade de novamente recorrer ao envolvimento do sector privado através de contratos de “*outsourcing*” de tais actividades. Assinalam os autores que um dos principais elementos que diferencia o contrato PPP da contratação pública tradicional é o “*bundling*” contratual, que se traduz no facto de as diferentes actividades estarem reguladas sob um contrato único ou uma união de contratos celebrados com uma sociedade privada constituída “*ad hoc*” (“*special purpose vehicle*”). No respeitante à união de contratos, trata-se de uma teia de relações contratuais (construção, exploração, manutenção, etc.) que, a nosso ver, se reconduz à caracterização de JOÃO DE MATOS ANTUNES VARELA, “*Das Obrigações em geral*”, vol. I, Almedina, Comibra, 2000, pp. 282 e ss, quando escreve “*Trata-se de dois ou mais contratos que, sem perda da sua individualidade, se acham ligados entre si por certo nex. (...) sucede que os contratos, mantendo embora a sua individualidade, estão ligados entre si, segundo a intenção dos contraentes, por um nex funcional que influi na respectiva disciplina.*”

modelo de cooperação através da regulação de sectores da economia¹⁵. Não obstante, tais operações podem ter similitudes com o modelo PFI/PPP e ter como corolário, subsequentemente, a celebração de contratos abrangidos sob o conceito amplo de parceria público-privada. Num processo de privatização a escolha do parceiro privado e o processo de transacção de activos públicos decorre de forma algo análoga à escolha de um parceiro privado num contrato de parceria. Sem prejuízo da posição de PAUL LIGNIERES (dado que distingue parceria público-privada de privatização em sentido restrito), PAZ FERREIRA, chamando à colação uma acepção ampla do conceito de privatização, enquanto fenómeno que se identifica com todas as formas de redução do universo público em benefício do privado, inclui tipos contratuais entre o sector público e o sector privado, que se configuram como sendo abrangidos pelo instituto PPP (refere o autor a concessão de obras públicas e a concessão de serviços públicos)¹⁶.

DARRIN GRIMSEY/MERVYN K. LEWIS, a propósito da distinção entre PPP e privatização, assinalam que, quando um activo público é privatizado, a entidade privada assume a provisão do serviço. Não obstante, a Administração não é

¹⁵ A este propósito, refira-se que H.R.YESCOMBE, *“Public-Private...”*, p. 16, defende que o fenómeno das parcerias público-privadas deve ser entendido num contexto de reforma do sector público britânico, conhecido como *“New Public Management”*. Esta política da Administração encoraja a descentralização do governo, a separação da responsabilidade pela aquisição de serviços públicos da responsabilidade pela sua provisão, requisitos contratuais centrados no *“output”* e performance, *“contracting-out”* de serviços públicos para o sector privado e privatizações. Os pressupostos económicos subjacentes ao *“New Public Management”* remontam à década de 80 e sufragavam um Estado menor e a introdução de agentes privados no sector público, como forma de promover a eficiência dos serviços e a concorrência, o que provisionaria melhor bens e serviços a mais baixo custo e ganhos de valor para os cidadãos. Quanto ao assunto, refira-se NAZARÉ COSTA CABRAL, *“As Parcerias...”*, pp. 34-37, que insere as parcerias público-privadas no enquadramento da reforma da gestão pública, corolário da afirmação do liberalismo conservador *“thatcheriano”*, marcado, nas ilustrativas palavras da autora, pela *“tríade privatização/liberalização/desregulamentação”* da economia. O movimento concretiza uma reorganização administrativa baseada na ideia de gestão profissional da Administração, a introdução de uma cultura de performance e gestão por objectivos, a fragmentação das grandes unidades administrativas e o princípio, transversal a todos os sectores, de *“fazer mais com menos dinheiro”* – *“Value for Money”*.

¹⁶ EDUARDO PAZ FERREIRA, *“Lições de Direito da Economia”*, AAFDL, Lisboa 2001, pp. 384 e ss.

indiferente à qualidade dos serviços provisionados pela entidade recém-privatizada. Ressalvando a hipótese de a entidade privatizada constituir um monopólio natural, no plano do mercado de produtos ou serviços, os privados estão sujeitos à concorrência de outros agentes económicos, bem como, no aspecto do financiamento, sujeitos aos mercados de capitais. Ainda assim, no caso da existência de um monopólio natural, a Administração pode aprovar regulação que incida sobre o sector de actividade económica em que a entidade opere, o que configura um factor de certa forma distintivo entre privatização e a modalidade PPP: o tipo de “intervenção económica” estatal no quadro das parcerias advém, primordialmente, de especificações contratuais detalhadas sobre a performance dos serviços provisionados ou requisitos de “*outputs*”. Nas palavras dos autores, trata-se de uma “*regulação pelo contrato*”¹⁷.

Relativamente à liberalização de sectores da actividade económica, a remoção de obstáculos jurídicos à entrada de novos agentes no mercado pode dar lugar a formas contratuais entre sector público e privado, sob modelo de parceria, nomeadamente contratos de concessão, em particular no sector da energia e transportes ferroviários¹⁸.

Torna-se complexo definir em sentido estrito parceria público-privada atendendo ao grau à amplitude e abrangência do conceito. Como refere MARIA EDUARDA AZEVEDO, as PPP's, ainda que difundidas em diversos ordenamentos, não oferecem “*um conceito jurídico único e universal, tanto no plano dos Estados, como das Organizações Internacionais, capaz de configurar esta forma peculiar de colaboração entre universos público e privado*”¹⁹. Na posição da mesma autora, as parcerias integram uma abordagem de direito da economia (ainda que, para

¹⁷ DARRIN GRIMSEY, MERVIN K. LEWIS, “*Public Private Partnerships, The World Revolution in Infrastructure*

Provision and Project Finance”, Edward Elgar, Cheltenham, UK, Northampton, MA, USA, 2004, p. 55.

¹⁸ PAUL LIGNIERES, “*Partenariat...*”, p. 3. Nota o autor que, pelo contrário, o sector bancário é aquele em que operações de privatização ou liberalização nunca promovem a celebração de contratos PPP.

¹⁹ MARIA EDUARDA AZEVEDO, “*Temas...*”, p. 243.

alguma doutrina, as PPP não representem sequer objecto de direito, enveredando por um entendimento na linha do “*Private Finance Panel*” britânico, em que a PFI tinha como princípio subjacente “*make deals, not rules*”); por outro lado também não integram o ramo do direito dos negócios, visto que este tem como objecto a actividade comercial das empresas, num plano estritamente microeconómico.

As parcerias público-privadas concretizam-se em diversos tipos, logo a construção de uma definição universal e consensual aplicável ao modelo revela-se complexa. De facto, as PPP’s assumem um leque variado de modalidades contratuais e molduras jurídicas²⁰. Ainda assim podemos afirmar que o modelo típico de PPP se configura num contrato entre o sector público e o sector privado (uma empresa ou um “*special purpose vehicle*”²¹), no qual a Administração se compromete a remunerar a contraparte pela provisão de uma infra-estrutura ou serviço, durante um período duradouro pré-especificado no contrato de parceria, assumindo o privado a responsabilidade do financiamento e provisão do serviço e correndo os riscos associados a essa actividade por sua conta. Um modelo alternativo, tratado por vezes como PPP, é aquele no qual o ente público concessionaria determinada infra-estrutura ao parceiro privado, ficando este acometido à provisão dos serviços associados. Finalmente, podemos

²⁰ Sobre as modalidades e aspectos económicos dos contratos de parceria, leia-se TIMO VALILA, “How expensive are cost savings? On the economics of public-private partnerships”, in *European Investment Bank Papers*, 2005, pp. 98-99. O autor refere que no limite poderia existir uma modalidade de parceria com uma base DBDFOMOT (“*design, build, finance, operate, maintain, own and transfer*”). Normalmente, porém, o privado assume a responsabilidade e risco numa base “*design, build, finance, operate*” (DBFO).

²¹ Sobre a caracterização de *special purpose vehicle*, veja-se novamente H.R.YESCOMBE, “Public...”, pp.108-109, que nos diz : “ *the project company lies at the centre of all the contractual and financial relationships. Where project finance is being used, these relationships have to be contained inside a separate box, known as SPV(...) the project company as an SPV cannot carry out any other business that is not part of the project (...) it ensures that the business of the project company is not affected by problems with any other unrelated businesses*”. NAZARÉ COSTA CABRAL, “Parcerias...” p. 94, a propósito do “*special purpose vehicle*” na estrutura do contrato PPP, refere que no desenvolvimento da operação é comum a criação de uma sociedade instrumental, para cujo capital social contribuem as empresas promotoras do empreendimento em causa, cuja função é gerir o projecto, sendo que em caso de incumprimento, apenas poderão ser executados os capitais próprios dessa sociedade constituída de forma “*ad hoc*”.

constatar casos de “*joint-ventures*”²², caracterizados por uma relação associativa entre o parceiro público e o parceiro privado, que asseguram a provisão de serviços públicos; as denominadas parcerias institucionalizadas.

No plano comunitário, o *Livro Verde da Comissão Europeia sobre as parcerias público-privadas e o direito comunitário em matéria de concessões de contratos públicos e concessões*, de 2004, no seguimento do entendimento generalizado da doutrina, opta por colocar a ênfase na caracterização do modelo de parceria, preterindo uma definição cabal e contundente que, em todo o caso, não se coadunaria com a flexibilidade e carácter fragmentado da figura. Ainda assim, avança que “*é uma expressão que em geral se refere a formas de cooperação entre as autoridades públicas e as empresas, tendo por objectivo assegurar o financiamento, a construção, a renovação, a gestão ou a manutenção de um infra-estrutura ou prestação de serviço*”²³.

O documento reúne um conjunto de características típicas: a duração relativamente longa da relação, que se traduz numa cooperação entre o parceiro público e o parceiro privado nas diversas fases do contrato de parceria; o financiamento assegurado em parte pelo parceiro privado através de “complexas montagens financeiras” envolvendo diversos intervenientes - *project finance*²⁴, aos

²² Nas palavras de H.R. YESCOMBE, “*Public-Private...*”, p. 342 : “*joint-venture PPP is a PPP in which the public authority is a shareholder in the project company, along with private sector investors*”.

²³ COMISSÃO EUROPEIA, *Livro Verde sobre as parcerias público-privadas e o direito comunitário em matéria de contratos públicos e concessões*, COM(2004) 327, Bruxelas, 2004, pp. 3 e ss.

²⁴ Adiante será abordado o tema do financiamento de projectos mais detalhadamente, nomeadamente no respeitante ao risco financeiro e respectiva alocação; não deixamos, no entanto, de avançar com uma definição geral de “*project finance*”: “*an arrangement in which the money or loans put up for a particular project are secured on that project, rather than forming part of the general borrowing of the company concerned. In case of default, the lender has no recourse to the other assets of the company*”, no seguimento de OXFORD UNIVERSITY, “*Dictionary of Finance and Banking*”, Oxford University Press, 2008. PAUL LIGNIERES, “*Partenariat...*”, define “*project finance*” como um tipo de financiamento adaptado a um projecto específico e às suas características próprias, contrapondo-o ao “*corporate finance*”. Mais especificamente direccionado ao contexto PPP, EDUARDO PAZ FERREIRA, “*Manual...*”, pp. 8 e ss, reconduz a noção de “*project finance*” a uma modalidade de financiamento garantida pelas receitas, activos e direitos de concessão de um projecto específico, baseando-a na atractividade de um dado projecto

quais podem adicionados financiamentos públicos; a participação do parceiro privado, participa em diferentes fases do projecto (concepção, construção, exploração, financiamento), sendo que o papel predominante da Administração é a definição dos fins da infra-estrutura ou o interesse público prosseguido através da provisão do serviço, ou seja, estipula requisitos no domínio da performance e qualidade dos serviços públicos; a distribuição dos riscos entre as partes, sendo que, se na moldura contratual tradicional os riscos são suportados pelo sector público, sob o contrato de parceria os riscos são suportados pelas partes em função da sua capacidade de os avaliar, controlar e gerir²⁵.

Quanto ao tratamento dado pelo legislador nacional à figura das parcerias, sob a aprovação do Decreto-Lei nº 86/2003, de 26 de Abril, surge de forma inovadora um instrumento normativo totalmente dedicado à regulação deste tipo de modalidade alternativa de contratação pública.²⁶ Dado que o que nos interessa neste ponto é a florar as várias definições e caracterizações de PPP, não propriamente o regime aplicável, assinala-se que o legislador nacional adoptou uma orientação metodológica que, em última instância, responde às preocupações de diversos autores e instituições sobre os inconvenientes de uma legislação e definição legal demasiado limitadoras de uma abordagem, cuja essência se constitui de elementos flexibilizantes e maleáveis. Adota assim uma noção ampla de PPP²⁷, convocando essencialmente dois elementos dignos de

(capacidade de o projecto gerar receita que garanta o pagamento e remuneração do capital investido), e não na análise de crédito da entidade privada, como sucede no “*corporate finance*”.

²⁵ A COM (2004) 327, p. 8, tinha como objectivo “*apresentar o alcance das regras comunitárias aplicáveis à fase de selecção do parceiro privado e à fase posterior, com o objectivo de detectar eventuais incertezas e de analisar se o quadro comunitário é adequado aos imperativos e características específicas das PPP*”. Note-se que a COMISSÃO EUROPEIA, já em 2000, tinha tomado uma iniciativa no âmbito do modelo PPP, no domínio dos contratos públicos (Comunicação interpretativa da Comissão sobre as concessões em direito comunitário - JO C 121, de 29 de abril de 2000).

²⁶ Tocaremos adiante, sob um prisma estritamente financeiro, o tratamento orçamental concedido ao instrumento PPP, pela Lei de Enquadramento Orçamental (Lei nº 91/2001, de 20 de agosto de 2001). Não obstante, refira-se que o artigo 16º, nº 2, deste diploma confere pela primeira vez cobertura legal à modalidade PPP.

²⁷ Artigo nº 2, nº 1, Decreto-Lei 86/2003. Define PPP como “*um 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*

nota: um de ordem metodológica, novamente, no tocante à clarificação da noção pela identificação de elementos nucleares²⁸; o segundo prende-se com a responsabilidade do parceiro privado, no todo ou em parte, pelo financiamento e exploração. Com a entrada em vigor do Decreto-Lei 111/2012, de 23 de Maio, o legislador, sem se afastar abruptamente do mesmo teor conceptual, torna, no entanto, a definição mais precisa, acrescentando a expressão “*mediante contrapartida*”, quando se refere à remuneração do contraente privado pelo “*desenvolvimento de uma actividade tendente à satisfação de uma necessidade colectiva*”; em segundo lugar, acrescentando também a expressão “*riscos associados*”, quando se refere à delegação do financiamento e exploração do activo no contraente privado, ou seja, faz uma referência explícita à transferência de riscos como pressuposto contratual das PPP.

Esta linha metodológica é acompanhada por diversos autores. E. R. YESCOMBE enumera um conjunto de elementos-chave na caracterização de PPP: um contrato de longa duração entre a Administração e o parceiro privado; o “*design*”, a construção, o financiamento e a exploração são assumidos pelo contraente privado; a remuneração do contraente privado advém de pagamentos regulares feitos pela Administração ou receita gerada pela utilização da infra-estrutura por utilizadores-pagadores²⁹; a infra-estrutura ou permanece na propriedade do estado ou reverte para este no final da vigência do contrato de parceria.

Como assinala MARIA EDUARDA AZEVEDO, as PPP's constituem um conceito polissémico, não existindo uma posição consensual sobre que definição do conceito adoptar. Na linha da mesma autora a busca dessa definição cabal

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”.

²⁸PEDRO SIZA VIEIRA, “*O Código...*”, pp.505 e ss.

²⁹ Exemplo paradigmático da modalidade de contrato de parceria com pagamentos regulares feitos pela Administração são os contratos de “*shadow toll*” ou portagem virtual, inspirados no PFI britânico, em particular nos contratos de “*design, build, finance and operate*” (DBFO): o contraente privado concebe, constrói, financia e explora a infra-estrutura e pode ser remunerado, não unicamente pelo utilizador, mas pela própria Administração.

acarreta o perigo da generalização e prejudica o carácter dinâmico e inovador da figura, considerando que a adopção de uma noção precisa constituiria um elemento necessariamente limitador³⁰. Logo, reforça a necessidade de colocar a questão da abordagem PPP em elementos-chave caracterizadores do modelo e nos objectivos que lhe subjazem.

Ainda assim, atendendo às considerações sobre a perigosidade de uma definição geral e universal, perfilha a autora a preferência por enquadrar o alcance da abordagem PPP numa perspectiva “*stricto sensu*”, em detrimento de uma perspectiva “*lato sensu*”. Se a segunda abrange todas as formas de colaboração entre empresas privadas e entidades públicas³¹, a perspectiva “*stricto sensu*” defendida pela autora engloba os seguintes elementos: associação duradoura entre sector público e privado, enquanto instrumento financeiro sob a forma contratual ou institucional; provisão de bens infra-estruturais e serviços públicos; recurso à capacidade de financiamento e gestão privadas³².

NAZARÉ COSTA CABRAL considera a construção, o financiamento e o funcionamento de uma infra-estrutura como elementos delimitativos relativamente a outros acordos entre Administração e contraentes privados que tenham como finalidade a prossecução do interesse público, integrantes ou não

³⁰ No mesmo sentido, considerando a abordagem PPP maleável, mas, desta vez, a propósito do Decreto-lei 86/2003 (definidor do regime geral PPP), EDUARDO PAZ FERREIRA, “*Ensinar...*”, p. 244, refere mesmo que seria preferível até omitir legislação genérica, em prol da manutenção da flexibilidade adjacente à figura, optando-se antes pela aprovação de diplomas legais específicos para cada operação.

³¹ Como aponta NAZARÉ COSTA CABRAL, “*As Parcerias...*”, p. 15, sendo uma parceria entre uma parte pública e privada, e salvaguardando que o parceiro privado pode assumir diversas formas societárias, como abordaremos adiante, a parte pública pode ser o Estado (Administração Central), podem ser outras entidade públicas de população e território (regiões, autarquias, etc.) e podem ser pessoas jurídicas autónomas integradas no Estado ou Administração Regional ou Local (institutos públicos e empresas públicas).

³² MARIA EDUARDA AZEVEDO, “*Parcerias Público-Privadas: instrumento...*”, pp. 330-331. Note-se que, como veremos, no seguimento do *Livro Verde da Comissão Europeia* (COM (2004) 327), a autora distingue parceria enquanto instrumento financeiro sob forma contratual e sob forma institucional, respectivamente, parcerias tendo como base relações contratuais e parcerias tendo como base relações associativas - noutras expressões “*joint ventures*” ou sociedades de capitais mistos.

dos conceitos de contratos públicos, contratos económicos³³ ou formas de subcontratação ou “*outsourcing*”.

ANTÓNIO FIGUEIREDO POMBEIRO entende por parceria público-privada uma qualquer forma estável e de longo prazo de associação empresarial (“*joint-ventures*”) ou relação contratual entre pelo menos uma entidade pública e outra privada, com a finalidade de provisionar necessidades públicas que devam ser asseguradas pela Administração Pública e por ela suportadas total ou parcialmente. Assinala ainda que existe uma dualidade entre a prossecução do lucro, por parte da entidade privada, e a prossecução de ganhos de “*Value for Money*” relativamente ao comparador do sector público ou “*public sector comparator*”, por parte da entidade pública. Outro elemento apontado pelo autor é o facto de os riscos e as funções de gestão serem partilhados, contra pagamentos, por dotações orçamentais públicas (variáveis em função do grau de realização dos objectivos, dos requisitos de disponibilidade, níveis de serviço oferecido e utilizados, contratualmente definidos pela entidade pública); e/ou contra a cobrança de tarifas aos utentes; e/ou contra a exploração acessória de activos ou mercados de domínio público em ordem à redução de encargos para os utentes ou para a Administração³⁴.

SANTOS/GONÇALVES/MARQUES associam PPP a 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 – com o objectivo de alcançar objectivos negociais específicos, através da maximização da eficácia dos recursos de ambas as partes³⁵.

³³ Sobre o contrato económico, leia-se LUÍS S. CABRAL DE MONCADA, “*Direito Económico*”, Almedina, Coimbra, 2012, pp. 621 e ss. Refere o autor que o contrato económico, como conceito que traduz a contratualização das relações entre a Administração e os particulares no domínio da intervenção administrativa na economia, é uma figura derivada do compromisso entre um Estado intervencionista que satisfaz as exigências, nas palavras do autor, “desenvolvimentistas” do texto constitucional e uma ordem económica liberal assente no reconhecimento da livre iniciativa privada.

³⁴ ANTÓNIO A. FIGUEIREDO B. POMBEIRO, “*As PPP/PFI...*” pp. 50 e 51.

³⁵ ANTÓNIO CARLOS DOS SANTOS, MARIA EDUARDA GONÇALVES, MARIA MANUEL LEITÃO MARQUES, “*Direito Económico*”, Almedina, Coimbra, 2006, p. 195.

DARRIN GRIMSEY/MERVYN K. LEWIS caracterizam parceria público-privada como uma forma de cooperação entre sectores privado e público, baseada na partilha de riscos, no quadro de um projecto de construção de infra-estruturas e provisão de serviços, com uma finalidade previamente acordada. Os autores apontam o emprego de recursos financeiros e conhecimentos técnicos do sector privado na prossecução de projectos tipicamente alocados ao sector público como uma das marcas essenciais do modelo PPP³⁶.

No plano institucional, o BANCO MUNDIAL adopta uma definição abrangente de parceria, pela via da caracterização da modalidade: um acordo entre a Administração e uma entidade privada, sob o qual a entidade privada se compromete a disponibilizar um activo, um serviço ou ambos, sendo remunerada por tal pela Administração³⁷.

Na mesma linha, o MINISTÉRIO DA FINANÇAS BRITÂNICO (“*HM TREASURY*”), define parceria público-privada como um acordo que conjuga o sector público e o sector privado numa parceria de longa duração, com vista à prossecução de benefícios mútuos³⁸.

A ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E O DESENVOLVIMENTO ECONÓMICO indica que ao conceito de parceria público-privado corresponde um acordo entre o sector público e um ou mais privados, nos quais se podem incluir, além do “*special purpose vehicle*”, as instituições financiadoras do projecto, através do qual o sector privado provisiona um serviço público, de tal forma que as finalidades da Administração e o objectivo de maximização do lucro do sector

³⁶ DARRIN GRIMSEY, MERVYN K. LEWIS, “*Public-Private Partnerships: The Worldwide...*”, pp. 59 e ss.

³⁷ THE WORLD BANK, “*Public-Private Partnerships Unit*”, Washington, 2007, p. 13. Justifica o Banco Mundial a adopção de uma definição tão geral, tanto pela necessidade de flexibilidade e adaptabilidade do modelo PPP às diferentes estratégias de “*public procurement*” de cada país, como por um imperativo de coerência com os diferentes ordenamentos jurídicos, no domínio da contratação pública.

³⁸ *HM TREASURY*, “*Public Private Partnerships: The Government’s Approach*”, Londres, 2000, p.10.

privado encontrem um alinhamento alicerçado numa eficiente alocação dos riscos entre os contraentes³⁹.

ROBINSON/CARRILLO/ANUMBA/PATEL apontam ainda como característica das parcerias o elemento concorrencial no procedimento de escolha do contraente privado⁴⁰. No entendimento de PAUL LIGNIERES, o elemento concorrencial nesta fase pré-contratual, no plano da utilização óptima dos recursos públicos, assegura mesmo a melhor utilização possível dos recursos financeiros e infra-estruturais do Estado: os bens e serviços contratados com o parceiro privado são escolhidos entre os projectos que demonstrem uma melhor relação qualidade-preço; o procedimento concorrencial garante também que os bens e serviços contratados ou os activos públicos são geridos pelo parceiro privado com melhor performance. Relativamente à aplicação do direito da concorrência entre sujeitos privados e Administração, o elemento concorrencial garante as mesmas oportunidades comerciais aos parceiros privados proponentes, traduzindo-se na proibição de favorecer certas empresas em detrimento de outras, nomeadamente por motivações políticas que se sobreponham a critérios estritamente económicos. A concretização do Mercado Único⁴¹ implica a abertura do mercado de contratação pública às empresas europeias, independentemente do estado-membro de origem de cada uma delas. Com efeito, entraves à contratação de infra-estruturas de bens e serviços com empresas de outros estados-membros são fundados, frequentemente, em considerações de ordem política. Por último, no seguimento de um

³⁹ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E O DESENVOLVIMENTO ECONÓMICO, “*Public-Private Partnerships: In Pursuit of Risk Sharing and Value for Money*”, 2008, p.17.

⁴⁰HERBERT ROBINSON, PATRICIA CARRILLO, CHIMAY J. ANUMBA, MANJU PATEL, “*Governance...*”, p. 5.

⁴¹ *Livro Verde sobre as Parcerias Público-Privadas e o Direito Comunitário em matéria de Contratos Públicos e Concessões* (COM (2004) 327). Importa e este propósito introduzir, sem prejuízo de voltar ao assunto adiante, a distinção comunitária entre PPP de modelo concessivo e PPP de modelo PFI: refere a COMISSÃO EUROPEIA, apontado para o conceito de concessão, que as primeiras se caracterizam pela “*relação directa entre o parceiro privado e o utente final*” e pelo modo de remuneração do co-contratante, que consiste em taxas cobradas aos utentes do serviço”, sendo que, no modelo PFI, a remuneração é assegurada pela Administração como compra de serviços ao parceiro privado.

entendimento largamente difundido, PAUL LIGNIERES escreve que, em matéria de contratação pública, procedimentos concorrenciais afastam o clientelismo estatal, promovendo a transparência no emprego dos dinheiros públicos⁴².

Outra característica das parcerias, desta vez apontada por ARMIN RIESS, é o mecanismo de incentivos, como aspecto económico da modalidade contratual, recompensado e penalizando em termos remuneratórios, respectivamente, a boa e a má performance do contraente privado na concretização das várias fases do projecto. Afirma-se que as PPP's são uma figura contratual “*performance based*”⁴³.

Um último elemento distintivo das parcerias é a figura do “*bundling*”. Como sublinha MARIA EDUARDA AZEVEDO, a contratação global consiste num “*bundling*”, uma associação da responsabilidade das diversas actividades inerentes às várias fases do projecto (quer seja concepção, construção, financiamento, exploração e gestão, conforme a modalidade contratual em causa) no parceiro privado, através de um único contrato ou de uma união de contratos (*vd. nota 14*)⁴⁴. Considerando aspectos económicos, a contratação das várias tarefas com a mesma entidade privada, geralmente um “*special purpose vehicle*” criado especificamente para o projecto, gera ganhos de eficiência porque, como apontam DARRIN GRIMSEY/MERVIN K. LEWIS, a estrutura de incentivos montada num contrato PPP está ligada ao “*bundling*” contratual das actividades: se a mesma entidade é responsável pela construção e a provisão de serviços, sendo unicamente remunerada com base em critérios de performance, é determinante para a entidade privada, na prossecução da maximização do lucro, construir a infra-estrutura sem erros e ao mais baixo custo, sem prejudicar a qualidade dos serviços prestados⁴⁵.

⁴² PAUL LIGNIERES, “*Partenariat...*”, Paris, 2000, pp. 159 e ss.

⁴³ Sobre o tema, ARMIN RIESS, “Is the PPP Model applicable across sectors?”, *European Investment Bank Papers*, vol. 2, 2005, pp. 11 e ss.

⁴⁴ MARIA EDUARDA AZEVEDO, “*Parcerias Público-Privadas: instrumento...*” p. 202.

⁴⁵ DARRIN GRIMSEY, MERVIN K. LEWIS, “*Public-Private Partnerships: The Worldwide...*”, pp. 129 e ss. No domínio da contratação pública tradicional, pelo contrário, o método é de “*unbundling*”: os contratos são celebrados com diferentes sujeitos, consoante as actividades e fases

Novamente, deparamo-nos com o elencar de pontos comuns, transversais aos vários tipos de contrato que a abordagem abrange. Contudo, independentemente das várias definições ou caracterizações, e dado se constatar que a figura da parceria não se reconduz a nenhuma figura contratual típica, podemos afirmar que a especificidade que constitui o núcleo de uma parceria público-privada, pese embora algo vaga e pouca distintiva de outras figuras contratuais, é a repartição de tarefas e riscos entre as partes, de modo a que se alcancem ganhos de eficiência, eficácia e economia na provisão do serviço público, com base num compromisso entre a maximização do lucro, por parte do parceiro privado, e a necessidade de regulação, por parte da Administração, assegurando-se “*Value for Money*”⁴⁶ na utilização dos recursos públicos.

1.3 Modalidades de PPP's. Os diferentes tipos contratuais.

Como já avançamos anteriormente, as parcerias público-privadas podem assumir diversas modalidades ou tipos contratuais. Não obstante configurarem um compromisso de longa duração entre um parceiro privado e o sector público, tendo como finalidade acordada a concepção, construção, gestão e funcionamento de uma infra-estrutura e/ou a provisão de um bem e serviço

do projecto em causa. Sem querer alinhar pela trivialidade, os autores comparam o método de “*unbundling*” contratual a alguém que, querendo construir uma casa, contrata separadamente as diversas tarefas, desde a canalização à carpintaria, assinalando que tal método acarreta custos de transacção elevados (note-se, contudo, que os elevados custos de transacção são comuns à contratualização PPP, dada a complexidade das molduras contratuais e do procedimento PPP em geral). Sobre o tema, TIMO VALILA, “*How expensive...*” pp 104 e ss.

⁴⁶Como trataremos adiante, aqui como nota introdutória, a transferência de riscos para o sector privado está intrinsecamente ligada à prossecução de “*Value for Money*”. Pelo menos na teoria, tendo em conta a actual crise da dívida soberana, o custo de financiamento do contraente privado é mais elevado do que o custo de financiamento da emissão de dívida do Estado, dado que o risco de incumprimento ou “*default*” do Estado, à partida, seria menor do que o risco de incumprimento do ente privado envolvido num projecto de parceria. Logo, um dos argumentos a favor da prática PPP, considerando que o custo de financiamento não é um deles, passa por defender que ganhos de valor serão alcançados com a eficiente alocação do risco na parte que melhor o consiga gerir, através da qual, não só o custo global do projecto diminuirá, como também a provisão do serviço público será melhorada.

público, as PPP manifestam-se numa diversidade de formas contratuais e legais⁴⁷, ainda que sempre tendo em vista o instituto do “*Value for Money*”, através de uma eficiente alocação dos riscos, consoante a capacidade de cada uma das partes para os controlar e mitigar.

O parceiro privado substitui a Administração na provisão e intervenção directa nos serviços, de modo a que o ente público assuma outras tarefas, nomeadamente no plano da monitorização do desempenho e planeamento estratégico.

Assim, tendo em conta que as parcerias são implementadas através de diferentes modelos, recorre-se a diversos sistemas de classificação de forma a categorizar os projectos PPP: sistemas de classificação baseados no investimento,

⁴⁷ Sobre a experiência em Portugal, em particular no sector das estradas, CARLOS OLIVEIRA CRUZ, RUI CUNHA MARQUES, “*O Estado e as Parcerias Público-Privadas*”, Edições Sílabo, 2012, pp. 81 e ss, apontam que adopção de PPP’s neste sector, por parte do Estado Português, englobou modelos e estruturas contratuais bastantes distintos. No seguimento dos autores, as primeiras concessões desenvolvidas em Portugal, numa altura em que a rede viária era escassa, decorreram ao abrigo de modelos de concessão tradicionais com portagens reais (a procura, consubstanciada na receita das portagens, assegurava o retorno necessário para remunerar os investidores). Com o desenvolvimento da rede de auto-estradas e com as SCUT, tornou-se necessário o co-financiamento do Estado, sendo que, no caso das SCUT, os pagamentos do Estado são efectivamente a única receita. Numa perspectiva de captação de tráfego, as últimas concessões correspondem aos troços menos interessantes dado que a rede viária já oferece outras alternativas a quem circula: neste contexto, os concessionários e, sobretudo, os bancos que integram os consórcios, exigem garantias de níveis mínimos de receita, que se traduz, por um lado, no pagamento pela disponibilidade da infra-estrutura ou na garantia de um pagamento mínimo (banda inferior de tráfego) e, em segundo lugar, pelas cláusulas de reequilíbrio económico-financeiro. Trata-se de questões atinentes à estrutura contratual da partilha de risco, nomeadamente, o risco da procura do serviço ou infra-estrutura. Apontem-se alguns casos em particular: a concessão Costa de Prata (em 2000, o Estado atribuiu uma concessão rodoviária, no entanto, em momento posterior à assinatura do contrato, foi incapaz de assumir os seus compromissos relativamente à obtenção das licenças ambientais necessárias, o que resultou num acordo de reequilíbrio económico-financeiro através do pagamento ao concessionário de 42 milhões de euros); a Concessão Norte (no contrato de concessão foram estipuladas duas fontes de receita, as portagens e pagamentos do Estado, uma vez que as receitas das portagens “*per se*” não permitiam o equilíbrio económico-financeiro da concessão; em 2010 alterou-se o modelo contratual, passando o Estado a assumir as receitas das portagens e efectuando os pagamentos ao parceiro privado em função da disponibilidade); a renegociação das SCUT (o Estado promoveu a alteração do modelo das SCUT, passando de portagens virtuais para portagens reais, no caso das concessões Costa de Prata, Beiras Litoral e Alta, Norte Litoral e Grande Porto).

na estrutura de remuneração-risco, no tipo de “inputs” ou no tipo de actividades inerentes ao projecto em apreço. Com efeito, deparamo-nos com níveis variáveis de envolvimento do contraente privado no projecto ou diferentes molduras de alocação de riscos, de acordo com o tipo de PPP a que a Administração recorra⁴⁸.

Importa listar os principais intervenientes num contrato PPP, dado que, ainda que existam diferentes tipos contratuais sob o conceito amplo de PPP, a enumeração que se segue pode ser considerada comum à generalidade dos contratos em causa. No seguimento de ANTÓNIO POMBEIRO, constatamos como intervenientes: o parceiro público/concedente/adjudicante, o parceiro privado/concessionário/adjudicatário/ “special purpose vehicle” (SPV), os financiadores, o construtor contratante, o provedor do serviço, os accionistas ou sócios da SPV ou consórcio, os técnicos exteriores e os consultores.

O parceiro público é a entidade pública com competência legal para assinar o acordo de projecto ou contrato PPP “*stricto sensu*”. O parceiro privado, em contratos de maior valor e risco que obrigam à articulação de diferentes entidades para compor os meios financeiros, materiais técnicos e humanos em ordem à execução do contrato, é um SPV ou consórcio (trata-se de uma sociedade anónima, ou de responsabilidade limitada, especialmente constituída para o efeito, que agrega como sócios ou accionistas todas as entidades chave para a execução do projecto – o provedor principal do serviço, o construtor/produtor dos activos, por vezes o próprio parceiro público, os detentores de marcas, patentes ou direitos de propriedade intelectual e outros intervenientes decisivos. A vantagem desta sociedade instrumental reside no facto de confinar a responsabilidade financeira dos principais intervenientes, permitindo, não obstante um acesso directo à forma como o projecto está sendo gerido e ao fluxo financeiro. Quando o parceiro privado não é um SPV, o contratante é, normalmente, o principal provedor do serviço ou um dos principais empreiteiros para a construção/produção. Os financiadores do

⁴⁸ HERBERT ROBINSON, PATRICIA CARRILLO, CHIMAY J. ANUMBA, MANJU PATEL, “*Governance...*”, pp. 6 e ss.

projecto concedem empréstimos ao SPV, cuja proporção de financiamento oscila entre os 80% e os 95%. Ainda que a alavancagem financeira seja elevada, se os riscos do projecto forem bem avaliados e tratados, este poderá se atractivo para os financiadores, visto que os proveitos e a sua cobrança são certos e garantidos por um longo período (ANTÓNIO POMBEIRO entende que o risco inerente à volatilidade da procura é quase nulo, entendimento que, com o devido respeito, não perfilhamos – *vd. cap. II, no referente aos tipos de risco*). O construtor contraente é a entidade com que o parceiro privado contrata a empreitada de construção/produção dos activos necessários ao provimento do serviço, usualmente em regime de empreitada (o SPV procurará passar para o construtor contraente todas as obrigações que assumiu na sua relação contratual com o parceiro público, relativas à concepção/construção dos activos – assinale-se que o construtor contraente não tem uma relação contratual directa com o provedor do serviço nem figura como parte do contrato PPP/PFI “*stricto sensu*”, sendo que a articulação entre estas duas entidades é feita pelo SPV, visto que é parte em ambos os contratos). O provedor do serviço é a entidade que aprovisiona, produz, distribui e entrega a maior parte do serviço no âmbito do projecto, seja directamente ao parceiro público, seja como subcontraente do SPV ou de outro contraente⁴⁹.

Retomando o tema das diferentes tipologias PPP em específico, H. R. YESCOMBE assinala que as PPP’s podem ser classificadas pela natureza jurídica da participação do contraente privado no projecto⁵⁰, pelo tipo de actividade ou serviço público e estrutura de transferência de riscos inerente ao projecto. Indica, contudo, que a forma mais útil de classificar uma PPP será através do critério do tipo de actividade e estrutura de transferência de riscos, que se subdivide em duas categorias: a primeira baseada no tipo de exploração da infraestrutura ou “*usage-based*” e a segunda baseada no tipo de disponibilização da

⁴⁹ ANTÓNIO A. FIGUEIREDO B. POMBEIRO, As “PPP/PFI...”, pp. 157 e ss.

⁵⁰ Expressões como BOT (*build, operate, transfer*), DBFO (“*design, build, finance, operate*”) e BTO (“*build, transfer, operate*”) reflectem, nomeadamente, a fase em que a propriedade da infraestrutura é transferida para o sector público ou o tipo de incumbências a que o parceiro privado está vinculado no projecto.

infra-estrutura ou “*availability-based*”. Por seu turno, o critério de disponibilização da infra-estrutura divide-se em 3 subcategorias: as categorias das parcerias de alojamento (“*accommodation*”), equipamentos e sistemas ou redes (“*equipment, systems or networks*”)⁵¹.

Quanto à perspectiva governamental britânica, o *HM TREASURY*⁵² identifica três tipos principais de parceria: parcerias financeiramente auto-sustentadas (“*financially free-standing PPP*”), parcerias institucionalizadas (“*joint ventures PPP*”) e parcerias de provisão de serviços (“*service provision PPP*”).

Neste sentido, as parcerias financeiramente auto-sustentadas abrangem as parcerias em que o contraente privado auferir a remuneração através de taxas cobradas aos utilizadores da infra-estrutura⁵³ ou serviço, recuperando o

⁵¹ Sobre o tema, E. R. YESCOMBE, “*Public...*”, pp. 15 e ss. Quanto ao critério baseado na exploração ou “*usage-based*”, a PPP sob modelo concessivo (uma auto-estrada com cobrança de portagens directamente ao utilizador, por exemplo) é entendida como o caso paradigmático de uma PPP em que o risco de utilização é transferido para o parceiro privado. Mesmo sob modelo PFI (auto-estrada com “*shadow tolls*”), o risco de exploração é igualmente transferido para o privado: ainda que os pagamentos sejam feitos pela Administração, sê-lo-ão de acordo com o tráfego utilizador da rodovia. Relativamente às subcategorias baseadas no critério da disponibilização da infra-estrutura ou “*availability-based*”, o autor aponta que quanto às parcerias de alojamento estas enquadram-se sobretudo em infra-estruturas sociais, como escolas ou hospitais, sendo que os pagamentos são efectuados pela Administração tendo por base a efectiva disponibilização da infra-estrutura. Quanto às subcategorias das parcerias de equipamento e redes sob modelo PFI, o exemplo dos projectos rodoviários DBFO é o mais comum: desta feita, os pagamentos são efectuados pelo ente público, não consoante o tráfego, mas consoante critérios adjacentes à disponibilização da infra-estrutura, nomeadamente calculando para o efeito, entre outros factores, o número de quilómetros de rodovia encerrados à circulação ou a velocidade a média a que o tráfego flui.

⁵² HM Treasury, “*Accounting for PPP Arrangements Including PFI Contracts*”, Financial Reporting Advisory Board, Londres, 2007.

⁵³ A propósito do conceito de infra-estrutura, leia-se NAZARÉ COSTA CABRAL, “*As Parcerias...*”, p. 17. Define a autora infra-estrutura como o activo, instalação ou equipamento considerados necessários ao funcionamento da sociedade, assinalando que não constituem um fim em si mesmo, antes um instrumento de suporte à actividade económica e social de um país ou região. Distinguem-se infra-estruturas sociais e económicas, as primeiras assegurando serviços básicos para as famílias, as segundas garantindo serviços intermediários no apoio à actividade industrial e comercial. Por sua vez, na linha de vários autores, cada uma destas categorias subdivide-se em duas outras: infra-estruturas *hard* e *soft*. Infra-estruturas económicas *hard* são, exemplificativamente, as estradas, portos ou as vias férreas; as infra-estruturas económicas *soft* compreendem a formação profissional ou as instituições financeiras. Já são exemplos de infra-

investimento de capital envolvido na concepção e construção do activo, bem como os custos de exploração e manutenção adjacentes à utilização da infra-estrutura. As parcerias institucionalizadas implicam a cooperação entre sectores público e privado numa entidade distinta, prosseguindo, igualmente, a construção de uma infra-estrutura ou a provisão de um serviço. Configura-se a parceria através de uma entidade autónoma, normalmente uma sociedade de capitais mistos, constituída por activos do sector público e privado⁵⁴. As parcerias de provisão de serviços pressupõem um acordo em que os serviços são provisionados pelo parceiro privado à Administração, tipicamente sob a forma de projecto DBFO (“*design, build, finance and operate*”), pode-se dizer que o sector público adquire um conjunto de serviços ao sector privado. Note-se que, principalmente no Reino Unido, é o modelo DBFO que subjaz a grande parte dos projectos PFI. Com efeito, a Administração incumbe o contraente privado da concepção, construção, exploração e financiamento dos activos, usualmente por um período variável de 20 a 30 anos⁵⁵. O processo envolve a construção da infra-estrutura, sem prejuízo de a finalidade ser a “*venda*” de serviços ao sector

estruturas sociais *hard* as escolas e hospitais, sendo que como infra-estruturas sociais *soft* podemos considerar a segurança social ou os serviços comunitários. Salvaguardam, no entanto, DARRIM GRIMSEY/MERVYN K. LEWIS, “*Public...*”, p. 21, que tais categorizações não podem ser entendidas como totalmente estanques, dado que diversas formas de infra-estruturas sociais podem ter tanto influência na produtividade industrial como infra-estruturas de cariz estritamente económico (pense-se no caso de infra-estruturas sociais que aumentem a moral, a motivação ou mesmo a condição física da força trabalhadora numa fábrica), podendo também suceder o contrário (as infra-estruturas económicas, mesmo que não construídas com esse propósito directo, podem ter um impacto na qualidade de vida das pessoas).

⁵⁴Sobre parcerias institucionalizadas, veja-se AKINTOLA AKINTOYE, MATHIAS BECK, CLIFF HARDCASTLE, “*Public-Private Partnerships: Managing Risks and Opportunities*”, Blackwell, Oxford, 2003, pps 10 e ss. Afirmam os autores que Administração e o parceiro privado assumem a co-responsabilidade e a compropriedade tanto do activo, como da provisão dos serviços: os entes público e privado constituem uma nova empresa ou assumem a compropriedade de uma empresa já existente (por exemplo, o sector público pode vender posições sociais ao parceiro privado). Segundo os autores, sob uma “*joint venture*”, a Administração age como regulador e accionista, dividindo os lucros da empresa com o accionista privado, mas, frequentemente, delegando-lhe a competência de gerir os activos.

⁵⁵ Uma das características dos contratos DBFO (e, como vimos, do conceito de parceria em geral) é a longa duração, de forma a permitir ao parceiro privado a amortização financeira do investimento de capital inicial.

público, sendo o privado remunerado de acordo com princípios pré-definidos atinentes à performance e nível dos serviços provisionados.

Em sede de direito comunitário, o *Livro Verde da Comissão Europeia sobre parcerias*⁵⁶, na mesma linha metodológica de grande parte dos autores e instituições⁵⁷, distingue entre PPP de tipo puramente contratual e PPP de tipo institucionalizado.

⁵⁶ *Livro Verde sobre as Parcerias Público-Privadas e o Direito Comunitário em matéria de Contratos Públicos e Concessões* (COM (2004) 327). Note-se que o fenómeno da internacionalização dos mercados de contratos públicos não se restringe ao espaço da União Europeia: o Acordo sobre Contratos Públicos (“*Agreement on Public Procurement*”), concluído durante o Ciclo Negocial de Tóquio, em 1979, no quadro da ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DE COMÉRCIO, estendeu princípios básicos do sistema GATT (“*General Agreement on Trade and Tariffs*”), como o princípio da não discriminação e o princípio da transparência, aos mercados de contratação pública internacional. O Acordo sobre Contratos Públicos foi renegociado duas vezes, mais recentemente no Ciclo Negocial do Uruguai, em que se estabelece no seu art. III, nº 1, al. a) e b), respectivamente, o princípio da obrigação do tratamento nacional (“...cada parte concederá imediata e incondicionalmente aos produtos, serviços e fornecedores de outras Partes que ofereçam produtos ou serviços das Partes um tratamento não menos favorável do que o concedido aos produtos, serviços e fornecedores nacionais.”) e o princípio do tratamento da nação mais favorecida (“...cada parte concederá imediata e incondicionalmente aos produtos, serviços e fornecedores de outras Partes que ofereçam produtos ou serviços das Partes um tratamento não menos favorável do que o concedido aos produtos, serviços e fornecedores de qualquer outra parte.”). Sobre o assunto, vd. BERNARD M. HOEKMAN, MICHEL M. KOSTECKI, “*The Political Economy of the World Trading Organization*”, Oxford University Press, 2001, pp. 369 e ss. Relativamente aos contratos de concessões de obras públicas, refere PEDRO INFANTE MOTA, “*O Sistema GATT/OMC*”, Almedina, Coimbra, 2005, p. 222 que por resolver continua a questão da inclusão, ou não, no âmbito de aplicação do Acordo sobre Contratos Públicos dos “*contratos em que a remuneração das entidades que prestam o serviço ou fornecem produtos resulta dos seus próprios utilizadores (por exemplo, um contrato de construção e manutenção de uma estrada em troca do direito de cobrar portagens)*”: os Estados Unidos entendem que os contratos dessa natureza se encontram abrangidos pelo Acordo sobre Contratos Públicos, em sentido contrário, não os entendendo como abrangidos, pronuncia-se a União Europeia.

⁵⁷ A este propósito, ANTÓNIO CARLOS DOS SANTOS, MARIA EDUARDA GONÇALVES, MARIA MANUEL LEITÃO MARQUES, “*Direito...*”, 198, resumem a concretização das PPP’s a três formatos jurídicos (se os dois primeiros são assinalados por grande parte dos autores, o terceiro formato jurídico é mais discutível): o formato institucional (que se traduz na criação de uma sociedade ou de uma empresa municipal com capital privado ou na criação de uma associação, com pessoas colectivas públicas e privadas ou sociais como sócias); o formato contratual (normalmente um contrato administrativo); e o formato de concertação. Referindo-se a este último, escrevem os autores que se trata de um formato jurídico menos vinculativo, que suscita questões jurídicas como a de saber se um protocolo é um contrato; aproximam esta categoria de PPP a acordos de concertação, traduzindo-se numa intenção, nem sempre formalizada, de

Define o *Livro Verde da Comissão Europeia* PPP de tipo puramente contratual como uma “*parceria entre os sectores público e privado que assenta em relações exclusivamente convencionais*”. Uma PPP de tipo institucional “*implica a cooperação entre os sectores público e privado numa entidade distinta*”⁵⁸.

As parcerias de tipo contratual, na perspectiva do direito comunitário, dividem-se em duas categorias: as PPP sob modelo de concessão e as PPP sob modelo PFI⁵⁹.

A categoria das PPP sob modelo de concessão abrange as parcerias com uma base contratual correspondente às clássicas concessões da Europa continental, nas quais se constata uma relação directa entre o parceiro privado e o utente final. Nas palavras do *Livro Verde da Comissão Europeia*, “*o parceiro privado presta um serviço ao público em vez do parceiro público, mas sob controlo deste*”. O modo de remuneração do contraente privado é característica nuclear deste tipo de PPP, dado que consiste em taxas cobradas aos utentes do serviço, sob o princípio do utilizador-pagador. Comparando com a perspectiva das diferentes categorias de PPP veiculada pela *HM TREASURY*, a que fizemos alusão anteriormente, corresponde às parcerias financeiramente auto-sustentáveis (“*financially free-standing PPP*”), uma vez considerada a forma de remuneração do ente privado, ainda que, residualmente, a cobrança de taxas aos utilizadores finais possa ser acompanhada de subvenções por parte do sector público⁶⁰.

desenvolver um projecto comum, que pode vir a transformar-se num contrato ou numa sociedade.

⁵⁸ Convém ressaltar que abordaremos as parcerias de tipo institucional marginalmente. A análise que nos propomos fazer terá por objecto, essencialmente, as parcerias de tipo contratual.

⁵⁹ Pese embora os termos PPP e PFI aparecerem associados pela sigla PPP-PFI, estes não significam a mesma realidade: a PFI é apenas uma das formas através das quais as PPP se podem concretizar, aliás, como se constata pela categorização formulada pelo Livro Verde da Comissão Europeia, no qual apenas uma das sub-categorias das parcerias sob forma contratual se reconduz ao modelo PFI.

⁶⁰ Segundo H. R. YESCOMBE, “*Public...*”, p. 5, a incumbência principal do sector público neste tipo de contratos PPP sob modelo de concessão clássica é estabelecer uma moldura jurídica (através da aprovação de uma lei geral aplicável às concessões ou uma lei específica aplicável ao contrato de concessão em causa), à qual o parceiro privado ou concessionário estará vinculado e

Trata-se de um tipo de contrato aplicado primordialmente à construção de grandes obras públicas, sendo que é através da cobrança de portagens que o concessionário se remunera. Sem prejuízo de voltar ao tema adiante, nomeadamente abordando o regime jurídico nacional das concessões clássicas e concessões sob modelo PFI, note-se que, em sede de terminologia comunitária, uma concessão, pressupondo o envolvimento do parceiro privado na construção de uma infra-estrutura, corresponde a “*works concession*” ou concessão de obras públicas. Por seu turno, ao “*franchise*”, caracterizado como o acordo sob o qual o contraente privado (“*franchisee*”) explora uma infra-estrutura pública previamente construída, ou seja, não envolvendo a fase da construção, corresponde a expressão “*service concession*” ou concessão de serviços públicos.

A categoria das PPP sob modelo PFI abrange as parcerias em que o parceiro privado é incumbido da construção e gestão de infra-estruturas para a administração pública, remunerando-se o contraente privado, não pela cobrança de taxas aos utentes da infra-estrutura ou do serviço, mas por pagamentos regulares efectuados pela Administração. Refere o Livro Verde da Comissão Europeia que os pagamentos podem ser fixos, mas podem igualmente ser “calculados de maneiras variáveis, em função da disponibilidade da infra-estrutura ou dos serviços associados, ou mesmo da frequência de utilização da infra-estrutura”.

Impõe-se aludir ao significado e àquilo em que se consubstanciam os critérios de cálculo da remuneração do parceiro privado⁶¹, ou seja, a “disponibilidade da infra-estrutura ou dos serviços associados” e a “frequência de utilização da infra-estrutura”.

regular a celebração do contrato de concessão (através da especificação de requisitos no domínio da construção da infraestrutura e provisão do serviço).

⁶¹ Uma estrutura sólida do mecanismo de determinação da remuneração num contrato de parceria justifica-se de forma a estabelecer uma efectiva alocação de riscos entre parceiros público e privado e como sistema de incentivos com vista a adequar a performance do contraente privado aos *outputs* pré-definidos no contrato.

No que diz respeito ao critério da disponibilidade⁶² (“*availability*”), refira-se que existem projectos em que, pela natureza do tipo de serviços provisionados, o risco de exploração, associado à utilização da infra-estrutura, não pode ser alocado ao parceiro privado (veja-se o caso de infraestruturas sociais, como escolas ou hospitais). Consequentemente, o contraente privado é remunerado, não pela frequência de utilização, mas pela disponibilização da infra-estrutura à Administração durante a vigência do contrato PFI.

Relativamente ao critério da frequência de utilização da infra-estrutura (“*usage*”), este é aferido em função da procura do serviço ou do bem. O exemplo paradigmático é o mecanismo de pagamentos efectuados pela Administração ao parceiro privado nos projectos rodoviários, sob contrato PFI. Ainda que não se aplique o princípio do utilizador-pagador, atinente às concessões clássicas, o contraente privado é remunerado pela Administração com base no volume de tráfego que utiliza a rodovia. Assume, assim, o risco de exploração sob a forma de risco de tráfego ou de frequência da infra-estrutura, independentemente dos pagamentos serem efectuados pela Administração em substituição dos utilizadores finais. A propósito da conexão entre o risco de exploração e o mecanismo de pagamentos subjacente ao contrato sob modalidade de parceria, assinala PEDRO SIZA VIEIRA que um dos “*elementos decisivos na caracterização de uma parceria é a circunstância de os mecanismos de determinação da remuneração serem associados ao risco de exploração, seja em função da intensidade de utilização da infra-estrutura ou serviço, seja em função da qualidade dos serviços*”⁶³.

⁶² Entende-se que há disponibilidade da infra-estrutura quando esta tem a capacidade de provisionar o serviço estipulado contratualmente, atendendo à finalidade para a qual foi construída. Existem casos em que aferir da disponibilidade de uma infra-estrutura não se revela muito complexo (sem querer trivializar o assunto, veja-se o exemplo de uma central de energia eléctrica à qual se exige, para se considerar como infra-estrutura “disponível”, a produção de um determinado valor de *megawatts* por um determinado período de tempo), porém referem-se a uma minoria do espectro de projectos PPP. Pode levantar dúvidas aferir da disponibilidade de uma infra-estrutura de serviços públicos, como uma escola ou hospital, ainda mais se considerarmos a qualidade do serviço, como integrante do critério de disponibilidade. A este propósito, novamente, H. R. YESCOMBE, “*Public-Private...*”, pp. 236.

⁶³ PEDRO SIZA VIEIRA, “Os tipos contratuais subjacentes às Parcerias Público-Privadas em Portugal”, *Manual Prático de Parcerias Público-Privadas*, NPF, 2004, p. 134.

Neste sentido, a doutrina francesa refere-se à expressão “*marché public*”⁶⁴ por oposição à expressão “*delegation de service public*”, considerando que o elemento essencial da distinção é o mecanismo de determinação da remuneração em função do risco de exploração⁶⁵. PAUL LIGNIERES enquadra a categoria dos contratos de “*delegation de service public*” como uma das formas privilegiadas de contratação encontrada pelo sector público sob o modelo PPP. O regime deste tipo contratual resulta, no ordenamento interno francês, da aprovação da lei que ficou conhecida como “*Loi Sapin*”⁶⁶. Pese embora o texto legal não defina “*delegation de service public*”, o autor refere que se trata de um tipo de contrato através do qual o sector público delega no parceiro privado a gestão e provisão de um serviço público ou a exploração de uma infra-estrutura, atendendo a que, contrariamente ao verificado na contratação tradicional configurada pelo “*marché public*” em que a remuneração é certa e pré-determinada, o risco de exploração do serviço ou da infra-estrutura corre por conta do contraente privado. A figura da “*delegation de service public*” abrange os contratos de “*concession*”, que se

⁶⁴ ANDRÉ DE LAUBADÈRE, “*Direito Público Económico*”, Almedina, Coimbra, 1985, pp. 380 e ss. define mercados públicos (na expressão francesa “*marchés publics*”, sendo que no ordenamento nacional poderia ser traduzida por contrato público tradicional) como contratos concluídos pelas pessoas públicas com pessoas privadas e cujo objecto é o fornecimento de prestações (realização de obras, entrega de mercadorias, execução de serviços) mediante um preço. O autor refere também que são contratos cujo objecto é essencialmente económico, interessando à economia pelo impacto que podem ter sobre ela e pela possibilidade de serem utilizados pelo Estado como meio de política económica. Não obstante distinguir a figura dos mercados públicos da figura da concessão, salientado que a última engloba vários institutos como a concessão de obras públicas (cujo objecto é a construção e exploração de uma obra pública) e a concessão de serviços públicos (cujo objecto é o funcionamento de um serviço público), engloba ambas no domínio do direito público económico, em especial a concessão dado tratar-se de uma modalidade contratual de relações da administração com o sector privado económico, muitas vezes incidindo sobre serviços públicos industriais e comerciais.

⁶⁵ Cite-se DIDIER LINOTTE, ALEXANDRE GRABOY-GROBESCO, “*Droit Public Économique*”, Dalloz, 2001, p. 275. “*La prise de risque économique issu du fonctionnement et de l’exploitation du service (que la rémunération provienne en tout ou partie de l’usager ou de la collectivité) permet ainsi d’identifier et de caractériser le régime de la convention de délégation de service public e de le distinguer de celui du marché public (qui suppose, comme cela a déjà été vu, un prix - fixe et forfaitaire - payé para la collectivité au cocontractant)*”.

⁶⁶ L. n.º 93-122, de 29 de janeiro de 1993, relativa à prevenção da corrupção e à transparência nos procedimentos de contratação pública tradicional e sob a modalidade de “*delegation de service public*”.

reconduzem à modalidade contratual clássica da concessão de obras públicas dado que incumbe ao parceiro privado a construção da infra-estrutura necessária à provisão do serviço; abrange os contratos de “*affermage*”, em que o parceiro privado (“*fermier*”) explora uma infra-estrutura pública construída previamente pela Administração, que se reconduzem à modalidade contratual da concessão de serviços públicos; e abrange, por último, os contratos de “*régie intéressée*”, através dos quais o contraente privado é remunerado pela Administração e não pelos utentes do serviço ou infra-estrutura, mas em que a determinação da remuneração está associada ao risco de exploração (pelos elementos caracterizadores do contrato, trata-se de um tipo contratual muito próximo do PFI britânico)⁶⁷.

A *Comunicação Interpretativa da Comissão Europeia em matéria de concessões* assume o mesmo critério de distinção. Esclarece a Comunicação que, no tocante à delimitação entre o contrato de empreitada de obras públicas e o contrato de concessão de obras públicas, o critério do direito de exploração permite deduzir indícios para distinguir entre um contrato público tradicional e uma concessão de obras públicas⁶⁸. Direito de exploração deve ser entendido como risco de exploração para o efeito da determinação da remuneração do privado; como se depreende a determinação de uma remuneração em função de factores externos envolve necessariamente um grau de incerteza, ou seja, uma álea, daí se falar, a este propósito, em risco de exploração⁶⁹. Nas palavras de MARIA JOÃO

⁶⁷ Sobre o tema em geral e sobre a delimitação de “*marché public*” e “*delegation de service public*” para efeitos de aplicação dos regimes procedimentais do “*Code de Marchés Public*” e da “*Loi Sapin*”, leia-se Paul Lignieres, “*Partnariat...*”, pp. 191 e ss. e DIDIER LINOTTE, ALEXANDRE GRABOY-GROBESCO, “*Droit...*”, pp. 273 e ss.

⁶⁸ COMISSÃO EUROPEIA, *Comunicação Interpretativa da Comissão sobre as Concessões em Direito Comunitário* (2000/C 121/02), Bruxelas, 2000, p.2

⁶⁹ LINO TORGAL, JOÃO DE OLIVEIRA GERALDES, “Concessões de Actividades Públicas e Direito de Exclusivo”, in *Revista da Ordem dos Advogados*, n.º4, 2012, numa interessante nota histórica sobre a evolução das concessões, escrevem que, por força de várias vicissitudes de ordem política, económica e financeira, a figura da concessão reapareceu pujantemente a partir de finais do séc. XX, com uma fisionomia que, sem prejuízo das abissais diferenças de contexto, faz lembrar a sua feição original do séc. XIX. Os autores indicam que se dá um certo regresso ao passado mais distante (Estado liberal), pelo menos no sentido de se ter retomado a ideia de que na concessão cabe por norma ao co-contratante, como contrapartida do lucro que almeja,

ESTORNINHO, “na perspectiva da Comissão, sem álea económico-financeira, sem risco, não há concessão”⁷⁰⁷¹.

Note-se que, adiante, tanto abordaremos os aspectos económicos e contratuais da alocação de riscos entre parceiro público e privado, como os regimes jurídicos (não apenas delimitações conceptuais) nacional e comunitário dos diversos contratos; aqui apenas se aprofunda a temática do risco de

suportar os riscos normais do contrato (a concessão resgatou a sua função financeira original, tendo o risco de exploração da obra ou serviço pelo concessionário sido mesmo exigido, como vimos, ao nível da jurisprudência e prática administrativa europeias da última década e meia, como traço qualificador do instituto).

⁷⁰ MARIA JOÃO ESTORNINHO, “Direito Europeu dos Contratos Públicos”, Almedina, Coimbra, 2006, p. 94. Como escreve PEDRO SIZA VIEIRA, “Regime das Concessões de Obras Públicas e Serviços Públicos”, in *Revista de Justiça Administrativa*, n.º 64, 2007, pp. 47 e ss., “*existe concessão – quer de obras, quer de serviços públicos – quando seja atribuído a um particular um encargo ou uma tarefa, inicialmente a cargo das administrações públicas, em que a remuneração do particular esteja, de alguma forma, ligada à exploração de um activo ou determinado serviço público*”. O mesmo autor concretiza, de seguida dois elementos fundamentais da caracterização de concessão em sede de direito comunitário, sendo que o segundo se reporta à álea económico-financeira inerente à remuneração do contraente privado, de que fala MARIA JOÃO ESTORNINHO: “*para o direito comunitário existe concessão quando, em primeiro lugar, o concessionário assume o risco de construção, o que sucede se o contrato lhe atribuir o risco associado a sobrecustos ou atrasos na conclusão da construção de uma obra ou na montagem de um serviço não lhe conferindo o direito a qualquer remuneração antes de a obra ou o serviço estarem aptos a prestar as utilidades a que se destinam. Em segundo lugar, existe concessão se o regime contratual estabelecer que a remuneração do concessionário está vinculada, por um lado, à intensidade de utilização do bem ou serviço por ele explorado – risco de procura- ou, em alternativa, à disponibilidade do bem ou serviço segundo as especificações contratuais – risco de disponibilidade, sendo indiferente se a remuneração do concessionário é devida pelos utentes ou pela própria Administração concedente*” – realçando que, para este efeito, é indiferente se a concessão segue modelo clássico continental ou o modelo PFI britânico.

⁷¹ Ainda que o CCP, contrariamente ao direito comunitário, seja omissivo quanto a uma conceptualização de concessão de obras públicas e de serviços públicos que integre de forma explícita o elemento da aleatoriedade económico-financeira da remuneração do parceiro privado, existem vários indícios ao longo do CCP que apontam nesse sentido. PEDRO SIZA VIEIRA, “Regime das Concessões...”, p. 49, elenca algumas normas exemplo disso: art. 410º, n. 1º (estabelece que o prazo de vigência do contrato deve ser fixado durante o período considerado adequado, para em condições normais de rendibilidade da exploração, amortizar e remunerar o capital investido pelo concessionário), art. 413º (relativos à transferência de riscos para o concessionário), art. 420, n.º1 (sobre a fixação de tarifas por parte da entidade pública contratante).

exploração com a finalidade única de compartimentar tipologias contratuais próximas ou mesmo integrantes do conceito de PPP.

Novamente em sede de direito comunitário, e visto que as concessões não são definidas pelo Tratado, há que recorrer à *Directiva sobre Empreitadas de Obras Públicas*⁷², através da qual se define concessão de obras públicas a partir

⁷² Directiva 93/37 CEE do Conselho, de 14 de junho de 1993, relativa à coordenação dos processos de adjudicação de empreitada de obras públicas. A concessão de obras públicas é a única modalidade de concessão considerada pelas directivas relativas a contratos públicos, nomeadamente, para efeitos de aplicação de direito comunitário em matéria de requisitos procedimentais na fase de adjudicação. Não obstante, apesar de não existir um regime comunitário pré-contratual que se lhe aplique, a concessão de serviços públicos está sujeita às regras e aos princípios do Tratado, designadamente, assentar em procedimentos não discriminatórios em razão da nacionalidade do contraente privado (na medida em que são actos imputados aos Estados e têm por objecto a prestação de actividades económicas). A este propósito, v. MARIA JOÃO ESTORNINHO, “Direito...”, pp. 90 e ss. Refere a autora que decisivo nesta matéria da aplicação do direito comunitário às concessões é o *Acordão Teleaustria* (Proc.C-324/98 de 7-12-2000), que corrobora a não aplicação das directivas às concessões de serviços públicos, afirmando, no entanto, que estas ficam vinculadas aos princípios fundamentais do Tratado. Sobre as regras comunitárias em matéria de contratação pública aplicáveis aos tipos contratuais abrangidos pelo conceito amplo PPP, veja-se também SUE ARROWSMITH, “Public-Private Partnerships and the European Procurement Rules: EU Policies in conflict”, in *Common Market Law Review*, Vol. 37, nº 2, Kluwer Law International, 2000, pp. 709 e ss. Há ainda que referir a Directiva 2004/18/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 31 de Março de 2004, relativa à coordenação dos processos de adjudicação dos contratos de empreitada de obras públicas, dos contratos públicos de fornecimento e dos contratos públicos de serviços. Proceda a uma actualização do regime comunitário em matéria de contratação pública, nomeadamente, no que toca à implementação para cada tipo contratual de limiares quantitativos em função dos quais se aplica ou não o novo regime; no entanto, no que respeita à definição de concessão e de contrato de empreitada obras públicas, mantém, em grande medida, a mesma delimitação conceptual. Em matéria de procedimento pré-contratual, interessa sublinhar que através da Directiva 2004/18/CE foi dada resposta a uma necessidade de flexibilização das regras aplicáveis à celebração de alguns contratos públicos, de modo a potenciar uma maior interacção entre as entidades adjudicantes e o mercado, com vantagens reconhecidas para a satisfação das necessidades públicas, traduzindo-se na consagração de um novo procedimento pré-contratual denominado diálogo concorrencial. No ponto 31º da Directiva 2004/18/CE, o legislador explicita as razões que justificaram a consagração do procedimento de diálogo concorrencial, referindo que “as entidades adjudicantes que realizam projectos especialmente complexos podem, sem que tal seja imputável a carências da sua parte, estar na impossibilidade objectiva de especificar os meios aptos a satisfazer as suas necessidades ou de avaliar o que o mercado pode oferecer em termos de soluções técnicas e/ou soluções financeiras/ jurídicas. Tal pode, nomeadamente, verificar-se no caso da realização de grandes infraestruturas (...) convém prever um processo flexível que salvaguarde simultaneamente a concorrência entre operadores económicos e a necessidade de as entidades adjudicantes debaterem com cada um dos candidatos todos os aspectos do contrato”. Como refere CLÁUDIA VIANA, “O Diálogo

da noção de empreitadas de obras públicas⁷³. Desta definição resulta que, além do contraente privado ser remunerado pelas obras atribuindo-se-lhe o direito de exploração da infra-estrutura, o que constitui o traço distintivo da noção de concessão de obras públicas, esse direito de exploração pode ser também acompanhado de um preço.

Com efeito, pode acontecer que o Estado suporte o custo da exploração da concessão a fim de reduzir o preço a pagar pelo utilizador, podendo esta prática revestir diferentes modalidades. No entanto, no sentido dado pela *Comunicação Interpretativa da Comissão Europeia em matéria de concessões*, estas intervenções não modificam a natureza do contrato, desde que o preço pago cubra apenas uma parte do custo da obra e da sua exploração.

O legislador nacional, tanto no revogado Decreto-Lei 86/2003, de 26 de abril, como no vigente Decreto-lei 111/2012, de 23 de maio, elenca, de forma idêntica, várias figuras contratuais clássicas que traduzem a abrangência e flexibilidade do esquema PPP⁷⁴.

Concorrencial”, in *Revista de Contratos Públicos*, n.º 1, CEDIPRE/Universidade de Coimbra, 2011, p. 111., a especial complexidade jurídica e/ou financeira do contrato coloca-se, com especial acuidade, no âmbito das PPP’s, razão pela qual o diálogo concorrencial, pela flexibilização que comporta, constitui um procedimento especialmente adequado à sua fase pré-contratual, porquanto admite a opção entre várias soluções jurídicas e/ou financeiras, que tanto podem culminar na celebração de um contrato tradicional, como na celebração de um contrato de concessão de obras públicas ou serviços públicos. No quadro do Código dos Contratos Públicos as regras de escolha do diálogo concorrencial estão previstas no art. 30º do CCP, estabelecendo que o recurso a este procedimento só pode ser empreendido quando, cumulativamente se verificar a complexidade técnica do contrato e a impossibilidade objectiva de a entidade adjudicante dirimir essa complexidade.

⁷³ O artigo 1º, alínea a), da Directiva 93/37 CEE prevê que as empreitadas de obras públicas são “*contratos a título oneroso, celebrados por escrito entre um empreiteiro, por um lado, e uma entidade adjudicante (...), por outro, que tenham por objecto quer a execução quer conjuntamente a execução e concepção das obras (...) quer a realização, seja por que meio for, de uma obra que satisfaça as necessidades indicadas pela entidade adjudicante.*” A alínea d) do artigo 1º da mesma directiva define a concessão de obras públicas como “*um contrato que apresente as mesmas características que as referidas na alínea a), com excepção de que a contrapartida das obras consiste quer unicamente no direito de exploração da obra quer nesse direito acompanhado do pagamento de um preço.*”

⁷⁴ Artigo 4º, nº 1, Decreto-Lei 86/2003, de 26 de abril.

São elas, de forma meramente indicativa: a concessão de obras públicas⁷⁵, a concessão de serviço públicos⁷⁶, o contrato de fornecimento contínuo⁷⁷, o

⁷⁵ A concessão de obras públicas, prevista no art. 407º, n.º 1, do CCP é o contrato administrativo pelo qual um particular (concessionário) se obriga perante a administração pública a executar, ou a conceber e executar, uma obra pública, tendo como contrapartida necessária o direito de exploração da obra durante um período determinado (normalmente mediante a cobrança de taxas aos utilizadores), por sua conta e risco e no interesse geral, e, em contrapartida, o pagamento eventual de um preço (trata-se de uma definição muito próxima da prevista na Directiva 18/2004 CEE, e que já resultava do DL 59/99, de 2 de Março). Os contratos de concessão de obras públicas regem-se, fundamentalmente, pelas normas aplicáveis aos contratos de obras públicas (art. 2º, n.º 2, do Regime Jurídico das Empreitadas de Obras Públicas (RJEOP)), com algumas especificidades (arts. 243º - 252º RJEOP). No seguimento de MARCELO REBELO DE SOUSA/ANDRÉ SALGADO DE MATOS, *“Direito Administrativo Geral”*, t. III, Dom Quixote, 2006, p. 297. DIOGO FREITAS DO AMARAL, *“Curso de Direito Administrativo”*, vol. II, Almedina, Coimbra, 2012, pp. 570 e ss. assinala que para grandes obras, exigentes de avultados investimentos de capital, e cuja realização possa pela sua natureza beneficiar dos capitais e da agilidade empresarial própria da iniciativa privada, emprega-se o processo da concessão de obras públicas (associa a figura contratual a umas das formas mais notórias de ultrapassar o dilema causado pelo descomunal peso económico que a realização de grandes obras de infra-estruturas acarreta para o défice orçamental e o endividamento público). O autor, além de distinguir a concessão de obras públicas da empreitada de obras públicas pelo modo de remuneração do contratante (na primeira, remunerando-se a entidade privada através de taxas a pagar pelos utentes e, na segunda, através de um pagamento fixo por parte da Administração, que se torna proprietária e exploradora da infra-estrutura), refere que, no caso da concessão, não é necessário que o concessionário seja um sujeito habilitado profissionalmente para exercer a actividade de empreiteiro de obras públicas, o que não sucede no processo de empreitada de obras públicas. Realça também o facto de, contrariamente ao que sucede na empreitada de obras públicas (que se cinge à realização de um certo tipo de trabalho), o processo de concessão de obras públicas compreender duas fases distintas: a execução da obra e a sua posterior exploração. Ainda assim, partindo da definição de concessão de obras públicas veiculada por MARCELLO CAETANO, *“Manual de Direito Administrativo”*, vol. II, Almedina, Coimbra, 2013, p. 986, como *“contrato pelo qual uma pessoa colectiva de direito público transfere para outra pessoa o poder de construir, por conta própria, determinadas coisas públicas artificiais, destinadas ao uso público directo ou ao estabelecimento de um serviço público, as quais ficarão na posse do concessionário durante certo número de anos para que este cobre aos utentes as taxas que forem fixadas”* e comparando-a com a definição avançada pelo art. 1º, n.º 3, da Directiva 18/2004/CE (*“... é um contrato com as mesmas características de que um contrato de empreitada de obras públicas, com a excepção de que a contrapartida das obras consiste quer unicamente no direito de exploração da obra, quer nesse direito acompanhado de um pagamento”*), JORGE ANDRADE DA SILVA, *“Código dos Contratos Públicos Comentado e Anotado”*, Almedina, Coimbra, 2013, constata um afastamento da orientação tradicional, cuja linha advogava uma separação conceptual entre concessão e empreitada de obras públicas de forma estanque, em virtude primordialmente da forma de remuneração do contraente privado. Conclui o autor que essa separação conceptual actualmente se esbateu, pois que no

contrato de prestação de serviços⁷⁸, o contrato de gestão⁷⁹ e o contrato de colaboração⁸⁰. Como esclarece CABRAL DE MONCADA, a propósito da

contrato de concessão de obras públicas o recurso à cobrança de taxas aos utentes pelo concessionário deixou de ser, ao menos potencialmente, a sua única forma de remuneração.

⁷⁶ A concessão de serviços públicos, prevista no art. 407º, n. 2º, do CCP, é o contrato administrativo pelo qual alguém é investido por uma pessoa colectiva pública na tarefa de gerir, ou de montar e gerir, um serviço público, por sua conta e risco e no interesse geral. Nas palavras de DIOGO FREITAS DO AMARAL, “Direito..” p. 573, “ *característica idiossincrática da concessão de serviços públicos é a atribuição ao concessionário da competência, por certo período de tempo, de gestão do serviço público concedido. Quer dizer, por ela transfere-se da esfera do público para a do privado o essencial do poder decisório relativo à organização e ao “modus operandi” de certa actividade. A não ser assim, poderá estar-se apenas perante um contrato de aquisição de serviços (nomeadamente, aquisição de serviços para fins de utilidade pública)*”. MARCELO REBELO DE SOUSA, ANDRÉ SALGADO DE MATOS, “Direito..”, pp. 297 -298, assinalam que se trata de um contrato nominado, mas legalmente atípico, aplicando-se-lhe o regime geral dos contratos administrativos, não existindo normas jurídicas específicas que lhe sejam aplicáveis, em sede de ordenamento interno. Sobre a definição de concessão de serviços públicos adoptada pelo CCP, PEDRO SIZA VIEIRA, “Regime das Concessões..”, p. 49, entende que se trata de uma definição que se afasta, e bem, da adoptada pela Directiva nº 18/2004 CE (“ *contrato que apresenta as mesmas características que um contrato público de serviços mas em que a remuneração não assenta no pagamento de um preço, mas no direito à exploração de um serviço, acompanhado ou não do pagamento de um preço*”), dado que sublinha que o que está em causa numa concessão de serviços públicos é a transferência da responsabilidade pela gestão de uma actividade de serviço público. O autor, referindo-se ao conceito legal de concessão adoptado no CCP, tanto de concessão de serviços públicos, como de concessão de obras públicas, sublinha que se reconduz a uma concessão atribuída necessariamente por contrato (afastando a ideia de que uma concessão poderia ser atribuída por acto administrativo) e cuja elasticidade permite abarcar múltiplos contratos com conteúdos diversos, sendo que o CCP passa a ser entendido como a base legal para a Administração atribuir concessões (as entidades referidas no CCP ficam desde logo habilitadas a conceder concessões, independentemente da base legal específica).

⁷⁷ O contrato de fornecimento contínuo é aquele mediante o qual alguém (normalmente um particular), se compromete a entregar regularmente à administração pública, durante um certo período de tempo, bens necessários ao funcionamento de um serviço público. O contrato de fornecimento não é integralmente disciplinado por lei, mas aplica-se à sua fase de formação o regime contemplado no Regime Jurídico da Realização de Despesas Públicas e da Contratação Pública. No seguimento de, MARCELO REBELO DE SOUSA, ANDRÉ SALGADO DE MATOS, “Direito..”, pp. 301-302.

⁷⁸ O contrato de prestação de serviços para fins de imediata utilidade pública trata-se de um tipo contratual de natureza residual, dado que os contratos de empreitada e fornecimento, e parcialmente os contratos de concessão de obras públicas, de serviços públicos e de exploração de domínio público são contratos de prestação de serviços em sentido amplo. Não obstante, tradicionalmente, entendia-se que o contrato de prestação de serviços para fins de imediata utilidade pública integrava apenas dois subtipos: o contrato de transporte e o contrato de

abrangência do instituto, as PPP não se reconduzem a uma forma contratual típica, desdobrando-se em vários tipos de contratos, referindo que parte apreciável das PPP's entram na categoria do “*contrato administrativo*” regulada pelo Código dos Contratos Públicos⁸¹⁸², não obstante as suas particularidades

provimento. Actualmente, existem diversos outros contratos administrativos qualificáveis como de prestação de serviços como, por exemplo, o contrato para acções de fiscalização os contratos de aquisição de serviços. *Vd.* MARCELO REBELO DE SOUSA, ANDRÉ SALGADO DE MATOS, “*Direito...*”, p. 302.

⁷⁹ O contrato de gestão não estava previsto no normativo do revogado art. 178º, nº 2, CPA como contrato administrativo, porém, considerando que a enumeração do diploma não é taxativa, entende-se o contrato de gestão como integrante da categoria de contrato administrativo. Como assinala MARIA EDUARDA AZEVEDO, “*Parcerias...*”, p. 280, o contrato de gestão é o contrato sob o qual o parceiro privado assume a gestão de um serviço público, mantendo e gerindo um determinado equipamento, sem suportar nem os encargos da instalação do serviço, nem o risco financeiro da operação que continua a pertencer ao parceiro público.

⁸⁰ Os contratos de colaboração tratam-se daqueles em que o parceiro privado proporciona à administração pública uma colaboração temporária no desempenho de atribuições administrativas, mediante remuneração. *V.* MARIA EDUARDA AZEVEDO, ...*ob.cit.*, pp. 280.

⁸¹ Decreto-Lei nº 18/2008, de 29 de janeiro. JOÃO CANTO E CASTRO, “A regulação das parcerias público-privadas no Código dos Contratos Públicos”, in *Revista dos Contratos Públicos*, n.º 4, CEDIPRE/Universidade de Coimbra, 2012, quanto à regulação das PPP's no CCP, distingue dois grandes grupos de normas: as normas que expressamente regulam contratos que configuram parcerias público-privadas e as normas que são manifestação clara da preocupação de adequar o CCP à prática contratual vigente em sede parcerias público-privadas. A propósito da aplicação do CCP, no quadro das PPP's, uma questão de fundo que foi levantada por variada doutrina prendia-se com a revogação integral, ou não, do Decreto-lei 86/2003. Ainda que actualmente a questão não se coloque, pela aprovação do Decreto-lei 111/2012, a tese que sustenta a revogação baseia-se no art. 14º, nº 2, do Decreto-lei 18/2008 (CCP), que prevê “*é igualmente revogada toda a legislação relativa às matérias reguladas pelo Código dos Contratos Públicos, seja ou não com ele incompatível*”. JOÃO CANTO E CASTRO entende que apenas algumas normas do Decreto-lei 86/2003 teriam sido revogadas, aludindo à vocação diversa dos dois diplomas: o Decreto-lei 86/2003 regularia fundamentalmente uma fase anterior ao próprio procedimento pré-contratual, ou seja, aspectos relativos essencialmente à preparação e lançamento das PPP's. PEDRO SIZA VIEIRA, “*O Código...*”, p. 517, além de concluir que o CCP revogou integralmente o Decreto-lei 86/2003, parecendo antecipar a aprovação de um novo Regime Geral das PPP's (o que se veio a verificar com a entrada em vigor do Decreto-lei 111/2012 - “*O CCP impõe regras aplicáveis aos procedimentos de formação e execução de contratos que se qualifiquem como PPP e que se justificam apenas nos casos de PPP contratuais em que a remuneração fique a cargo do parceiro público; essas regras exigem a aprovação de legislação própria PPP, que estabeleça uma definição de PPP para efeitos do Código*”), advoga ainda que para efeitos de aplicação do CCP e, em particular, do respectivo regime em matéria de procedimentos pré-contratuais, a definição de PPP cinge-se aos Contratos PFI (“*Os demais contratos que se reconduzem ao conceito amplo de PPP – as Concessões Clássicas- não reclamam o especial*

intrínsecas⁸³. No mesmo sentido, MARIA EDUARDA AZEVEDO assinala que “o legislador do Código dos Contratos Públicos havia esboçado uma definição de parceria em versões do ante-projecto, que parecia ir na linha do modelo PFI/DBFO inglês ou do “*contrat de partenariat public privé*” francês, porém acabou por abdicar dessa intenção, encarando as PPP's como um modelo de contratação capaz de se reconduzir a vários tipos contratuais e não como uma nova modalidade contratual autónoma⁸⁴.

enquadramento que o CCP aplica às PPP, designadamente porque, sendo a remuneração do parceiro privado constituída por taxas cobradas aos utentes, não existem quaisquer encargos de devam ser submetidos à concorrência). Trata-se de um argumento, de alguma forma, análogo aquele que, como veremos, subjaz à preterição do teste do comparador do sector público, em sede de análise do “*Value for Money*”, quando estamos perante contratos sob modelo de concessão clássica continental, dado que o sector público não incorre em qualquer encargo que justifique este tipo de avaliação. Parece-nos, contudo, pela similitude conceptual de PPP nos regimes gerais de 2003 e 2012, que o legislador continua a pretender adoptar um conceito amplo de PPP, abarcando os modelos concessivos clássicos e os modelos PFI.

⁸² MARIA JOÃO ESTORNINHO, “*Curso...*”, Almedina, Coimbra, 2012, pp. 212. e ss., procede a uma classificação dos contratos públicos em função de diversos critérios, enquadrando tipos contratuais de PPP's em diferentes categorias. De acordo com o critério do fim ou da causa-função do contrato público, a autora faz referência aos contratos de colaboração (aqueles que visam associar o co-contratante, geralmente um particular, ao desempenho regular de atribuições administrativas) e assinala que um caso paradigmático desta categoria é o contrato de concessão de serviços públicos. Outra categoria é aquela compreendida pelos contratos de delegação de funções ou serviços públicos e afins (aqueles contratos que atribuem a um particular a responsabilidade pela execução de uma função ou de um serviço público, ficando o particular encarregado de actuar em vez da Administração na prossecução de determinados fins de interesse público), integrando os contratos de concessão de obras públicas e os contratos de concessão de serviços públicos nesta delimitação. Tradicionalmente estes contratos têm por objecto a gestão de serviços públicos ou de obras públicas, ou seja, de actividades públicas de natureza comercial e económica cuja fruição implica contraprestação por parte do utente, assumindo o contraente particular deveres contratuais em face da Administração e também deveres regulamentares em face dos utentes do serviço público. Segundo o critério da relação com outras formas de actuação, a autora indica os contratos com relações de complementaridade (contratos públicos que surgem em relações de complementaridade quer com outros contratos, quer com outros actos administrativos, condicionando, respectivamente, quer a sua celebração, quer a sua prática) e assinala que um exemplo integrante desta categoria são as PPP's (“*bundling*” contratual).

⁸³ CABRAL DE MONCADA, “*Direito...*”, pp. 664 e ss.

⁸⁴ MARIA EDUARDA AZEVEDO, “O enquadramento legal das parcerias público-privadas”, in *Ciência e Técnica Fiscal, Centro de Estudos Fiscais*, 2009, p. 129.

Ainda no que toca aos modelos de implementação das parcerias, estas acarretam, como vimos, uma série de actividades que podem ou não ser delegadas ao parceiro privado: concepção, construção, exploração, financiamento. Constatamos, portanto, que existem diversas fórmulas de construção de infra-estruturas ou provisão de serviços públicos por parte do sector privado. Em função do grau de transferência de risco entre os dois contraentes, ou noutra aceção, considerando o grau de envolvimento do contraente privado nas actividades públicas, podemos identificar diversas categorias de contratos. Exemplificativamente, quando se fala de um contrato sob modelo DBO (“*design, build, operate*”) a designação indica as tarefas sobre as quais o contraente privado se vai responsabilizar: neste caso o privado concebe, constrói e explora a infra-estrutura⁸⁵.

Não obstante existirem múltiplos tipos contratuais, JOÃO PONTES AMARO aponta quatro categorias de PPP (apesar da primeira delas não ser consensual e depender, em grande medida, de uma aferição da duração do contrato o seu enquadramento numa abordagem PPP) em função de um crescente grau de envolvimento do contraente privado no projecto a desenvolver: contrato de “*outsourcing*” ou “*service contract*”, contrato “*design and build*” (DB), contrato “*design, build and operate*” (DBO), contrato “*design, build, finance and operate*” (DBFO)⁸⁶.

Importa distingui-los. O contrato de “*outsourcing*” ou “*service contract*” trata-se de um contrato sob o qual o sector privado presta um ou mais serviços ao sector público (por exemplo, serviços de limpeza, *catering* ou serviços de segurança). Neste tipo de contrato a partilha de riscos circunscreve-se aos riscos

⁸⁵ OCDE, “*Public...*”, p. 22. Sobre os diferentes tipos de contrato, elenca: BOM (Build, Own, Mantain), BOO (Build, Own, Operate), BDO (Build, Develop, Operate), DCMF (Design, Construct, Manage, Finance), DBO (Design, Build, Operate), DBFO (Design, Build, Finance, Operate), BBO (Buy, Build, Operate), LOO (Lease, Own, Operate), LDO (Lease, Develop, Operate), WAA (Wrap, Around Addition), BOT (Build, Operate, Transfer), BOOT (Build, Own, Operate, Transfer), BROT (Build, Rent, Own, Transfer), BLOT (Build, Lease, Operate, Transfer), BTO (Build, Transfer, Operate).

⁸⁶ JOÃO PONTES AMARO, “Modelos de Parceria Público-Privada”, in *Manual Prático de Parcerias Público-Privadas*, NPF, 2004, p.105.

operacionais, aproximando-se de um contrato de prestação de serviços. De qualquer modo, parece-nos que o “*outsourcing*” não se enquadra na tipologia dos contratos de parceria dado que o grau de cooperação é diminuto, nem mesmo se atendermos ao facto de em certos ordenamentos, como na Irlanda do Norte, esta categoria de contratos ser considerada uma PPP quando a sua vigência seja superior a 5 anos. Uma PPP pressupõe, não só uma relação duradoura a par de uma moldura de transferência de riscos e delegação de actividades plasmadas no contrato, mas também que ao longo da duração do acordo as partes comuniquem e partilhem conhecimentos técnicos com vista a satisfazer diferentes pretensões: maximização do lucro, pela parte privada, e prossecução do interesse público, pela Administração. Ora, muito dificilmente se pode considerar que este tipo de contrato preencha os elementos caracterizadores, que distinguem uma PPP de outras formas de relacionamento entre sectores público e privado.

O tipo de contrato “*design and build*” abrange os contratos em que o parceiro privado é responsável pela concepção e construção da infra-estrutura, de acordo com o estipulado contratualmente com a Administração, nomeadamente o preço e os “*outputs*” visados com a parceria. No final da construção o Estado torna-se proprietário do activo; que assumiu o financiamento do projecto e assegura a sua gestão. Num termo de comparação com a contratação pública convencional, o contrato “*design and build*” tem como grande vantagem evitar atrasos na entrega da obra e as sucessivas derrapagens orçamentais. Distingue-se do contrato de empreitada pelo elevado grau de cooperação entre as partes, principalmente na fase do planeamento do projecto⁸⁷.

⁸⁷ Contudo, como assinalam LINO TORRAL, MARISA MARTINS FONSECA, “Contributo para um Regime de Contratação de Concessões de Obras e de Serviços Públicos na Sequência de Propostas Não Solicitadas”, in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Sérvulo Correia*, Coimbra Editora, Coimbra, 2010, p. 527, apesar de o entendimento clássico da figura da empreitada de obras públicas se reduzir à mera execução de trabalhos já cuidadosamente estudados, projectados e programados pela Administração, numa fase a montante da elaboração do caderno de encargos e do programa de concurso, actualmente este entendimento não pode ser seguido incondicionalmente. Com efeito tem-se optado pela contratação de trabalhos de concepção ou, mais especificamente, de empreitadas de concepção-construção (o contraente, cumulando os

Sob o contrato “*design, build and operate*”, o contraente privado é responsável pela concepção, construção e exploração da infra-estrutura. A construção é financiada pelo Estado que retém a propriedade da mesma, porém transfere o risco de gestão do activo para o sector privado.

O contrato “*design, build, finance, operate*”, como já avançamos, é particularmente aplicável à construção de grandes infra-estruturas rodoviárias; sob a modalidade DBFO, o parceiro privado assume a concepção, financiamento, construção e exploração do activo, sendo por isso remunerado ao longo da vigência do contrato, pese embora a propriedade se mantenha usualmente na esfera do sector público

ANTÓNIO FIGUEIREDO POMBEIRO, tendo por base a classificação proposta pela “*United States Environment Protection Agency- Public Private Partnerships Case Studie (1990)*”, agrupa os tipos principais de PPP nas seguintes 4 categorias: PPP com activos pré-existentes, cedidos pela Administração Pública e produzidos por esta por sua conta e risco, em regime de contratação pública tradicional (ou, nas palavras do autor, em regime de “*procurement*” tradicional); PPP com activos concebidos, construídos ou produzidos especialmente para o efeito; por conta e risco do concessionário do provimento; PPP por créditos de capacidade ou contrapartida pelo licenciamento; PPP constituída em simples licenciamento para a exploração de um serviço público, com activos, passivos e resultados de exploração correndo por conta e risco do licenciado, eventualmente com algum benefício fiscal ou outra compensação mínima concedida pela Administração.

O mesmo autor escreve ainda que a estas categorias de PPP correspondem, respectivamente, 4 tipos de contratos, incluindo um deles os contrato PFI: os “*contract services*” ou contrato de exploração de um serviço público com activos públicos (aqui se incluem os contratos de concessão para o provimento de necessidades públicas, com base em activos fixos pré-existentes, propriedade da

papéis de empreiteiro e projectista, compromete-se a elaborar certos planos e as especificações da obra (“*design*”) e a realizá-la (“*build*”).

Administração, sendo que os riscos de financiamento, concepção, construção, e manutenção dos activos imobilizados correm por conta da entidade pública e os riscos de exploração correm por conta da entidade privada); os chamados “*turnkey projects*”⁸⁸ ou contratos de concepção, projecto, construção ou produção e exploração de um serviço, nos quais de incluem os contratos PFI (são contratos que incluem, em maior ou menor grau, a concepção, projecto, planeamento, construção, manutenção e operação dos activos para exploração concessionada do provimento de necessidades públicas e, eventualmente, para a exploração acessória de activos ou mercados do domínio público, com ou sem reserva de propriedade para o sector público e com ou sem financiamento do sector privado); os contratos “*developer financing*” ou acordo de contrapartidas para licenciamento (neste tipo de acordo de parceria o “*private developer*” financia a construção ou expansão das infraestruturas requeridas pela entidade pública a troco do licenciamento pretendido); os contratos “*merchant facilities*” ou contrato de licenciamento comercial para a exploração de um serviço público (a entidade privada assume integralmente os riscos de mercado, de financiamento, manutenção e propriedade dos activos)⁸⁹.

MARIA JOÃO ESTORNINHO faz corresponder as PPP's a diferentes modelos, consoante o respectivo modelo financeiro e de repartição de riscos. Distingue modelo prestativo (concretizado através de contratos de prestação de serviços ou de fornecimento contínuo adequado, por exemplo, a tarefas de cobrança de portagens, prestação de bens de interesse geral, fornecimento e manutenção de veículos ou outros equipamentos); modelo de alienação de gestão (concretizado através de contratos de concessão de serviço público ou de contratos de gestão, transferindo-se para o sector privado a responsabilidade pela gestão e administração de activos públicos ou bens de propriedade pública); modelo BOO “*Build, Own, Operate*” (no qual o bem construído é propriedade privada

⁸⁸ JOÃO PONTES AMARO, “*Modelos...*”, p. 106, enquadra os “*turnkey projects*” na categoria dos “*design and build contracts*”, em que o contraente privado planeia e constrói as infraestruturas de acordo com as especificações definidas pela entidade estatal, evitando-se atrasos na entrega da obra e sucessivas derrapagens no seu custo.

⁸⁹ ANTÓNIO A. FIGUEIREDO B. POMBEIRO, “*As PPP/PFI...*”, pp. 52 e ss.

mas é usado para prestar uma actividade de interesse público); modelo BOT “*Build, Own, Transfer*” (no qual uma única relação contratual abrange as fases do projecto da construção e da exploração, permitindo diluir os custos iniciais pelo ciclo de vida da infraestrutura – “*life cycle costing*”); modelo DBFO (caso, por exemplo, da concessão de obras públicas, no qual a propriedade da obra é pública, configurando, como já mencionamos, o principal instrumento de PPP’s que envolvam investimentos de capital avultados por parte do sector privado – o particular projecta, constrói, financia e explora a longo prazo a infraestrutura, recebendo as receitas da exploração e devolvendo os activos no final da concessão)⁹⁰.

1.4. Aspectos político-económicos das PPP’s

1.4.1. Doutrinas e políticas económicas. A evolução da intervenção estatal na economia.

Como introdução histórica às funções económicas do Estado e da teoria económica, abordaremos algumas questões sobre três escolas de pensamento económico e respectivos períodos de transição: ESCOLA CLÁSSICA, KEYNESIANA e NEOLIBERAL / MONETARISTA, tentando traçar um paralelismo com a evolução da intervenção estatal na economia (desde o Estado Liberal, passando pelo Estado Social ou Providência, até ao chamado Estado Pós-Social dos nossos dias), que, em última instância, é do que se trata a abordagem PPP. Com efeito, parece-nos importante, de forma a enquadrar este tipo de contratualização “*sui generis*” no sistema económico actual, tanto pelo seu objecto envolver frequentemente infra-estruturas com notória influência sobre a economia, como por ser baseada na síntese da dualidade sector público/sector privado, tecer uma matriz evolutiva da intervenção central sobre o sector económico.

⁹⁰ MARIA JOÃO ESTORNINHO, “*Curso...*”, p. 220.

Os fundamentos do pensamento económico liberal, enraizados na perspectiva da Escola Clássica⁹¹, foram, em grande medida, abalados pela Grande Depressão⁹², que se prolongou pela primeira metade da década de 30, nos Estados Unidos, e que se repercutiu a grande parte das economias ocidentais. O pensamento económico anterior à Grande Depressão baseava-se na defesa de um Estado não-intervencionista em que o princípio básico da actuação do sector público se pautava por deixar actuar os mercados supostamente concorrenciais, o chamado princípio do “*laissez faire*” que tem, como concretização no plano jurídico, como indica PAZ FERREIRA, o princípio do “*laissez contracter*” (existência de uma liberdade de contratação que integra três realidades distintas: a liberdade de celebração do contrato, a da selecção do tipo contratual e a da

⁹¹ Uma escola de pensamento económico que tem como precursor o economista escocês ADAM SMITH e a sua obra “*An Inquiry into Nature and Causes of the Wealth of the Nations*” (1776), tendo-se desenvolvido com o trabalho de DAVID RICARDO e THOMAS R MALTHUS, já no séc. XIX. A ESCOLA CLÁSSICA, quanto ao papel do Estado na sociedade e na economia, defendia uma actuação minimalista: considerando a concorrência entre os agentes económicos actuaentes no mercado como fundamento do seu pensamento, acreditavam que os indivíduos, motivados pelo egoísmo, maximização do lucro e a ambição pessoal, contribuíam para o benefício da comunidade como um todo, guiados por uma “mão invisível”, desde que assegurados pressupostos concorrenciais e mínimo de interferência por parte do Estado na economia. Neste sentido, a “mão invisível” a que se refere ADAM SMITH só é possível se houver livre concorrência no mercado, condição essencial de uma economia eficiente. Outro elemento caracterizador é o facto de o objecto de estudo da ESCOLA CLÁSSICA prender-se com a microeconomia (o estudo de como os indivíduos tomam decisões e como essas decisões interagem) e dar pouco relevo a questões macroeconómicas (o estudo da economia que tem por método uma análise agregada de todas as unidades económicas ou, na definição de PAUL KRUGMAN, “*Economics*”, Macmillan, 2012, p. 598, “*macroeconomics examines the overall behavior of the economy, how the actions of all the individuals and firms in the economy interact to produce a particular economy-wide level of economic performance*”). Nas palavras de PAUL SAMUELSON, “*Economia*”, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 1981, p. 870 ADAM SMITH foi um “profeta do regime de *laissez faire*”, típico das sociedades liberais do séc XIX, tendo “*entrevisto no mundo social da economia aquilo que Isaac Newton tinha constatado no mundo físico do cosmos: uma ordem natural que se auto-regulava*”.

⁹² Até hoje se debatem as razões subjacentes à Grande Depressão dos anos 30: para uns simplesmente o resultado do *crash* bolsista de 1929, seguido de efeitos de contágio; na perspectiva keynesiana, trata-se de uma quebra autónoma na despesa e no consumo; na perspectiva monetarista de MILTON FRIEDMAN, a incapacidade da Reserva Federal norte-americana de contrabalançar a retracção da oferta de moeda causada pela “corrida aos bancos”, enfatizando as responsabilidades dos bancos centrais no controlo da moeda em circulação. Sobre o tema, FERNANDO ARAÚJO, “*Introdução à Economia*”, Almedina, Coimbra, 2005, p. 636.

estipulação do tipo contratual)⁹³. Problemas como o desemprego seriam corrigidos através da actuação da “mão invisível”, de que fala ADAM SMITH, em 1776, na sua obra “*An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of the Nations*”⁹⁴, e qualquer intervenção governamental, como resposta contra-cíclica a uma crise económica, seria ineficaz⁹⁵.

A ESCOLA CLÁSSICA, constituída por economistas de língua inglesa na transição do séc. XVIII para o séc. XIX, perfilhava uma perspectiva sobre a teoria do valor e a teoria da distribuição. Considerava que o valor de um produto dependia dos seus custos de produção, sendo que o “*output*” ou produto da economia era distribuído pelos diferentes grupos sociais de acordo com os custos suportados por esses mesmos grupos. Contudo esta teoria trazia algumas dificuldades, dado que os preços no mercado não reflectiam necessariamente o

⁹³ EDUARDO PAZ FERREIRA, “*Direito...*” p. 36. De forma aparentemente paradoxal, aponta o autor que nunca as Constituições Liberais prescindiram da regulação jurídica do Estado, tomando como exemplos as normas de direito comercial e as normas sobre contratos ou títulos de crédito, fundamentais para a implementação do modelo económico capitalista.

⁹⁴ Relativamente ao egoísmo individual canalizado em prol do bem comum pelos mecanismos concorrenciais de mercado, cite-se esta conhecida passagem de ADAM SMITH, “*An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of the Nations*”, Book I, Penguin Books, 1999, p. 119, “*It is not from the benevolence of the butcher, the brewer, or the baker that we expect our dinner, but from their regard to their own interest. We address ourselves, not to their humanity but to their self-love, and never talk to them of our own necessities but of their advantages.*” Sobre a intervenção central na economia privada, escreve o autor , p. 446, “*It is the biggest impertinence and presumption, therefore, in kings and ministers, to pretend to watch over the economy of private people , and to restrain their expense, either by sumptuary laws, or by prohibiting the importation of foreign luxuries. They are themselves always , and without any exception, the greatest spendthrifts in the society. Let them look well after their own expense, and they may safely trust private people with theirs. If their own extravagance does not ruin the state, that of their subjects never will.*”

⁹⁵ ANTÓNIO JOSÉ AVELÁS NUNES, *Noção e Objecto da Economia Política*, Almedina, Coimbra, 2013, pp. 64 e ss. sublinha que , apesar de ADAM SMITH ser considerado o “pai” da doutrina do Estado mínimo, há que considerar que este pensamento surge num período histórico muito específico: ADAM SMITH critica as estruturas do poder político do estado absolutista, ao serviço de interesses de tipo feudal, considerando-as ineficientes e improdutivas. O autor entende que é este Estado parasita e perdulário que ADAM SMITH pretende reduzir a Estado mínimo, fazendo uma analogia com os Estados actuais dominados por oligarquias corruptas ou sistemas ditatoriais. Assinala ainda a preocupação do economista escocês em responsabilizar o Estado por serviços públicos que , embora benéficos para a sociedade, são, contudo, de uma natureza tal que o lucro nunca poderia compensar a despesa para qualquer indivíduo ou grupo de indivíduos.

valor, tal como definido pela ESCOLA CLÁSSICA. Adoptou-se posteriormente, entre 1870 e 1880, no período que pode ser visto como o surgimento da variante ESCOLA DA UTILIDADE MARGINAL, uma teoria do valor com base numa relação entre o custo de produção e elementos subjetivistas: a oferta e a procura⁹⁶⁹⁷.

Inspirada pelo pensamento da ESCOLA CLÁSSICA e dominada pela necessidade de consolidar a liberdade económica de uma burguesia em ascensão, a esta fase corresponde um período de puro liberalismo em que o papel de Estado é restrito e a iniciativa privada é o instrumento fundamental do progresso na actividade económica⁹⁸.

Como assinala SOUSA FRANCO, a privatização da economia é a grande característica do modelo liberal, entendendo-se que ao Estado apenas compete criar as condições que permitam à sociedade manter-se organizada e estável

⁹⁶ O problema do valor, que actualmente se apelida de formação dos preços, sofreu uma alteração de rumo com a doutrina da Escola da utilidade marginal. À pergunta “ por que razão vale 10 o bem A e 100 o bem B?”, responderiam os economistas da ESCOLA CLÁSSICA alegando que se incorporam 10 unidades de trabalho na produção do primeiro e 100 unidades de trabalho na produção do segundo; já os utilitaristas responderiam alegando que o bem A é abundante em relação às necessidades, podendo usar-se em consumos de ordem inferior, e o bem B é tão escasso que se tem que reservar apenas para consumos que arrastem grande utilidade. É neste enquadramento doutrinário que ALFRED MARSHAL escreve, em 1890, “*Principles of Economics*”, desenvolvendo os métodos da determinação dos preços pela conjugação das curvas da oferta (custo) e da procura (utilidade). No seguimento de FRANCISCO PEREIRA DE MOURA, *Lições de Economia*, Almedina, Coimbra, 1979, p. 91 e ROY WEINTRAUB, “*Enciclopédia de Economia*”, Principia, 2000, pp.139 e ss.

⁹⁷ JEAN-BAPTISTE SAY foi o precursor da perspectiva subjectivista-marginalista, estabelecendo uma variante da perspectiva clássica no que toca à teoria do valor e à teoria da distribuição do rendimento. O autor francês defende que os fundamentos do valor são a utilidade e os custos de produção, identificando a teoria da distribuição do rendimento com a teoria da formação dos preços dos factores de produção, em função da oferta e da procura nos respectivos mercados. Sobre o assunto, ANTÓNIO JOSÉ AVELÁS NUNES, “*Noção...*” pp. 101 e ss.

⁹⁸ ANTÓNIO JOSÉ AVELÁS NUNES, “*Os Sistemas Económicos*”, Almedina, Coimbra, 1975, pp. 156 e ss. escreve que na concepção liberal, a esfera económica e a esfera política não se confundem: só esta última diria respeito ao Estado, cabendo ao cidadão, em último termo, o poder político. A esfera económica diria respeito apenas à esfera privada dos indivíduos, enquanto produtores e consumidores. O estado liberal do séc. XIX fica, por isso, remetido para a posição de simples *estado guarda-nocturno*, apenas lhe cabendo intervir para garantir a defesa da ordem social.

(defesa, segurança e administração geral)⁹⁹. À iniciativa privada compete a tomada de todas as decisões relativas à produção, consumo e à repartição. O sector público é reduzido substancialmente, imperando o princípio do mínimo, segundo o qual a actividade financeira deve reduzir-se ao mínimo imprescindível¹⁰⁰.

No mesmo sentido, JOSÉ JOAQUIM TEIXEIRA RIBEIRO refere que não figurava entre os fins do Estado o de interferir na economia privada, considerando-se que esta, através dos mecanismos de mercado, geralmente assegurava o máximo de produção e a distribuição dos rendimentos. Concretizando, o Estado não podia cobrir receitas e pagar despesas com o fim de alterar a procura e a oferta dos produtos e dos elementos produtivos, nem corrigir a distribuição de rendimentos que daí resultava¹⁰¹.

Os princípios económico-financeiros típicos do liberalismo são o princípio da neutralidade das finanças públicas e o princípio da abstenção económica do Estado. O primeiro advoga que a actividade financeira do Estado deve ser organizada de forma a não perturbar a actuação livre dos sujeitos económicos: a actividade financeira deve ser empreendida de forma que não cause distorções da actividade económica privada, consubstanciando-se na neutralidade económica do imposto e da receita (nas palavras de SOUSA FRANCO, “*deve deixar a economia*

⁹⁹ JORGE MIRANDA, “*Manual de Direito Constitucional*”, t. I, Coimbra Editora, Coimbra, 2003, pp. 87 e ss., entende que o Estado Liberal assenta na ideia de liberdade e, em nome dela, deu-se neste período uma limitação do poder político, tanto internamente (pela sua divisão), como externamente (pela redução ao mínimo das suas funções perante a sociedade). O mesmo autor lembra que não se pode desprender a realização histórica do Estado Liberal de uma determinada situação socioeconómica e sociopolítica, visto conotar-se como verdadeiro Estado burguês, identificando-se como com os valores e interesses da burguesia que, então, conquista, no todo ou em grande parte, o poder político e económico.

¹⁰⁰ ANTÓNIO L. DE SOUSA FRANCO, “*Finanças Públicas e Direito Financeiro*”, Vol. I e II, Almedina, Coimbra, 2008, pp. 52 e ss. Refere o autor que o sector público no liberalismo não ultrapassava os 15% do produto nacional, dado que o Estado se absteve de prosseguir muitas das actividades que até esse período desenvolvia.

¹⁰¹ JOSÉ JOAQUIM TEIXEIRA RIBEIRO, “*Lições de Finanças Públicas*”, Coimbra Editora, Coimbra, 1997, p. 40. Entre outros, sobre a Escola Clássica e o período liberal, leia-se SOARES MARTINEZ, *Economia Política*, Almedina, Coimbra, 1996, pp. 194 e ss.

como estava antes de pagar o imposto ou suportar a despesa”¹⁰². Sob a égide do princípio do equilíbrio orçamental, um dos traços marcantes das finanças liberais, impunha-se que as despesas normais fossem financiadas por receitas normais, podendo apenas recorrer-se ao crédito em situações de guerra ou calamidade. Trata-se da chamada *regra de ouro* das finanças liberais, visando que gerações futuras não ficassem oneradas pelo recurso ao crédito, por parte do Estado, e evitando um desvio de dinheiro do sector público para o sector privado¹⁰³.

A catástrofe económica que representou a Grande Depressão despoletada pela crise bolsista de 1929, deixando um quarto da população activa norte-americana desempregada e colocando mesmo em risco o modelo de economia de mercado e o próprio modelo democrático (como se veio a verificar na Europa continental, com a ascensão de regimes totalitários ao poder), levantou questões sobre as razões da crise económica e motivou uma revisão dos fundamentos teóricos do individualismo económico, defendido pela ESCOLA CLÁSSICA, nomeadamente no que toca ao papel do sector público como impulsionador da procura agregada na economia¹⁰⁴.

Em 1936, o economista britânico JOHN MAYNARD KEYNES abre um novo capítulo na história da teoria económica, particularmente no que concerne à resposta macroeconómica a dar a ciclos depressivos, com a obra “*The General*

¹⁰² ANTÓNIO L. SOUSA FRANCO, “*Finanças...*” p. 55. JOSÉ JOAQUIM TEIXEIRA RIBEIRO, “*Lições...*”, p. 41, entende por finanças neutras aquelas que não modificam as posições relativas dos particulares e que, portanto, tiram a cada indivíduo, através da cobrança de impostos, tanta utilidade quanto a que lhe restituem através da prestação de bens públicos, ressaltando, contudo, que não existem finanças verdadeiramente neutras porque, em geral, não há equilíbrio entre a utilidade que perde e a utilidade que ganha cada indivíduo.

¹⁰³ MARIA D’OLIVEIRA MARTINS, *Lições de Finanças Públicas e Direito Financeiro*, Almedina, Coimbra, 2012, p. 17.

¹⁰⁴ O grande sinal de mudança do paradigma económico, no sentido da intervenção estatal na economia, deu-se com a aprovação, em 1933, do programa de investimentos públicos “*New Deal*”, nos Estados Unidos, sob a presidência ROOSEVELT. Diversos projectos foram realizados, nomeadamente na área das grandes obras públicas, de forma a impulsionar a economia, deprimida pelo *crash* de 1929, e criar emprego. No entanto, o programa de investimentos conheceu forte oposição interna pelo perigo de acarretar o aumento do défice público.

*Theory of Employment, Interest and Money*¹⁰⁵. KEYNES advoga que a intervenção governamental, através da política monetária (alterando a quantidade de moeda a circular para influenciar as taxas de juro) e da política orçamental (alterando a política fiscal, do lado da receita, e o investimento público, do lado da despesa, para influenciar a procura agregada)¹⁰⁶, de forma algo céptica na primeira, mais contundentemente na segunda, é a solução para uma economia em estado recessivo, visto que, do ponto de vista keynesiano, uma recessão ou, nos casos mais graves e prolongados, uma depressão são resultado de uma procura agregada inadequada¹⁰⁷. Com efeito, afirma-se que o keynesianismo é uma teoria

¹⁰⁵ Podemos dizer que o interesse pelos temas macroeconómicos nasceu com a Grande Depressão dos anos 30, apontando-se para soluções entendidas como extra-mercado: a intervenção do sector público numa área até aí considerada tendencialmente fora do seu campo de actuação. A depressão dos anos 30 chamava a atenção para algo estranho, ou até absurdo, à análise da Escola Clássica dado que se constatava uma situação de carência no meio de uma relativa abundância de recursos e havia uma incapacidade de alocar esses mesmos recursos desempregados às situações de carência. FERNANDO ARAÚJO, “*Introdução...*”, p. 635, assinala que foi JONH MAYNARD KEYNES que constatou que elevados níveis de poupança, em vez de sinalizarem apenas disponibilidade de fundos para investir, poderiam antes, paradoxalmente, sinalizar aos empresários baixos níveis de consumo por parte dos aforradores, sendo que por isso um elevado nível de poupança, em vez de facilitar uma elevação do nível de investimento, poderia ao invés determinar uma retração do investimento, agravando a disparidade entre os dois valores e gerando o desemprego desses fundos disponíveis. Ao não se dar esta coincidência global entre poupança e investimento, teriam que ser os produtores a suportar sozinhos este amortecimento das variações do consumo através de flutuações dos “*stocks*”, variando entre escassez e excessos indesejados em função do consumo e da poupança. Sobre a teoria económica keynesiana, leia-se a detalhada passagem de SOARES MARTINEZ, “*Economia...*”, pp. 321 e ss.

¹⁰⁶ Na óptica pós-keynesiana apenas se justificará qualquer consideração isolada de equilíbrio orçamental na medida em que não agrave as condições de realização dos objectivos gerais da política económica. Considera-se a política orçamental como um meio de uma política económica, norteadas por objectivos de pleno emprego, de crescimento ou de outra finalidade ditada pela política do Estado. Neste sentido, também a tesouraria deixa de ser “uma pura caixa do Estado” para se tornar um instrumento da política monetária. Mesmo o recurso aos mercados de dívida pública é empreendido independentemente da correspondência entre um certo tipo de despesas e um certo tipo de receitas. ANTÓNIO L. SOUSA FRANCO, “*Finanças...*” p. 381.

¹⁰⁷ Os *keynesianos* acreditam, contrariamente ao veiculado pela ESCOLA CLÁSSICA, que, por os preços serem de certa forma rígidos, as flutuações de qualquer componente da despesa (consumo, investimento ou despesas do Estado), provocam uma flutuação da produção. Se a despesa do Estado aumentar, e todos os outros componentes da despesa se mantiverem constantes, então a produção aumenta. Neste ponto se aplica o efeito multiplicador da despesa, isto é a produção aumenta por um múltiplo na alteração original na despesa que a causou (um aumento de 10 milhões de euros na despesa do Estado poderia fazer com que a produção total aumentasse 15

da despesa total da economia (designada por procura agregada), sendo esta influenciada pela política monetária e orçamental e que qualquer alteração na despesa total da economia tem o seu maior impacto no curto prazo sobre a produção real e o emprego (e não sobre os preços, salvaguardando a inflação que se altera lentamente)¹⁰⁸¹⁰⁹.

A convicção keynesiana é a de que uma intervenção estatal ajuda a estabilizar a economia e funciona eficazmente de modo contra-cíclico. É justificada pelo facto de as flutuações económicas reduzirem significativamente o bem-estar económico; por o sector público ter conhecimentos e capacidade suficiente para corrigir problemas no mercado livre e por se considerar que o desemprego é um problema mais importante do que a inflação.

Em geral, podemos sintetizar os pressupostos da teoria económica keynesiana nos seguintes termos: a procura agregada desempenha um papel

milhões de euros, um multiplicador de 1,5). Sobre o efeito multiplicador da despesa no pensamento keynesiano, *vd.* ALAN S. BLINDER, “*Enciclopédia de Economia*”, Principia, 2000, p. 134.

¹⁰⁸ A KEYNES se atribui um famosa afirmação para realçar este aspecto - “*In the long-run we are all dead*”. Esta ideia está patente nas Curvas de Phillips, que mostra a inflação a reagir lentamente, quando o desemprego se altera. A noção-chave em que se baseia a Curva de Phillips é que, assumindo que políticas públicas expansionistas conduzem a taxas de desemprego menores, o Estado cai no dilema da verificação de um “*trade-off*” a curto prazo entre taxa de desemprego e e inflação, ou seja, uma correlação negativa em que taxas de desemprego elevadas induzem baixa inflação e taxas de desemprego baixas induzem taxas de inflação altas. A este propósito, PAUL KRUGMAN, “*Economics...*”, pp. 916 e ss.

¹⁰⁹ Sob a ortodoxia económica anterior a KEYNES, entendia-se que as poupanças e o investimento se ajustariam continuamente através de alterações nas taxas de juro. Qualquer tendência para maior poupança do que investimento conduziria a uma descida das taxas de juro, o que, simultaneamente, reduziria a propensão para a poupança, induzindo o investimento. Contudo, na perspectiva keynesiana, uma política central baseada somente na alteração das taxas de juro não desempenha eficazmente esse papel ajustador. Como eloquentemente escreve JOHN MAYNARD KEYNES, “*The General Theory of Employment, Interest and Money*”, Macmillan Cambridge University Press, 1973, pp. 378 e ss., “*The State will have to exercise a guiding influence on the propensity to consume partly through its scheme of taxation, partly, perhaps, in other ways. Furthermore, it seems unlikely that the influence of banking policy on the rate of interest will be sufficient by itself to determine an optimum rate of investment. I conceive, therefore, that a somewhat comprehensive socialisation of investment will prove the only means of securing an approximation to full employment.*”

decisivo na determinação do nível de produção; não há uma tendência automática para que o nível de poupança e o nível de investimento coincidam, dado que o nível de investimento não varia, primordialmente, em função das taxas de juro; o Estado, através da sua política orçamental, pode alterar o nível de procura agregada para baixar a taxa de desemprego¹¹⁰.

Assenta a política económica da transição para o Estado intervencionista neste conjunto de premissas teóricas, sendo que, estas, por sua vez, são resultado da revisão do pensamento clássico, empreendida por KEYNES¹¹¹. Novamente, como aponta SOUSA FRANCO, além de uma série de acontecimentos que foram justificando uma maior intervenção do Estado na direcção da vida económica, como sejam o aumento da intervenção política das classes mais desfavorecidas e das próprias classes médias por via do sufrágio universal ou o aparecimento de uma larga diversificação de modelos sociais de desenvolvimento, podem ser indicadas como causas do abandono do modelo liberal o surgimento de correntes ideológicas antiliberais tendentes a demonstrar que a teoria do equilíbrio na economia, tal como advogada pela ESCOLA CLÁSSICA inglesa e aprimorada posteriormente pelo economista francês LEON WALRAS¹¹², não existia. Somente a intervenção estatal poderia contrariar as situações de

¹¹⁰Na linha da caracterização da doutrina económica keynesiana veiculada pelo “*Dictionary of Economics*”, Penguin Books, 2003, p. 214 e, em particular, no que concerne ao tema das políticas macroeconómicas, seguindo de perto ROBERT SKIDELSKY, Keynes, “*The return of the master*”, Penguin Books, 2010, pp. 174 e ss.

¹¹¹ Sem prejuízo de se atribuir a KEYNES o impulso que alterou profundamente o pensamento económico no pós- Segunda Guerra Mundial, designadamente na consideração do pleno emprego como objectivo fundamental das políticas económicas, *pari passu* com a intensificação das despesas públicas nos momentos de crise, veio a verificar-se posteriormente que as ideias de KEYNES tinham sido alcançadas ao mesmo tempo pelo polaco KALECKI e por um grupo de economistas da Escola sueca, discípulos de KNUT WICKSELL. Francisco Pereira de Moura, “*Lições...*”, p. 92.

¹¹² No final do séc. XIX, o francês LEON WALRAS, que, em conjunto com WILFREDO PARETO, formam a chamada ESCOLA DE LAUSANNE, esclarece a ideia de interdependência de todos os valores no sistema económico (mercados dos produtos e dos factores de produção), definindo as condições de um equilíbrio estável, com base na existência de forças que compensam automaticamente os desvios e tendem a restabelecer o estado primitivo. Sobre o assunto e a teoria da utilidade marginal, em geral, leia-se ANTÓNIO JOSÉ AVELÁS NUNES, “*Noção...*”, pp 109 e ss.

desequilíbrio, através do uso intensivo de instrumentos financeiros, na linha keynesiana, como forma de luta contra o desemprego¹¹³.

É neste enquadramento que o sector público, numa evolução constante até aos anos 70 do séc. XX, passa a ter um maior peso e as formas de intervenção central na economia se diversificam quantitativa e qualitativamente¹¹⁴. Entre as finalidades do Estado destacam-se, neste contexto, a resposta às necessidades de carácter social (típica das funções do apelidado Estado de bem-estar¹¹⁵), a estabilização conjuntural ou a correcção estrutural e o crescimento e desenvolvimento económico. Assim, como características nucleares do modelo de Estado intervencionista deparámo-nos com o equilíbrio entre economia privada e economia pública (no âmbito de um sistema económico que tende a ser misto, situado num meio termo de equilíbrio entre a subordinação da economia pública à privada - modelo liberal - e a subordinação da privada à pública - modelo colectivista); a regra do óptimo substitui, como critério definidor do sector público, a regra do mínimo (sob a sua égide, a prossecução da melhor satisfação das necessidades públicas e do possível óptimo social inspiram as políticas económicas); o sector público assume uma dimensão crescente, passando a constituir valores compreendidos entre os 30% e os 50% do produto nacional bruto; as entidades públicas multiplicam-se, a par do

¹¹³ ANTÓNIO L. DE SOUSA FRANCO, “*Finanças...*”, pp. 58 e ss.

¹¹⁴ Distingue ANTÓNIO L. DE SOUSA FRANCO, “*Finanças...*”, p. 62, intervencionismo de dirigismo económico estatal, notando que, se no intervencionismo o funcionamento da economia continua a basear-se essencialmente no livre comportamento dos sujeitos económicos, havendo somente uma função correctiva ou ajustadora, nomeadamente, quanto a falhas de mercado ou redistribuição da riqueza, já no caso do dirigismo há uma ideia de direcção da economia, através da qual os agentes económicos privados são coagidos a comportar-se de acordo com os fins fixados no plano, no caso de regimes socialistas.

¹¹⁵ MARIA D’OLIVEIRA MARTINS, “*Lições...*”, p. 18, afirma, a propósito do Estado de bem-estar, que o primeiro princípio da economia de bem-estar pressupõe que mercados competitivos em equilíbrio se caracterizem por uma afectação de recursos eficiente (óptimo de Pareto). O segundo princípio fundamental da economia de bem-estar reside na circunstância de a afectação óptima paretiana, através de um equilíbrio de concorrência, poder ser alcançada através de transferências e impostos adequados; concretizando a ideia por outras palavras, o Estado, em prol da equidade e da eficiência, promove uma redistribuição de rendimentos por via da sua política fiscal.

aumento da carga fiscal e do recurso aos empréstimos públicos; o relacionamento entre as finanças públicas e a economia muda drasticamente, assentando o modelo pós-liberal na utilização de políticas financeiras ao serviço de políticas sociais e económicas (o ideal de neutralidade das finanças públicas é preterido em favor do princípio da funcionalidade na prossecução de fins extra-financeiros, como sejam fins sociais ou económicos)¹¹⁶.

JOSÉ JOAQUIM TEIXEIRA RIBEIRO indica ainda como finalidades do Estado, sob modelo intervencionista, a redistribuição do rendimento (Estado transfere rendimentos dos ricos para os pobres ou organiza serviços de que os mais pobres beneficiem), a estabilização económica (nas vertentes de estabilidade de emprego e de estabilidade do nível de preços a curto prazo) e, em geral, o desenvolvimento económico.¹¹⁷

Se no período do pós-guerra se assiste a um triunfo da corrente keynesiana, na década de 70 e 80, período economicamente conturbado pelas crises monetárias e o “*choque do petróleo*”, verifica-se uma inversão das correntes de pensamento económico dominantes. Em termos gerais, constatou-se neste período o surgimento de movimentos monetaristas e neoliberais, oriundos, de forma mais notória da ESCOLA DE CHICAGO e da ESCOLA AUSTRIACA, colocando novamente em causa a velha questão da intervenção estatal na economia¹¹⁸.

¹¹⁶ ANTÓNIO L. DE SOUSA FRANCO, “*Finanças...*”, pp. 61 e ss.

¹¹⁷ JOSÉ JOAQUIM TEIXEIRA RIBEIRO, “*Lições...*”, p. 42.

¹¹⁸ Além das correntes de pensamento neoliberal e monetarista, encabeçadas, respectivamente, por HAYEK e MILTON FRIEDMAN, a intervenção do sector público na economia já havia sido questionada por JAMES BUCHANAN e GORDON TULLOCK, quando escrevem acerca, não das falhas de mercado, mas das falhas do próprio Estado: a Teoria da Escolha Pública. Dado que os indivíduos na esfera privada prosseguem interesses próprios, também os indivíduos na esfera pública defendem os seus interesses em preterimento da prossecução do interesse público. Dois dos alicerces da Teoria da Escolha Pública residem na falta de incentivos para os eleitores supervisionarem os agentes públicos (o impacto directo de um voto bem informado é praticamente nulo) e na captura da gestão pública por grupos de interesse, organizados por indivíduos cujos ganhos resultantes da acção do Estado podem ser avultados. O Estado, segundo esta matriz, será necessariamente imperfeito e incapaz de corrigir as falhas no sector privado, considerando as suas próprias falhas intrínsecas; podemos falar na substituição da visão do Estado

Tendo MILTON FRIEDMAN como pensador económico de destaque, a ESCOLA DE CHICAGO é associada à defesa da economia de mercado livre e ao monetarismo¹¹⁹. Advoga, no plano microeconómico, retomando uma ideia da ESCOLA CLÁSSICA, que os mercados assumem uma alocação de recursos, tendencialmente, eficiente e que a intervenção do sector público deve ser mínima; no plano macroeconómico, a tese monetarista implica que o crescimento da oferta de moeda tem forte impacto sobre a inflação e que políticas governamentais de índole keynesiana, tendo como intuito a alteração da procura agregada, devem ser evitadas¹²⁰.

As acções, livres de regulação central, por parte dos agentes económicos actuantes são consideradas como socialmente benignas, sugerindo a ESCOLA DE CHICAGO uma abordagem “*soft*” em matéria de regulação concorrencial (aliás,

como um agente benevolente ao serviço da comunidade pela ideia *hobbessiana* do Leviatã. A este propósito, FERNANDO ARAÚJO, “*Introdução...*”, pp. 612 e ss e DAVID R. HENDERSON, JOÃO CÉSAR DAS NEVES, “*Enciclopédia de Economia*”, Principia, 2000, pp. 187 e ss.

¹¹⁹ PAUL KRUGMAN, “*Economics...*”, pp. 963 e ss. assinala que, se KEYNES era céptico relativamente à eficácia da política monetária em condições de depressão económica (posição partilhada por muitos economistas modernos, nomeadamente, se tivermos em conta o conceito de “*liquidity trap*” ou armadilha de liquidez - uma situação em que a política monetária é ineficaz dado que a taxa de juro nominal se encontra no limite zero), MILTON FRIEDMAN enfatizou a importância da política monetária no crescimento económico ao defender que o Produto Interno Bruto de uma economia crescerá se os bancos centrais fixarem uma taxa de crescimento da massa monetária e a mantiverem, independentemente das flutuações económicas. Contudo, segundo KRUGMAN, MILTON FRIEDMAN não favorece qualquer activismo relativamente a efeitos contracíclicos da política monetária, antes defendendo uma política monetária em “piloto automático”, em função da taxa-alvo de crescimento da massa monetária.

¹²⁰Sobre a política orçamental em matéria de despesas públicas, escreve MILTON FRIEDMAN, “*Capitalism and Freedom*”, The University of Chicago Press, Chicago, 2002, pp. 75 e ss. “*More recently, the emphasis has been on government expenditures neither to prime the pump nor to hold in check the specter of secular stagnation but as a balance wheel. When private expenditures decline for any reason, it is said, government expenditures should rise to keep total expenditures stable; conversely, when private expenditures rise, governmental expenditures should decline. (...) The chief harm done by balance wheel theory is therefore not that it has failed to offset recessions, which it has, and not that it has introduced an inflationary bias into governmental policy, which it has done too, but it has continuously fostered an expansion in the range of governmental activities at the federal level and prevented a reduction in the burden of federal taxes. (...) Far from being a balance wheel offsetting other forces making for fluctuations, the federal budget has if anything been itself a major source of disturbance and instability.*”

defende que as falhas de mercado, nomeadamente situações de monopólio advêm de políticas de regulação centrais falhadas). É frequentemente considerada uma corrente actual do velho modelo “*laissez-faire*” liberal.¹²¹

A ESCOLA AUSTRÍACA, liderada por FRIEDRIECH HAYEK e VON MISES, é fortemente crítica do planeamento central da economia, fazendo a apologia da economia de mercado livre, na linha do liberalismo clássico. Neste sentido, HAYEK em particular, defendendo a livre actuação dos agentes económicos (justifica-o pela disseminação de conhecimento numa economia de mercado, condição imprescindível de um sistema económico eficiente) e associa o modelo socialista de decisão económica centralizada a uma total perda de liberdade por parte dos indivíduos¹²²¹²³.

Paralelamente, a partir da década de 80, especialmente após o ciclo recessivo provocado pelo segundo choque petrolífero de 1979, deu-se uma superação da crença na excelência da intervenção do Estado e cresceram as críticas relativamente à dimensão desproporcionada do sector público.

Como escreve, com detalhe, MARIA EDUARDA AZEVEDO, os argumentos de natureza doutrinal combinaram-se com a reacção com às falhas de intervenção central na economia, ao descrédito do efeito multiplicador da despesa keynesiano, às manifestações da ineficácia das soluções encontradas pelo Estado-Providência e ao elevado custo financeiro do sector público, gerador de défices

¹²¹ De forma crítica, PAUL SAMUELSON, “*Economia...*”, p. 877, apelida a ESCOLA DE CHICAGO de libertária, afirmando que promove um assalto científico, à teoria económica, ao serviço dos interesses conservadores.

¹²² Acerca da ESCOLA AUSTRÍACA, DAVID R.HENDERSON, JOÃO CÉSAR DAS NEVES, “*Enciclopédia...*”, pp. 144 e ss.

¹²³ Relativamente ao planeamento central da economia e à perda de liberdade individual, FRIEDRICH HAYEK, “*Road to Serfdom*”, Routledge, 2001, p. 95 “*The so-called economic freedom which the planners promise us means precisely that we are to be relieved of the necessity of solving our own economic problems and that the bitter choices which this often involves are to be made for us. Since under modern conditions we are for almost everything dependent on means which our fellow men provide, economic planning would involve direction of almost the whole of our life. There is hardly an aspect of it, from our primary needs to our relations with our family and friends, from the nature of our work to the use of our leisure, over which the planner would not exercise his conscious control.*”

orçamentais persistentes¹²⁴ que acarretavam o recurso aos empréstimos como forma de equilíbrio das contas públicas¹²⁵.

Na mesma linha, SOUSA FRANCO refere-se à eclosão de orientações neoliberais, nas décadas de 70 e 80, favorecidas pela repetição de pontos depressivos no contexto de uma conjuntura económica instável, que se manifestaram na economia real através das políticas dos governos de Margaret Thatcher, no Reino Unido, e de Richard Nixon e Ronald Reagan, nos Estados-Unidos¹²⁶. As reduções de impostos e o corte nas despesas públicas enquadram-se numa concepção ideológica que tem como premissa a redução do sector público. Em particular, a administração Reagan tomou o arauto da defesa da iniciativa e dos investimentos do sector privado, concretizado através de cortes nos impostos e reduções na despesa pública, naquela matriz de política económica que viria a ficar conhecida como “*supply-side economics*”¹²⁷.

¹²⁴ Um dos principais problemas apontado por alguma doutrina económica ao aumento do endividamento público tem como ponto de partida o chamado efeito “*crowding-out*”: o mecanismo económico pelo qual o aumento da dívida pública implica a diminuição do investimento privado pela indução de um aumento nas taxas de juro, mantendo-se a procura agregada na economia ao mesmo nível que se encontrava antes da contracção do empréstimo e do investimento público. *Vd. “Dictionary of Economics”, Penguin Books, 2003, p. 83.*

¹²⁵ MARIA EDUARDA AZEVEDO, “*Parcerias...*”, pp. 83 e ss. Escreve ainda a autora que o Estado é acometido a uma posição secundária, concretizando, ao invés de actuar directamente, tenta captar o potencial da sociedade com o intuito de extrair o melhor das capacidades privadas para atingir objectivos públicos.

¹²⁶ ANTÓNIO L. DE SOUSA FRANCO, “*Finanças...*”, p.383.

¹²⁷ O pressuposto de funcionamento da “*supply-side economics*” baseia-se na crença de que uma redução acentuada da carga fiscal promove incentivos à iniciativa privada (se quisermos, incentivos para trabalhar) e ao investimento privado, induzindo, por conseguinte, um aumento potencial da produção. Ainda assim, considera a doutrina “*supply-sider*” que uma redução das taxas dos impostos teria um efeito tão exponencial no crescimento económico, que o agregado total de receita fiscal angariada pelo Estado aumentaria (corolário da hipotética Curva de Laffer - suposta correlação negativa entre as taxas e a receita fiscal total: quando as taxas sobem a receita fiscal total desce, quando as taxas descem a receita fiscal total aumenta.) Fortemente crítica da corrente keynesiana, a teoria “*supply-sider*” foi a base da campanha presidencial de Ronald Reagan, em 1980. Ainda assim é considerada com um certo descrédito por grande parte da doutrina económica actual, pela falta de comprovação empírica dos resultados desta teoria económica. No seguimento de PAUL KRUGMAN, “*Economics...*”, p.970 e “*Dictionary of Economics*”, Penguin Books, 2003, p. 373.

1.4.2. O Estado Pós-Social, o investimento e as PPP's

Desembocando no século XXI, o modelo económico-financeiro da intervenção do Estado, pelo menos se atendermos aos Estados de matriz democrática ocidental, preterindo a análise de economias sob modelos de capitalismo de Estado (pensemos no caso da República Popular da China) ou economias colectivistas (pensemos no caso da República de Cuba, ainda que dando conta, recentemente, de sinais de abertura ao modelo de economia de mercado ocidental), caracteriza-se por um misto de alguns elementos do modelo intervencionista e alguns elementos do modelo liberal clássico.

PAULO TRIGO PEREIRA e JOÃO CÉSAR DAS NEVES, entre numerosa doutrina, no seguimento do ensinamento de RICHARD MUSGRAVE¹²⁸, consideram como funções do Estado na economia a função de afectação dos recursos (o sector público contribui para uma afectação eficiente dos recursos na economia, sendo concretizada pela provisão de bens e serviços públicos, pela correcção dos comportamentos dos agentes económicos através da criação de impostos ou subsídios que incorporem os efeitos externos da sua actividade e, por último, pela regulação de certas actividades produtivas), a função de redistribuição (considera-se que certas correcções à distribuição do rendimento são justificadas por motivos de justiça distributiva) e a função de estabilização macroeconómica (utilização dos instrumentos financeiros na promoção do pleno emprego e no controlo da inflação)¹²⁹.

A qualificação das funções económicas do Estado avançada por RICHARD MUSGRAVE, mantendo-se plenamente actual, tem sido aprofundada por alguma doutrina, nomeadamente por JOSEPH STIGLITZ, que afere as funções do Estado

¹²⁸ O autor norte-americano elenca as funções do Estado como: *“allocative function”*, *“distribution function”*, *“stabilization function”*. Trata-se de uma posição ainda hoje consensual, partilhada por boa parte da doutrina económica actual. RICHARD MUSGRAVE, *“The Theory of Public Finance”*, Macgraw Hill, 1958, pp. 7 e ss, e RICHARD MUSGRAVE/PEGGY MUSGRAVE, *“Public Finance in Theory and Practice”*, Macgraw Hill, 1958.

¹²⁹ Entre outros, PAULO TRIGO PEREIRA/ANTÓNIO AFONSO/MANUELA ARCANJO/JOSÉ CARLOS GOMES SANTOS, *“Economia e Finanças Públicas”*, Escolar Editora, 2012, pp. 11 e ss. e JOÃO CÉSAR DAS NEVES, *“Introdução à Economia”*, Verbo, 1992, pp. 68 e ss.

em dois vectores: eficiência (que se reconduz aos objectivos de afectação dos recursos e estabilização macroeconómica) e equidade (que se reconduz ao objectivo de distribuição do rendimento)¹³⁰. A configuração da intervenção do sector público na economia em função da enumeração dos objectivos referidos anteriormente não se compadece, em nossa opinião, com um suposto regresso ao modelo liberal clássico.

Contudo a retracção acentuada das políticas públicas e as críticas às falhas da intervenção central na economia, fruto de uma corrente de pensamento neoliberal que surgiu nos anos 70 e 80 e invadiu a chamada “*mainstream economics*”¹³¹, também impedem a recondução da moldura actual aquela que se constatou no período pós-Segunda Guerra Mundial, um período iminentemente intervencionista sob a égide do legado de KEYNES.

Sintetizando, EDUARDO PAZ FERREIRA refere que as vicissitudes dos ESTADOS DE BEM ESTAR SOCIAL, especialmente os elevados custos inerentes à manutenção de um sector público alargado e a dificuldade em encontrar um amplo acordo social em que se pudesse basear, levam a que se procurem novas formas de enlace entre Sociedade e Estado. Concretizando, o autor assinala que ainda que não haja um abandono de uma presença activa do Estado na economia, pelo menos enquanto agente regulador, o sector público abandona parcialmente as formas de actuação unilateral, daí os fenómenos de concertação económico-social e contratualismo económico¹³² no seio da Administração, e dá

¹³⁰ JOSEPH STIGLITZ, “*Economics of the Public Sector*”, W. W. Norton & Company, 2000, p. 92.

¹³¹ Uma das manifestações desta corrente neoliberal é, no plano económico institucional, o chamado “*Consenso de Washington*”. Trata-se de um conjunto de políticas, que remontam ao final da década de 80, implementadas por instituições com sede em Washington (FUNDO MONETÁRIO INTERNACIONAL, BANCO MUNDIAL e DEPARTAMENTO DO TESOURO DOS ESTADOS UNIDOS), cujos pilares são, em termos gerais, a privatização do sector público, a austeridade fiscal e a liberalização dos mercados. JOSEPH STIGLITZ, “*Globalization and Its Discontents*”, W. W. Norton & Company, 2001, pp. 46 e ss. critica veementemente o que considera ser fundamentalismo neoliberal, que se traduz na “*standardização*” destas políticas a nível global ou, nas suas palavras, no tratamento “*one size fits all*” de economias individualizadas.

¹³² No entendimento de CABRAL DE MONCADA, “*Direito...*” pp. 621. e ss, o fenómeno do contratualismo económico é uma solução de compromisso entre as exigências constitucionais do

primazia à iniciativa privada e aos mecanismos de mercado como forma de conseguir o máximo de bem-estar na Sociedade (daí o fenómeno da privatização dos serviços públicos)¹³³. Note-se que, pese embora o sector privado tenha vindo a assumir a responsabilidade pela provisão de alguns serviços públicos, ao Estado continua a não ser indiferente, mesmo que directamente não provisione ou produza, a qualidade, performance ou continuidade da satisfação das necessidades públicas. Portanto, o Estado indica, conduz, fiscaliza e promove a satisfação dessas necessidades, não se reconduzindo, ainda que contra fortes correntes neoliberais, ao Estado típico do liberalismo clássico¹³⁴.

Seguindo a mesma orientação, NAZARÉ COSTA CABRAL, a propósito do enquadramento da abordagem PPP no tema da mutação das funções do Estado, constata a passagem do modelo de ESTADO EMPRESÁRIO E PRODUTOR para um modelo de ESTADO REGULADOR¹³⁵.

Existe, pois, uma profunda conexão entre o fenómeno da regulação, que não cabe aqui aprofundar, ou a assunção do ESTADO REGULADOR, e o fenómeno

modelo de Estado intervencionista e a estrutura liberal da ordem jurídica económica, como meio possível de associar particulares ao desempenho de atribuições de interesse geral. Com referência ao objecto deste tipo de contratos, o autor distingue entre convenções de colaboração para fins intervencionistas e convenções de administração económica: as primeiras tendo como objecto a atribuição convencional às entidades privadas de tarefas próprias de um serviço público, as segundas tendo como objecto a obtenção do particular de uma prestação ou de um comportamento conforme à política de intervenção do Estado previamente definida pelas normas orientadoras da sua actividade neste domínio. Insere as concessões de serviços públicos, como tipo contratual PPP, na primeira categoria.

¹³³ EDUARDO PAZ FERREIRA, “*Lições...*”, pp. 335 e ss.

¹³⁴ MARIA JOÃO ESTORNINHO, “*A Fuga para o Direito Privado*”, Almedina, Coimbra, 1999, p. 98, assinala, numa sugestiva e ilustrativa adaptação da expressão “*laissez faire*” que, se no Estado Liberal a Administração pautava a sua actuação pelo lema do *laissez-faire*, já no período do Estado Social pautava a sua actuação pelo lema do “*faire elle-même*”; no Estado Pós-Social actual pauta a sua actuação pelo “*faire-faire*”, dado que fica incumbida das tarefas de planeamento, fomento e controlo.

¹³⁵ NAZARÉ COSTA CABRAL, “*Parcerias...*”, p. 28. Na mesma linha, COMISSÃO EUROPEIA, “*Livro Verde...*”, p. 3, quando afirma: “*O desenvolvimento das PPP’s insere-se ainda na evolução geral do papel do Estado na esfera económica, passando do papel de operador directo para o de organizador, de regulador e fiscalizador.*”

do redimensionamento do sector público através do movimento de liberalização e privatização de serviços ou activos públicos¹³⁶¹³⁷.

Fazendo uso de uma acepção ampla de privatização do sector público, que abranja não só, em sentido estrito, a transferência de propriedade, mas também qualquer forma de associação dos privados à satisfação das necessidades públicas, as PPP's são uma das manifestações dessa redefinição de fronteiras entre sector público e privado, concretizada através de privatizações ou fenómenos que lhe são próximos e causa do incremento da competência regulatória do Estado¹³⁸.

Para além de justificações relacionadas com as tão apregoadas vantagens comparativas do sector privado (gestão mais eficiente, económica e eficaz)¹³⁹, sob o ponto de vista estritamente financeiro, o recurso à abordagem PPP não deixa de ser o reconhecimento de uma insuficiência de recursos, por parte do sector público, para assegurar a satisfação das necessidades colectivas. Com efeito, a contenção orçamental caracteriza as finanças do Estado moderno,

¹³⁶ EDUARDO PAZ FERREIRA, “*Ensinar...*”, p. 235. Como referem EDUARDO PAZ FERREIRA, LUÍS SILVA MORAIS, GONÇALO ANASTÁCIO, “*Regulação em Portugal: Novos Tempos, Novo Modelo?*”, Almedina, Coimbra, 2009, p. 19, a crise do modelo do Estado intervencionista conduziu a um processo de transformação desse modelo que assenta em dois movimentos essenciais: um movimento intenso de privatização (especialmente a privatização de empresas públicas) e um movimento cada vez mais alargado de liberalização (traduzido no desmantelamento gradual de direitos especiais ou exclusivos existentes nos Estados – Membros e que permitiram manter múltiplos sectores económicos essenciais desses Estados fechados à concorrência). Entendem os autores que os movimentos de liberalização e privatização são elementos indutores de uma alteração do padrão das relações entre Estado e economia e do consequente desenvolvimento de uma nova dimensão de intervenção indirecta do Estado na economia através da regulação.

¹³⁷ MARIA JOÃO ESTORNINHO, “*Direito Europeu...*”, p.88, a propósito do novo contexto comunitário nacional de privatizações, liberalização, abertura à concorrência e internacionalização dos contratos públicos, assinala que mais do que Estado regulador, constata uma Europa reguladora. Assinala também, desta vez relativamente às concessões de serviços públicos, que o Estado cada vez mais assume sobretudo tarefas de garantia e controlo, uma vez que a sua tradicional responsabilidade de execução, tende a ser substituída por uma responsabilidade de garantia da prestação ou, até, uma mera responsabilidade de controlo ou de fiscalização.

¹³⁸ Neste sentido, PAUL LIGNIERES, “*Partenariat...*”, p. 23: “...*par la libéralisation du secteur et la privatisation des entreprises publiques, l'État transfère définitivement la compétence au secteur privé et il ne conserve qu'une fonction de réglementation et de régulation.*”.

¹³⁹ JOSEPH STIGLITZ, “*Economics...*”, pp. 199 e ss.

principalmente se considerarmos que os países integrantes da UNIÃO ECONÓMICA E MONETÁRIA estão sujeitos a regras de controlo orçamental previstas no Tratado de Funcionamento da União Europeia e reforçadas pelo Pacto Orçamental, assinado em 2012¹⁴⁰. Já no ordenamento interno, ainda que num primeiro período, ao longo dos anos 90, a ausência de uma moldura legal e orçamental não tenha impedido a Administração de optar pela modalidade de contratação PPP, nomeadamente no sector dos transportes (caso da Ponte Vasco da Gama, do Programa de Concessões Rodoviárias, da Travessia Ferroviária da Ponte 25 de Abril ou do Metro Ligeiro de Superfície Sul do Tejo)¹⁴¹, a

¹⁴⁰ De acordo com o Pacto Orçamental os Estados-Membros da União Europeia devem inscrever na sua Constituição ou em lei com valor equivalente um limite ao défice estrutural de 0,5%, o qual acresce ao limite de 3% previsto no Tratado de Funcionamento da União Europeia. Quanto à dívida pública mantem-se o limite de 60% do Produto Interno Bruto; *vd.* MARIA d'OLIVEIRA MARTINS, “Lições...”, p.34. No mesmo sentido, sobre os constrangimentos orçamentais dos países sujeitos ao Pacto de Estabilidade e Crescimento e o recurso à contratualização PPP como via de distender a despesa por vários anos orçamentais, OCDE, “Public-Private...”, p.46: “Given the bulky nature of large infrastructure capital outlays, the result might be that the large financial size of capital projects may contribute to breaking the budget deficit limit in the year in which the government undertakes the outlays. Should the project be completed in terms of PPP, instead of traditional procurement, the private sector will be responsible for the initial bulky capital outlay. The government will then (in the absence of user charges), on a regular basis and as part of its current expenditures, pay the private partners a fee for services delivered.”

¹⁴¹TOMASZ KOZLUK, TIMO VALILA, AARON MEHROTRA, “Roads on a downhill? Trends in EU infrastructure investment”, *European Investment Bank Papers*, vol. 10, 2005. Analisando a evolução e as determinantes do investimento público em infra-estruturas na União Europeia, os autores concluem que, se em termos absolutos o valor investido pelo sector público em infra-estruturas tem aumentando de forma constante, quando medido em função do crescimento do Produto Interno Bruto constata-se que tem vindo a cair desde os anos 70. Encontram justificação para tal declínio em situações de consolidação orçamental (segundo o mesmo entendimento, INTERNATIONAL MONETARY FUND, “Public Investment and Fiscal Policy”, 2004, p.9: “(...)there is, however, evidence that public investment has fallen because of fiscal adjustment..”). Contudo, notam que os únicos países da União Europeia em que o financiamento privado de infra-estruturas, nomeadamente as PPP’s, possa ter tido influência sistémica no declínio do investimento público em infra-estruturas são o Reino Unido e Portugal, considerando que nos restantes países da União Europeia o valor dos projectos sob modalidade PPP é diminuto se comparado com o valor total investido em infra-estruturas. Relativamente à desenvoltura da abordagem PPP em Portugal, já em 2008, nas suas “Linhas de orientação e procedimentos a adoptar nas auditorias externas a realizar aos projectos de parcerias público-privadas”, o TRIBUNAL DE CONTAS sublinhava que Portugal é o país europeu com maior percentagem de PPP, quer em relação ao Produto Interno Bruto, quer em relação ao Orçamento de Estado. O TRIBUNAL DE CONTAS, “Parecer

aprovação da Lei nº 91 /2001, de 20 de Agosto (Lei de Enquadramento Orçamental), veio estabelecer um conjunto de matrizes normativas dedicadas ao fenómeno financeiro PPP¹⁴².

Como vimos, se a crescente complexidade da Sociedade actual e a consequente implicação de o poder centralizado ter de dar respostas a um leque cada vez mais alargado de necessidades, podia fazer prever a concretização da *Lei de Wagner*¹⁴³, os custos financeiros envolvidos na prossecução dessas finalidades públicas revelaram-se, mais notoriamente a partir da década de 70, extremamente difíceis de gerir. Contudo, como eloquentemente escreve CABRAL DE MONCADA, relativamente às novas formas de contratualismo económico de que o instituto PPP é parte integrante, “o Estado dos nossos dias não pode demitir-se da prossecução do programa constitucional por um lado, mas pelo outro não pode levá-lo a cabo senão contando com a livre adesão contratual dos destinatários ao programa de transformação estrutural de que se faz defensor.”¹⁴⁴

É neste contexto que o recurso ao financiamento privado pela Administração, inerente que é aos projectos PPP, pelo menos evitando avultados investimentos de capital na fase inicial do projecto, sem prejuízo de, contudo, consoante o tipo de contrato em causa, se poderem verificar pagamentos faseados ao longo do ciclo de vida do contrato, constitui uma via de escape face à necessidade de meios financeiros que viabilizem a construção de grandes infraestruturas públicas ou a provisão de serviços de carácter social.

sobre a *Conta Geral do Estado*”, 2008, pp. 49 e ss. volta a reforçar a ideia do elevado impacto financeiro das PPP nas contas públicas nacionais.

¹⁴² MARIA EDUARDA AZEVEDO, “As PPP’s e as Finanças Públicas: Reflexões sobre a Moldura Orçamental”, in *Revista de Finanças Públicas e Direito Fiscal*, Almedina, Coimbra, 2009, pp. 247 e ss.

¹⁴³ ADOLFO WAGNER, economista alemão do final do séc. XIX, enunciou a lei do aumento das despesas públicas: entre os países desenvolvidos verifica-se um constante aumento da actividade do Estado, não só em termos absolutos, mas também em termos relativos, quando comparada com o aumento do Produto Interno Bruto, dado que a procura de bens e serviços fornecidos pelo Estado é elástica em relação ao rendimento. *Vd.* JOSÉ JOAQUIM TEIXEIRA RIBEIRO, “*Lições...*”, p. 133.

¹⁴⁴ CABRAL DE MONCADA, “*Direito...*”, p. 662.

PAUL LIGNIERES constata que os constrangimentos orçamentais do Estado Pós-Social são tais, perante a impossibilidade de aumentar a carga fiscal ou contrair mais dívida pública (vale a pena assinalar que o autor escreve no ano 2000, ou seja, num período em que ainda não se perspectivava a crise da dívida soberana), que o recurso ao sector privado poder ser entendido como uma resposta financeira a uma necessidade crescente de serviços e equipamentos públicos¹⁴⁵. No contexto dos países-membros da UNIÃO EUROPEIA, o autor associa essa necessidade crescente de serviços e equipamentos públicos à concretização do MERCADO ÚNICO: pressupõe uma rede de transportes moderna promove a fácil deslocação de pessoas e bens dentro do espaço europeu. Mas associa também essa necessidade crescente à liberalização de vários sectores económicos, como o sector das telecomunicações, da energia ou do transporte aéreo (a diminuição dos preços em mercados abertos à concorrência pode “criar necessidades” em indivíduos que antes não as entendiam viáveis de satisfazer, ou seja, alargar o leque de potenciais consumidores e implicar a construção de novos equipamentos ou serviços)¹⁴⁶.

¹⁴⁵ Contudo, analisando do ponto de vista económico as vantagens e desvantagens do recurso ao modelo PPP, TIMO VALILA, “How expensive are cost savings?, On the economics of public private partnerships”, EUROPEAN INVESTMENT BANK PAPERS, Vol. 10, 2005, pp. 111 e ss. conclui que os ganhos adjacentes a este tipo de contratação são sobretudo no domínio microeconómico, dado que no plano macroeconómico, nas suas palavras, “*there is no case for or against PPPs*”. Afirma o autor que a criação de margem de manobra do ponto de vista orçamental, que advenha do recurso ao financiamento privado de projectos públicos é mais aparente do que real. Explica que a política orçamental, como instrumento de estabilização macroeconómica, deve ser calibrada de forma a que o nível de despesa não seja demasiado alto, envolvendo inflação, nem demasiado baixo, envolvendo contracção económica. A mera transferência de despesa do sector público para o sector privado, em termos contabilísticos, não cria espaço de manobra orçamental nas finanças do sector público para a assunção de novas despesas porque, assumindo que o sector público aumenta o nível de despesas (na pior dos casos, despesa não produtiva, assumida meramente por razões de ordem política) pela mesma medida da despesa que alocou no sector privado, estaria a enveredar por políticas demasiado expansionárias, acarretando, na conclusão do autor, risco de inflação. As justificações do recurso ao modelo PPP devem ser estritamente económicas, em detrimento de qualquer consideração atinente à política orçamental, dado que se atendermos a justificações de ordem orçamental, o sector público pode optar pela modalidade PPP em casos cuja solução mais eficiente seria a opção pela modalidade de contratação pública tradicional, não promovendo a eficiente alocação dos recursos.

¹⁴⁶ PAUL LIGNIERES, “*Partenariat...*”, p. 26.

Por outro lado, afastando considerações de ordem macroeconómica como critério primordial¹⁴⁷, TIMO VALILA aponta que o recurso à modalidade de contratação PPP (há que ter em conta que, neste caso, não nos referimos à opção de investir ou não em determinado projecto, aí, naturalmente, considerações de ordem macroeconómica seriam tomadas em linha de conta), por parte da Administração, deve ser justificado do ponto de vista microeconómico. Neste sentido, o autor conclui que as PPP's podem oferecer ganhos de eficiência económica, quando analisadas comparativamente com a contratação pública tradicional. Contudo esses ganhos de eficiência, nomeadamente a maior eficiência produtiva (no contexto PPP, essa mesma realidade é identificada pela expressão “*value for money*”) que advém do envolvimento do parceiro privado, desde que promovida por uma estrutura contratual de partilha de riscos e incentivos, que não coloque em causa a qualidade da satisfação da necessidade pública, podem ser contrabalançados ou mesmo ultrapassados pelos elevados custos de transacção inerente a este tipo de contratualização¹⁴⁸.

Retomando a função tripartida da intervenção do Estado na economia avançada por RICHARD MUSGRAVE (eficiente alocação de recursos, redistribuição de rendimento, estabilização macroeconómica), TIMO VALILA assinala que o

¹⁴⁷ *Vd.* nota 126.

¹⁴⁸ TIMO VALILA, “How expensive are cost savings?, On the economics of public private partnerships”, *European Investment Bank Papers*, vol. 10, 2005, pp. 98 e ss. Os ganhos de eficiência económica, segundo o autor, advém das características dos contratos PPP e, em geral, do envolvimento do parceiro privado no projecto que se traduz em três factores de eficiência produtiva: a estrutura de propriedade dos activos subjacentes à provisão do serviço, o chamado “*bundling*” contratual das diferentes fases do projecto e a estrutura de partilha de riscos e incentivos inerentes à produção dos bens e provisão dos serviços. Os elevados custos de transacção da contratualização PPP, quando comparados com os da contratação pública tradicional, estão relacionados com a complexidade da estrutura de financiamento, partilha de riscos, incentivos, propriedade (que pressupõe geralmente elevados custos de consultoria na fase pré-contratual) e a longa duração dos contratos (contratos com um ciclo de vida que se pode arrastar durante décadas podem pressupor diversas renegociações). Conclui da seguinte forma: “*there is an economic case for a PPP if it can deliver a combination of allocative efficiency and productive efficiency, at non-prohibitive transaction costs, that is superior to traditional public provision of an infrastructure or public service. Under such circumstances a PPP is a optimal instrument for public sector intervention.*”

Estado, recorrendo à modalidade PPP, pode salvaguardar a sua função de eficiência alocativa dos recursos (o mesmo que dizer, a opção pela produção ou provisão do bem ou serviço público que identifica como necessidade a suprir), da mesma forma que o faria através da contratação pública tradicional, mesmo que os activos ou serviços sejam financiados e provisionados por entidades privadas.

No seguimento de MARIA EDUARDA AZEVEDO, as PPP's tendem para a incompletude contratual dadas as dificuldades de antecipar todas as situações, tomando em linha de conta a longa duração dos contratos e o quadro de indefinição que se traduz na impossibilidade de antecipar todas as circunstâncias que possam ocorrer ao longo do período de execução do contrato. Contudo, sob modalidade PPP, é possível combinar a eficiência produtiva e a eficiência alocativa se a estrutura de propriedade e um mecanismo de incentivos adequado for concebido sob a fórmula proprietário/operador privado ¹⁴⁹.

A função de eficiência alocativa dos recursos continua a ser retida pelo sector público através dos requisitos de “*outputs*” na realização da infraestrutura ou provisão do serviço¹⁵⁰, quantitativos e/ou qualitativos, estipulados e exigidos contratualmente à contraparte privada. Há que tomar em atenção, porém, que se pode verificar uma tensão entre a prossecução da eficiência produtiva e a prossecução da eficiência alocativa dado que diminuição de custos pode significar diminuição de qualidade ou quantidade do serviço provisionado, daí a importância de uma rigorosa estipulação contratual, como referimos, nem sempre possível, ao nível dos “*outputs*” que a Administração visa atingir, quando recorre a este tipo de modalidade¹⁵¹.

¹⁴⁹ MARIA EDUARDA AZEVEDO, “*Parcerias...*”, pp. 429 e ss.

¹⁵⁰ As especificações de *outputs* de uma infraestrutura ou provisão de serviço caracterizam-se por, em vez de se focarem no “*como*” a infraestrutura deve ser construída (por exemplo, materiais, dimensões etc.) ou um serviço deve ser provisionado (por exemplo, mão-de-obra), focam-se no “*o que*” que a infraestrutura ou serviço visam satisfazer (requisitos de serviço, disponibilidade etc). *Vd.* HERBERT ROBINSON, PATRICIA CARRILLO, CHIMAY J. ANUMBA, MANJU PATEL, “*Governance...*”, p. 44.

¹⁵¹ TIMO VALILA, “*How...*”, p. 99. No mesmo sentido, MATHIAS DEWATRIPONT, PATRICK LEGOS, “Public-Private Partnerships: contract design and risk transfer”, in *European Investment Bank Papers*, Vol. 10, 2005, p. 141: “...PPP's seem to better at providing incentives for life-cycle cost

No domínio da contratualização PPP, a intervenção do sector público na economia é justificada por se constatar uma falha na produção de um bem público ou na provisão de um serviço público¹⁵². Porém, e aqui circunscrevemo-nos ao investimento infraestrutural¹⁵³¹⁵⁴, a construção de um equipamento não

savings; the builder and the operator have the right incentives to minimise life-cycle costs. However, there are concerns that such cost cutting may come at the expense of quality. There is therefore a need for controlling the quality of public services delivered through PPP's." e INTERNATIONAL MONETARY FUND, "Public-Private...", pp. 10 e ss. "The trade-off facing a government seeking to arrange for the service of particular service is between quality and efficiency The government has the capacity to achieve a desired quality standard, but it may have difficulties doing so while also containing costs. The private sector can use its better management skills and capacity for innovation to more actively pursue opportunities to reduce costs, but service quality may be compromised in the process. However, private provision may be workable if the government can write a fully specified, enforceable contract with the private sector. Hence, PPP's would be well suited for situations where the government can clearly identify the quality of services it wants the private sector to provide, and can translate this into measurable output indicators."

¹⁵² No seguimento de DARRIN GRIMSEY, MARVYN K. LEWIS, "Public...", pp. 23 e ss., o impacto do investimento público na economia pode inserido em duas orientações, consoante a o investimento público tenha um efeito de "crowding-out" ou "crowding-in" sobre o investimento privado: a tese monetarista defende que o investimento público, através de mecanismos directos e indirectos, nos quais se incluem a subida da taxa de inflação e a subida das taxas de juro, substitui e afasta o investimento privado ("crowding-out"); outra orientação (na linha do estudo desenvolvido por DAVID ASCHAUER, "Is Public Expenditure Productive?", Federal Reserve Board of Chicago, 1988) defende que o investimento público é complementar ao investimento privado: se num primeiro momento pode haver um efeito de "crowding-out", a médio prazo esse efeito é ultrapassado pelos ganhos de produtividade no sector privado, a tal ponto que acarreta um efeito positivo sobre o seu nível de investimento ("crowding-in").

¹⁵³ Relativamente à distinção entre investimento infra-estrutural e investimento público, note-se que, enquanto grande parte do investimento público abrange o investimento infra-estrutural, o contrário não sucede necessariamente: uma parte considerável do investimento infra-estrutural é empreendido por entidades comerciais (por ex. sector das telecomunicações ou sector energético). *Vd.* TOMASK KOZLUK, TIMO VALILA, AARON MEHROTRA, "Roads...", p. 19.

¹⁵⁴ DARRIN GRIMSEY, MERVY K. LEWIS, "Public...", pp. 27 e ss, assinalam que a necessidade de intervenção estatal na área das infra-estruturas, especialmente aquelas que são abrangidas pelo conceito de "hard economic infrastructures" (v. nota 49) é consensual devido a um conjunto de características económicas inerentes a este tipo de infra-estruturas: o facto de constituírem serviços de rede (promovem a integração de toda a actividade económica, daí serem de enorme importância estratégica), provisionarem bens públicos (os benefícios da sua realização são partilhados por toda a comunidade, de tal forma que aqueles que não que estejam dispostos a pagar pelo serviço não são excluídos do usufruto do seu benefício, não havendo rivalidade, nem exclusão no consumo do bem - há que realçar, neste ponto, que muitos dos bens ou serviços objecto de contratos PPP não assumem totalmente estas características, especialmente se considerarmos as PPP cujo rendimento do projecto advém da cobrança de taxas aos utentes), o

constitui um fim em si mesmo. Trata-se antes de um meio de prosseguir as grandes políticas económicas do Estado. Concretizando, as PPP's, como modalidade de contratação cujo objecto primordialmente são infra-estruturas de carácter comercial¹⁵⁵ e com forte pendor económico, podem ser um factor de crescimento económico.

Apesar de não ser consensual a posição¹⁵⁶, levantando questões relativamente à relação causal entre o investimento em infra-estruturas e o aumento dos níveis de produtividade numa economia¹⁵⁷, PAUL LIGNIERES entende que, a contratualização PPP, por via da provisão de bens ou serviços, pode ser considerada, não um motor de crescimento económico, mas um veículo para que esse crescimento se concretize: por exemplo, a expansão de uma rede rodoviária ou ferroviária abre novos mercados a populações isoladas, facilitando a movimentação de pessoas e bens. Com efeito infra-estruturas como

facto de poderem dar origem a monopólios naturais (economias de escala tornam viável a provisão do serviço ou bem unicamente por um agente, afastando o factor concorrencial implícito à presença de múltiplos agentes no mercado, devido aos avultados custos de capital envolvidos na implementação do projecto (por ex. sector energético).

¹⁵⁵ O financiamento privado de infra-estruturas privilegia, sem prejuízo de se constatarem casos em que o seu objecto sejam infra-estruturas de carácter social, as infra-estruturas de carácter comercial dado que a taxa de rendimento é tendencialmente mais elevada, consubstanciada através de cobranças de taxas directamente aos utentes, tornando-se, por esta via, mais atractivas ao envolvimento do sector privado.

¹⁵⁶WARD ROMP, JAKOB DE HAAN, "Public Capital and Economic Growth: a critical survey", *European Bank Investment Papers*, Vol. 10, 2005, pp. 41 e ss., assinalam que o impacto do investimento público sobre o crescimento económico é menor do que o que resulta, mais notoriamente, do estudo de DAVID ASCHAUER (v. nota 131), contudo indicam que há maior consenso na doutrina económica sobre o efeito positivo do investimento público sobre o crescimento económico, ainda que se revele ligeiro e dependente de outros factores. Realçam ainda que a maior parte dos estudos se focam em investimento público em novas infra-estruturas, negligenciando o investimento público realizado na manutenção das já existentes, assinalando que esse tipo de investimento pode desempenhar um papel tão ou mais importante, especialmente nos países desenvolvidos, do que o investimento canalizado para a realização de novos equipamentos

¹⁵⁷WARD ROMP, JAKOB DE HAAN, "Public...", p. 41, referem que uma das questões mais importantes neste tema é aferir da relação de causalidade entre investimento público e crescimento: enquanto que o investimento pode afectar o "output" da economia, potenciando o desenvolvimento económico, este também pode influenciar a procura e oferta de bens e serviços públicos.

portos, aeroportos, auto-estradas ou linhas ferroviárias podem promover o crescimento do sector exportador e, mesmo no mercado interno, fazer com que os custos relacionados com o transporte diminuam¹⁵⁸.

Concluindo, na linha do proposto por NAZARÉ COSTA CABRAL, podemos afirmar que o recurso à contratação PPP conduz a soluções técnicas e económicas mais eficientes, quando comparado com o recurso à contratação pública tradicional, visto que aborda de forma integrada o ciclo de vida do projecto (no qual se inclui a exploração e a manutenção) e evita a derrapagem de custos e prazos na fase de concepção e construção da infra-estrutura¹⁵⁹.

Se a realização de projectos sob modalidade PPP acautela a degradação das infra-estruturas, salvaguardando a eficácia na concretização dos objectivos pretendidos, também impede, o que sucede nos processos tradicionais, a escolha de concorrentes em função de critérios financeiramente limitados, como seja o critério do preço mais baixo, em detrimento da escolha do parceiro privado em função de critérios atinentes à garantia de acompanhamento da exploração e manutenção da qualidade do serviço¹⁶⁰¹⁶¹.

¹⁵⁸ PAUL LIGNIERES, “Partenariat...” p. 33.

¹⁵⁹EUROPEAN PPP EXPERTISE CENTRE, “*The Non-Financial Benefits of PPP’s: A Review of Concepts and Methodology*”, 2011, pp. 7 e ss., associando a disponibilização do serviço, dentro dos prazos, ao mecanismo de incentivos subjacente à contratação: “*This is largely a result of financial incentives incorporated into the terms of PPP contracts. These incentives apply to equity investors, lenders and contractors. The principle of “no service - no payment” ensures that the private sector is heavily incentivised to deliver to time (...)*”.

¹⁶⁰ NAZARÉ COSTA CABRAL, “*Parcerias...*”, pp. 23 e ss. ANTÓNIO CARLOS DOS SANTOS/MARIA EDUARDA GONÇALVES/MARIA MANUEL LEITÃO MARQUES, “*Direito...*”, p. 196, referem que, os fundamentos ou vantagens das PPP’s, sob o ponto de vista do sector público, englobam a redução da despesa pública (procurando-se formas alternativas de financiamento, pese embora a validade do argumento ser discutível, como vimos); a melhoria dos serviços públicos através da diversificação dos riscos associados, dos ganhos de eficiência e da associação da inovação às competências especializadas de uma gestão privada; estímulo da actividade económica privada resultante da criação de um mercado para novas empresas e, por último, um reforço da cidadania, através do envolvimento da sociedade nas questões da administração pública.

¹⁶¹ EUROPEAN PPP EXPERTISE CENTRE, “*The Non-Financial...*”, pp. 12. e ss.

1.5. A decisão do sector público

1.5.1. “Value for Money” e o comparador do sector público

O envolvimento de um parceiro privado nas diferentes fases de um projecto sob modalidade PPP, só por si, não assegura que a opção tomada pela Administração, quando se decidiu por esta via alternativa de contratação, pressuponha uma melhor aplicação dos dinheiros públicos, mesmo observando as vantagens comparativas características da gestão privada. Ainda que na contratação PPP se conjuguem as aptidões do sector público, como garante da eficiente alocação de bens ou serviços cuja produção ou provisão colmata falhas de mercado, e as aptidões do sector privado, no sentido da sua aptidão para ganhos que advenham da maior eficiência produtiva, esta não é garante de ganhos de valor para a Administração.

Como escreve MARIA EDUARDA AZEVEDO, pese embora o financiamento do projecto ser responsabilidade do sector privado, ao longo do ciclo de vida do contrato PPP, este implica, mais notoriamente sob contrato PFI, o pagamento de contra-prestações por parte do sector público num quadro de aquisição de serviços, esperando-se que esses fundos sejam despendidos tendo por orientação o princípio de “Value for Money” (*VfM*)¹⁶²¹⁶³. Trata-se de um princípio orientador transversal a todas as despesas do sector público e que se aplica, por

¹⁶² MARIA EDUARDA AZEVEDO, “Parcerias...”, pp. 453 e ss.

¹⁶³ PHILLIPPE BURGER, IAN HAWKESWORTH, “How to Attain Value for Money: Comparing PPP and Traditional Infrastructure Procurement”, *OCDE Journal on Budgeting*, vol. I, 2011, pps. 51 e ss, associam *VfM* a três elementos: economia (custos mínimos em termos de “inputs” - “maximise inputs per euro”), eficiência (custos mínimos em termos de “inputs” necessários à prossecução dos “outputs” estipulados - “maximise outputs per input”) e eficácia (atingir os resultados propostos, ou seja, este elemento centra-se somente no impacto do projecto - “maximise outcomes per output”). No seguimento desta caracterização tripartida, os autores entendem por *VfM* a maximização de resultados relativamente ao custo dos “inputs”, concluindo, no entanto, que o que constitui *VfM* não é resultado somente de um exercício quantitativo. Com efeito, a prossecução de *VfM* pressupõe um exercício também qualitativo por parte da Administração, nomeadamente, relativamente à análise oferta e da procura de determinados bens e serviços, à análise da óptima combinação de qualidade e quantidade na produção e provisão dos bens e serviços, e, por último, à prossecução da produção e provisão de bens e serviços segundo o princípio dos três “E’s” (economia, eficiência e eficácia).

consequente, aos encargos decorrentes do quadro contratual em questão, devendo a Administração fazer uma demonstração prévia dos eventuais ganhos de valor que advenham da parceria com o ente privado¹⁶⁴.

NAZARÉ COSTA CABRAL sintetiza o princípio do “VfM” na expressão “*fazer mais com menos dinheiro*”. Ainda que aparentemente se trate de um princípio simples, a abrangência e grau de complexidade adjacentes às suas formas de avaliação revelam-se bastante profundas. A autora coloca o enfoque de análise da figura numa característica típica das PPP’s mas nem sempre tomada em linha de conta nos processos tradicionais de contratação pública: o facto de não se esgotar no momento pré-adjudicatório e adjudicatório, estendendo-se numa perspectiva “*whole-life*”, ou seja, constata-se um processo de aquisição de bens ou serviços a terceiros que se inicia com a identificação da necessidade colectiva a satisfazer e só termina com a conclusão do contrato PPP ou o fim da disponibilidade da infraestrutura¹⁶⁵.

¹⁶⁴ O princípio do VfM e o comparador do sector público, como sublinha MARIA EDUARDA AZEVEDO, “*Parcerias...*”, pp. 453, está estabelecido no direito positivo interno pelo art. 19.º, n.º 2, da Lei n.º 91/2001, de 20 de Agosto - Lei de Enquadramento Orçamental : “*a avaliação da economia, da eficiência e da 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.*”; pelo art. 9º, nº 2, do Decreto-Lei 86/2003 de 26 de Abril - Regime Geral das Parcerias Público Privadas: — “*A comissão de avaliação das propostas referida no número anterior deve ter, entre as suas incumbências, a de avaliação, tanto quanto possível quantitativa, dos riscos e encargos em que incorre o parceiro público, directa ou indirectamente, para além da avaliação do mérito relativo das propostas, tendo especialmente em conta o tipo de avaliação prevista na alínea c) do nº 1, do artigo 6º*”; e pelo art. 3º, alínea e), do Decreto-Lei 185/2002, de 20 de Agosto - Regime Jurídico das Parcerias em Saúde com Gestão e Financiamento Privados: “*A contratação deve ser precedida de uma avaliação pré via sobre a sua economia, eficiência e eficácia, bem como de uma análise da respectiva suportabilidade financeira*”. PEDRO SIZA VIEIRA, “*O Código...*”, p. 517, realça ainda que o legislador nacional reforçou as exigências da demonstração de VfM, criando as condições para o controlo parlamentar do recurso às parcerias, ao determinar, no art. 34, nº1, al.c) da Lei de Enquadramento Orçamental, que a proposta de lei do Orçamento do Estado seja acompanhada de uma “*memória descritiva das razões que justificam o recurso às parcerias dos sectores público e privado, face a um programa alternativo elaborado nos termos do nº 2 do art. 19º*”. Em geral, sobre um enquadramento legal do comparador do sector público, veja-se, JORGE DE FARIA LOPES, “*Uma perspectiva jurídica acerca da figura do comparador público nas parcerias público-privadas*”, in *Revista do Tribunal de Contas*, nº 54, 2010, pps. 67 e ss.

¹⁶⁵ NAZARÉ COSTA CABRAL, ...ob.cit., pp. 78 e ss.

Há que assinalar contudo, que a decisão de investir ou não na realização de uma infraestrutura comporta uma análise “*ex ante*”¹⁶⁶¹⁶⁷, cujo objecto é a oportunidade ou justificação económica do investimento, pese embora esteja indirectamente relacionada com os princípios tratados no quadro da contratualização PPP, especialmente o princípio de “*VfM*”. O que aqui nos interessa abordar é oportunidade da opção PPP relativamente a outras formas de contratação e não a oportunidade do investimento em si mesmo, cuja natureza remete para uma decisão de política geral.

De acordo com o indicado por PEDRO SIZA VIEIRA, o modelo de decisão financeira do sector público respeitante à abordagem PPP, nomeadamente sob a vertente contratual PFI, levanta várias questões que não se colocam quando estamos perante o modelo de contratação tradicional. No seguimento do autor, os contratos PFI, ao se estenderem por muito longo prazo, colocam problemas de cabimentação orçamental dos encargos que deles decorrem: a avaliação de encargos a muito longo prazo carece de ser avaliada de forma muito mais detalhada do que normalmente sucede, dado que envolvem, em todo caso, um constrangimento da manobra orçamental futura. Outro ponto problemático será

¹⁶⁶ Como assinalam, BERNARDIN AKITOBY/RICHARD HEMMING/GERD SCHWARTZ, “Public Investment and Public-Private Partnerships”, *Economic Issue*, No. 40, International Monetary Fund, pp. 10, o processo de análise dos projectos divide-se em duas fases distintas: uma primeira fase em que se analisa a valia do projecto, com recurso a uma avaliação custo-benefício e a uma hierarquização segundo as taxas de rentabilidade socioeconómica; uma segunda fase, em que a análise recai sobre o recurso ou não à modalidade PPP em detrimento da via contratual tradicional, envolvendo a metodologia de avaliação de *VfM*.

¹⁶⁷ Realce-se que, neste contexto, o princípio do *VfM* e o comparador do sector público se aplicam à escolha da Administração entre a via PPP e a contratação pública tradicional. Uma situação diferente é, como indica E. R. YESCOMBE, “*Public..*”, pp. 58 e ss., os factores de decisão, nos quais a Administração se baseia, para aferir da oportunidade de investir numa infraestrutura. No seguimento do autor, deverá existir uma justificação económica para tal investimento, que será aferida em função da identificação de dois tópicos: os efeitos indirectos do projecto ou externalidades positivas e negativas, consoante o tipo de projecto em causa (impacto sobre o ambiente, impacto sobre a actividade económica em geral, ou o impacto sobre a segurança e a saúde pública) e uma análise custo-benefício (a soma do Valor Actual Líquido ou “*Net Present Value*” - calculado a partir da Taxa de Desconto do Sector Público ou “*Public-Sector Discount Rate*” - dos benefícios económicos e das externalidades positivas são comparadas com a soma do Valor Actual Líquido dos encargos financeiros do projecto e das externalidades negativas).

o facto de o financiamento privado, pelo menos teoricamente dado o grau de garantia que oferece o financiamento concedido ao Estado, implicar um custo mais elevado do que aquele que é praticado sobre o sector público¹⁶⁸; assim, só se justificará o recurso ao financiamento privado na construção de infraestruturas e provisão de serviços quando se constatar que os ganhos de eficiência decorrentes das vantagens comparativas do envolvimento privado suplantam esse maior custo de financiamento, o que implica uma análise complexa e que se traduz em elevados custos de transacção adjacentes a este tipo de solução¹⁶⁹.

Todas estas questões implicam assim a demonstração das vantagens do recurso ao modelo PPP, relativamente ao modelo clássico, ou seja, a demonstração de “*VfM*”.

¹⁶⁸ Segundo DARRIN GRIMSEY/MERVYN K. LEWIS, “*Public...*”, p. 133. o custo extra do financiamento ao contraente privado comparativamente ao custo de financiamento do sector público compreende-se entre 1% e 3%. As razões apontadas prendem-se com maior risco de incumprimento (“*default*”) inerente ao sector privado, dado que quanto ao Estado, pelo menos considerando o quadro dos países desenvolvidos e ressaltando as recentes situações pós-crise financeira de 2008, esse risco é quase nulo em virtude da possibilidade de aumento da carga fiscal sobre os contribuintes (fala-se mesmo na transferência e dispersão do risco de incumprimento pelos contribuintes) como forma de arrecadar receita e cumprir com as obrigações financeiras do sector público. Se no financiamento adjacente à contratação pública tradicional, o Estado obtém uma taxa de juro que se pode entender como livre de risco, pela dispersão do mesmo pelos contribuintes, sem que estes se remunerem por tal, já na estrutura de financiamento das PPP’s, pelo contrário, o risco é tornado visível no custo de financiamento. Como apontam EDUARDO ANGEL/ RONALD FISCHER/ALEXANDER GALETOVIC, “The economics of infrastructure finance: public-private partnerships versus public provision”, *European Investment Bank Papers*, Vol. 15, 2010, p. 50: “ (...)while many failed projects go unaccounted under public provision because taxpayers assume the costs of this risk, under a PPP these risks are made explicit and priced, increasing the measured financing cost of a PPP project *ceteris paribus*. So the higher financing cost merely reflects a just reward for carrying those risks.” MICHAEL KLEIN, “*Risks, Taxpayers and the Role of Government in Project Finance*”, The World Bank, Policy Research Working Paper, 1996, p. 2, relativamente à dispersão do risco do financiamento público e ao seu, mais aparente do que real, menor custo, afirma: “ (...) the apparent cheapness of sovereign funds reflects the fact that the taxpayers, who effectively provide credit insurance to the sovereign, are not remunerated for the contingent liability they assume. If they were to be remunerated properly, then the advantage of sovereign finance would - almost by definition - disappear.”

¹⁶⁹ PEDRO SIZA VIEIRA, “*O Código...*”, pp. 500 e ss.

No plano institucional, o HM TREASURY britânico define “*VfM*” como a combinação óptima entre os custos do ciclo de vida do projecto e a qualidade ou a capacidade de o bem ou serviço preencher os requisitos de *outputs* pré-definidos¹⁷⁰.

A Comissão Europeia refere-se ao “*VfM*” como um objectivo primordial a tomar em consideração na concepção de um contrato PPP, em conexão com o princípio da prossecução do interesse público. Associa a obtenção de “*VfM*” na gestão dos dinheiros públicos a custos reduzidos ao longo do ciclo de vida do contrato, a uma eficiente alocação do risco, a uma célere disponibilização da infraestrutura, a uma elevada qualidade da provisão do serviço e a uma arrecadação de receitas adicionais¹⁷¹.

A ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E O DESENVOLVIMENTO ECONÓMICO indica que a ideia de “*VfM*” representa uma combinação óptima de qualidade e preço, calculado ao longo de todo o ciclo de vida do projecto¹⁷².

E. R. YESCOMBE adopta como definição de “*VfM*” o resultado da combinação da transferência de riscos, dos custos ao longo do ciclo de vida do projecto e do serviço provisionado pela infra-estrutura, como factores de decisão no sentido de a Administração optar pela contratação que proporcione mais ganhos de valor¹⁷³.

DARRIN GRIMSEY e MERVYN K. LEWIS adoptam uma definição bastante próxima da avançada pelo HM TREASURY: a combinação óptima dos custos do ciclo de vida do projecto, da partilha de riscos, da celeridade de disponibilização da infraestrutura e da qualidade da provisão do serviço, de forma a que sejam preenchidos os requisitos de “*outputs*” pré-definidos pela Administração¹⁷⁴.

¹⁷⁰ HM TREASURY, “*Value for Money Assessment Guidance*”, Londres, 2006, p.7.

¹⁷¹ EUROPEAN COMMISSION, “*Guidelines For Successful Public-Private Partnerships*”, Bruxelas, 2003, p. 55.

¹⁷² OCDE, “*Public-Private...*”, p. 43.

¹⁷³ E. R. YESCOMBE, “*Public...*” p. 349.

¹⁷⁴ DARRIN GRIMSEY, MERVYN K. LEWIS “*Public-Private...*”, p.135.

De acordo com NAZARÉ COSTA CABRAL, os factores condicionantes de “VfM” na contratação PPP são: a óptima alocação dos riscos entre as partes cujo princípio requer, como melhor veremos adiante, que os riscos sejam alocados à parte ou partes que estejam em melhor posição para os controlar ou suportar, durante o período de vida do contrato; o enfoque deve ser colocado nos custos “*whole-life*” visto que os custos devem ser tomados em consideração numa perspectiva de ciclo de vida do contrato e não apenas tendo em conta aqueles que tenham impacto imediato; a clareza na definição dos objectivos e a garantia da sua prossecução ao longo do período de execução do contrato, de modo que a alteração das circunstâncias não coloque em causa a sua concretização; o recurso a uma abordagem focada em objectivos finais, instando o parceiro privado a fazer uso das suas capacidades de inovação e criatividade para atingi-los; identificação, transferência e gestão rigorosas dos riscos ao longo de toda a vida do projecto, entre as diferentes partes envolvidas no processo; a existência de um mercado concorrencial que promova as condições necessárias ao encontro de soluções eficientes e eficazes; garantia de capacidade e “*know-kow*” de ambas as partes, que contribuam no planeamento, contratação e execução do projecto; estrutura do processo de contratação que permita a obtenção de benefícios adicionais e redução de custos; salvaguarda da possibilidade de alterações às especificações iniciais, que possam ser realizadas a custo razoável durante a fase de execução do projecto; estrutura contratual baseada no mecanismo de incentivos, mediante prémios e penalidades adequadas; estipulação de um termo adequado para o contrato, tendo em conta o valor subjacente dos activos, dadas as repercussões no plano da suportabilidade financeira do projecto¹⁷⁵.

¹⁷⁵ NAZARÉ COSTA CABRAL, “*Parcerias...*”, pp. 79 e ss. A autora segue neste ponto, de forma bastante próxima, a perspectiva governamental britânica do HM TREASURY, relativamente aos chamados “*key drivers*” de “VfM”. V. HM TREASURY, “*Value for Money, Assessment...*”, p. 8. Na perspectiva do Estado de Victoria, Austrália, o “VfM” pode ser alcançado seguindo os seguintes “*key drivers*”: eficiente alocação do risco, inovação, gestão integrada na moldura do ciclo de vida do contrato e a maximização de utilização dos activos. *Vd.* PETER FRITZGERALD, “*Review of Partnerships Victoria Provided Infrastructure: Final Report to the Treasurer*”, Growth Solutions Group, 2004, p. 17.

DARRIN GRIMSEY/MERVYN K. LEWIS entendem, por sua vez, que os factores determinantes da obtenção de “VfM” são o procedimento concorrencial na fase pré-contratual¹⁷⁶ e a eficiente alocação do risco. Na óptica dos autores, o primeiro favorece a apresentação de soluções inovadoras, por parte dos proponentes, quanto à provisão do serviço e quanto à concepção da infraestrutura; o elemento competitivo entre os proponentes promove soluções que reduzam custos ao nível da exploração e manutenção do activo¹⁷⁷. Por sua vez, a identificação, alocação e gestão do risco no quadro de um contrato PPP está, como adiante teremos oportunidade de abordar mais detalhadamente, intrinsecamente ligada à obtenção de “VfM”. Esta conexão desdobra-se num duplo princípio: em primeiro lugar, o risco deve ser alocado na parte que esteja em melhores condições para o controlar ou mitigar; em segundo lugar, a transferência do risco do sector público para o sector privado deve ser óptima, em detrimento de ser máxima (se o sector público transferir riscos para o

¹⁷⁶ ALEXANDRA PESSANHA/GUILHERME WALDEMAR d’OLIVEIRA MARTINS/NUNO CUNHA RODRIGUES, “As implicações público-financeiras e concorrenciais do novo Código dos Contratos Públicos”, in *Revista de Finanças Públicas e Direito Fiscal*, 2008, indicam que as práticas colectivas anti-concorrenciais (art. 9ª da Lei 19/2012, de 8 de Maio, e art. 101º do Tratado de Funcionamento da União Europeia), no domínio da contratação pública, traduzem-se na supressão das propostas (um ou mais concorrentes que, em circunstâncias normais, apresentariam uma proposta independente, acordam em não apresentar propostas, de forma a que um outro concorrente pré-designado seja o vencedor do concurso público, cobrando um preço mais elevado), propostas complementares ou propostas sombra (tratam-se de propostas apresentadas para simular a existência de concorrência e ocultar a existência de acordos entre as empresas proponentes), propostas rotativas (os concorrentes acordam, entre si, um processo rotativo de apresentação de propostas vencedoras, eliminando a incerteza associada aos processos concursais) e a subcontratação (verifica-se quando os concorrentes acordam em não concorrer ou em apresentar uma proposta sombra de forma a não ganharem o concurso, recebendo do vencedor em contrapartida subcontratos ou contratos de fornecimento para a execução do contrato adjudicado). O Código dos Contratos Públicos, no art. 70ª, nº 2, al. e) e g), prevê a obrigatoriedade de serem comunicadas à Autoridade da Concorrência situações de “*existência de fortes indícios de actos, acordos, práticas ou informações susceptíveis de falsear as regras da concorrência*” e situações de “*preços anormalmente baixos*”.

¹⁷⁷ No mesmo sentido, ao reiterar a importância do modelo competitivo no procedimento de atribuição dos contratos, como factor indutor de eficiência, INTERNATIONAL MONETARY FUND, “*Public-Private...*”, p. 14, “*(...) an area where competition is clearly feasible is in bidding for the award of construction and service contracts, and this is crucial if PPP's are to benefit from having the private sector put its capital at risk, and from its management skills and capacity to innovate.*”

contraente privado, cujas condições da sua ocorrência o segundo não possa influenciar, será cobrado um prémio de risco que ultrapassará os benefícios inerentes à sua transferência, prejudicando a obtenção de “VfM” por parte da Administração)¹⁷⁸.

Como já referimos, o conceito de “VfM” é, contudo, relativo, assentado a sua demonstração na comparação entre os encargos decorrentes do recurso à modalidade PPP e o custo que a execução do projecto, por via convencional, assumiria, *pari passu* com a análise dos outros factores acima enunciados¹⁷⁹. Desta forma, previamente à formalização de qualquer contrato, deve a Administração assegurar-se de que, relativamente à contratação pública tradicional, a opção pela contratação PPP traz ganhos de valor ao sector público, ou seja, “VfM”¹⁸⁰. O modelo usado como instrumento de comparação entre a opção PPP e a contratação pública tradicional é o chamado comparador do sector público (“*public-sector comparator*” ou “*public-sector benchmark*”)¹⁸¹¹⁸².

¹⁷⁸ DARRIN GRIMSEY, MERVYN K. LEWIS, “Public...”, pp 135-136.

¹⁷⁹ Note-se que a avaliação de “VfM” se estende pelas diferentes fases do projecto. Como indica o HM TREASURY, “*Value Assessment...*”, p. 15, a avaliação acompanha, em primeiro lugar, a decisão de investimento estratégico (avaliação da conformidade de realização do projecto e dos seus impactos socioeconómicos com os objectivos políticos, nomeadamente, aqueles que são atinentes às decisões de política económica geral); num segundo momento, a avaliação de “VfM” centra-se na decisão relativa ao modelo de provisão (a escolha do procedimento, sendo nesta fase que se recorre à avaliação do Valor Actual Líquido dos custos de uma PPP com o comparador do sector público); num terceiro momento, a avaliação “VfM” respeita ao desenrolar do processo adjudicatório, ou seja, o momento competitivo ou concorrencial, concretizado através de concurso público, de procedimentos assentes na negociação e do diálogo concorrencial. A este propósito, *vd.* NAZARÉ COSTA CABRAL, “*Parcerias...*”, p. 82.

¹⁸⁰ Sobre a importância do comparador do sector público no procedimento de avaliação pré-contratual, JOÃO PATEIRA FERREIRA, “Empresas Públicas, Parcerias Público-Privadas e os poderes de Fiscalização Prévia do Tribunal de Contas, Comentário ao Acórdão do Tribunal de Contas n.º 160/09, de 2 de Novembro de 2009, Processo n.º 1787/08 (Estradas de Portugal, S.A./AENOR Douro - Estradas do Douro Interior S.A.)”, in *Revista de Finanças Públicas e Direito Fiscal*, 2010, p.342, assinala que “*a importância deste comparador - cujas dificuldades técnica não podem ser subestimadas, atenta a eventual imprevisibilidade das variáveis económico-financeira relevantes - é fundamental para permitir apreciar os custos relativos da opção pela parceria como alternativa aos instrumentos tradicionais de prestação de bens e serviços públicos, sendo a sua omissão um factor relevante nos diagnósticos pouco positivos do Tribunal de Contas sobre esta matéria, mormente no âmbito das auditorias realizadas.*”

¹⁸¹ OCDE, “*Public-Private...*”, p. 69.

Trata-se de um modelo, desenhado para responder à necessidade de determinação do “*VfM*”, cuja análise deverá ter por base um custo de projecto realista e viável, sob pena de, por sub-estimação ou sobre-estimação, desvirtuar totalmente a metodologia de aferição de “*VfM*”. A projecção desses mesmos “*cash flows*” virtuais tomará como referência dados históricos provenientes de projectos análogos já realizados pela Administração (nomeadamente, projectos empreendidos no mesmo sector do projecto proposto sob modelo PPP) que possam, de alguma forma, servir como base no cálculo monetário de receitas e despesas do comparador do sector público.

E. R. YESCOMBE define o comparador do sector público como o modelo que tem como objecto a comparação do Valor Actual Líquido (“*Net Present Value*”)¹⁸³ dos custos do projecto se fosse contratualizado de forma convencional, com o Valor Actual Líquido dos custos do projecto sob modelo PPP. No caso de o Valor Actual Líquido dos custos do projecto sob modelo PPP ser inferior ao Valor Actual Líquido dos custos hipotéticos, ajustados pelo risco, do projecto-sombra, então a opção pela via PPP é justificada economicamente ¹⁸⁴.

Uma das principais críticas apontadas ao comparador do sector público é o facto de se referenciar por um projecto-sombra ou, como referimos, por estimativa, assumindo que todos os custos desse mesmo projecto são meramente

¹⁸² DARRIN GRIMSEY/MARVYN K. LEWIS, “*Public-Private...*”, p. 347, classificam três métodos consoante o grau de complexidade dos modelos de avaliação do *VfM*: o método mais complexo é uma análise global de custo-benefício económico de todas as alternativas de realização do projecto, a que o sector público ou privado possam recorrer; o segundo método mais complexo é o modelo do comparador do sector público num momento *ex ante* ao processo competitivo de análise de propostas; o terceiro método, e o menos complexo, é a utilização do modelo do comparador do sector público depois do procedimento competitivo, tendo somente como objecto a comparação, não entre a realização do projecto por via convencional ou PPP, mas entre as várias propostas apresentadas no procedimento competitivo.

¹⁸³ Mais aprofundadamente, sobre este tipo de análise financeira, veja-se RICHARD A. BREALEY, STEWART C. MYERS, ALAN J. MARCUS, “*Fundamentals of Corporate Finance*”, Macgraw-Hill, 2007, pp. 77 e ss. Não obstante, avançamos que os autores definem “*Net Present Value*” como o valor líquido, num determinado momento, de um “*cash - flow*” futuro.

¹⁸⁴ E. R. YESCOMBE, “*Public-Private...*”, p. 62.

hipotéticos. Como se depreende, a Administração não utiliza este modelo com referência a custos ou propostas de contratação reais, dado que não é sua intenção enveredar pelo modelo de contratação tradicional, apenas usá-lo como padrão de aferição da viabilidade da opção PPP¹⁸⁵.

O comparador do sector público deve considerar não apenas as despesas de investimento na fase inicial do projecto (aqui incluem-se o valor estimado dos investimentos, os sobrecustos e atrasos que no quadro da contratação pública tradicional são suportados pelo sector público, mas, no quadro PPP, são riscos transferidos, comportando intrinsecamente um custo, para o contraente privado), mas também todos os custos inerentes ao ciclo de vida do projecto, nomeadamente os custos relacionados com a exploração do serviço e manutenção do activo¹⁸⁶.

Como realça E. R. YESCOMBE, uma das características dos contratos PPP torna especialmente complexo o desenvolvimento da avaliação através do comparador do sector público: assumindo que alguns dos riscos são transferidos para o parceiro privado, o custo comparado do projecto sob modalidade PPP será mais elevado, dado que a responsabilização por esses riscos comporta um preço nem sempre fácil de definir.

Se o recurso ao modelo do comparador do sector público implica o cálculo do Valor Actual Líquido dos diversos “*cash-flows*” previstos ao longo do ciclo de vida do contrato, à formulação desse cálculo aplica-se a Taxa de Desconto do Sector Público (“*Public-Sector Discount Rate*”)¹⁸⁷.

¹⁸⁵ OCDE, “*Public-Private...*”, p. 74.

¹⁸⁶ PEDRO SIZA VIEIRA, “*O Código...*”, p. 502.

¹⁸⁷ E. R. YESCOMBE, “*Public-Private...*”, pp. 63 e ss. Na preparação do comparador do sector público, é desenvolvido um modelo financeiro que inclui uma previsão de todos os “*cash-flows*” relacionados com o projecto. Uma taxa de desconto é então utilizada para se estimar o Valor Actual Líquido dos fluxos financeiros previstos. A *ratio* da utilização de uma taxa de desconto ajustada anualmente para efeitos deste cálculo, nomeadamente nos modelos financeiros respeitantes ao tipo PFI, reside no facto de a todas as despesas estar inerente um custo de oportunidade. Mais aprofundadamente, *vd.* DARRIN GRIMSEY/MARVYN K. LEWIS, “*Public-Private...*”, pp. 138 e ss.

Dado que a participação financeira do sector público é diferenciada consoante o tipo de parceria em causa, distinguem-se três formas de avaliação do “VfM” repartidas por cada categoria de montagem financeira do projecto: parcerias financeiramente auto-sustentadas, parcerias com financiamento dividido entre os sectores público e privado; parcerias com financiamento maioritariamente público¹⁸⁸. Assim, quanto às parcerias financeiramente auto-sustentadas (reconduzem-se às concessões clássicas), a relação comercial é estabelecida entre o contraente privado e o utente, remunerando-se o primeiro pela provisão do serviço, unicamente, através da cobrança de taxas ao segundo, não se constatando, deste modo, incidência orçamental sobre o sector público. Aludindo ao facto de o modelo de concessão clássica não implicar despesas por parte do sector público, MARIA EDUARDA AZEVEDO e PEDRO SIZA VIEIRA, em linha com o veiculado pela COMISSÃO EUROPEIA, defendem que uma análise “VfM”, com recurso ao comparador do sector público, perde, neste caso, sentido, dado que, contrariamente aos contratos PFI, não há, por parte da Administração, qualquer pagamento ao contraente privado como forma de remuneração. Ao sector público caberá assegurar a competição pelo mercado (com o intuito de salvaguardar que no procedimento de atribuição do contrato haja uma desejável tensão concorrencial), a validade da opção PPP e aplicação do princípio do utilizador-pagador, no sentido de garantir que o sistema tarifário aplicável é conforme aos objectivos do projecto e ao interesse público em geral¹⁸⁹.

Pela orientação contrária, parece enveredar E. R. YESCOMBE quando afirma que o recurso à metodologia de avaliação de “VfM” é justificado, independentemente de se tratar de uma parceria financeiramente auto-sustentada ou de um contrato PFI¹⁹⁰.

¹⁸⁸ COMISSÃO EUROPEIA, “Guidelines...”, pp. 56 e ss. *Vd.* MARIA EDUARDA AZEVEDO, “Parcerias...”, pp. 455 e ss.

¹⁸⁹ MARIA EDUARDA AZEVEDO, “Parcerias...”, p. 456.

¹⁹⁰ E. R. YESCOMBE, “Public-Private...”, p. 62. A posição do autor sobre esta matéria parece resultar da seguinte passagem: “Even if payments are not made by the Public Authority, as in the case

Uma segunda situação é aquela em que o financiamento é híbrido, ou seja, cuja montagem financeira exige uma combinação de financiamento privado e garantias e/ou subvenções por parte do sector público, paralelamente à cobrança de tarifas aos utentes da infra-estrutura. Como assinala a COMISSÃO EUROPEIA este tipo de contratos PPP envolve o recurso a fundos públicos e, conseqüentemente, justifica-se a avaliação “VfM” do projecto, visto que o emprego destes recursos acarreta um custo de oportunidade¹⁹¹. Há que assegurar que, em termos comparativos, os fundos consignados ao projecto PPP constituem a melhor opção entre as alternativas de contratação possíveis.

A terceira situação é aquela que se traduz na celebração de contratos PFI, frequentemente sob a subcategoria DBFO, cuja única remuneração do parceiro privado advém de pagamentos regulares adjacentes a uma aquisição de serviços por parte da Administração, pelo período de duração do contrato. De acordo com a COMISSÃO EUROPEIA, no seguimento das orientações referentes a projectos PPP, publicadas em 2003, trata-se de “*Projects where the Public Sector is the Main Financial Contributor*”¹⁹², pressupondo-se necessariamente uma avaliação *ex ante* “VfM” do projecto¹⁹³: a análise comportará uma comparação de natureza monetária entre o custo da melhor proposta sob modelo PPP e o custo do comparador financeiro (inerente ao custo do *projecto-sombra*) nas modalidades de contratação e financiamento convencionais.

of a Concession, the user charges represent revenue foregone by the public sector, and hence the analysis is the same as for a PFI-Model Facility”.

¹⁹¹ COMISSÃO EUROPEIA, “*Guidelines...*”, p. 57; no mesmo sentido, MARIA EDUARDA AZEVEDO, “*Parcerias...*”, p. 456.

¹⁹² COMISSÃO EUROPEIA, “*Guidelines...*”, p. 57.

¹⁹³ Importa realçar que, na perspectiva da COMISSÃO EUROPEIA, distinguem-se dois momentos na metodologia de avaliação do VfM: um momento de avaliação “*ex ante*” que tem como objecto o potencial da parceria em gerar “VfM”; um segundo momento, já na fase de vigência do contrato de parceria, em que a avaliação recai sobre o “VfM” obtido. *Vd.* COMISSÃO EUROPEIA, “*Guidelines...*”, pp. 55 e ss.

1.5.2. Comportabilidade financeira e o enquadramento orçamental das PPP's

Como nota introdutória ao tema das implicações financeiras e incidência orçamental das PPP's, importa referir que as motivações subjacentes à opção do sector público por esta via de contratação não se devem prender com a manipulação, o adiamento ou o tratamento “fora do orçamento” dos encargos que as PPP's podem pressupor¹⁹⁴. Numa parceria sob modelo PFI, na subcategoria DBFO, (aquela em que se traduzem a maior parte dos projectos PFI), pode entender-se como politicamente atraente a ideia de converter, especialmente se considerarmos Estados sobre pressão orçamental, despesas de capital avultadas, com incidência no curto prazo, em despesas correntes, cuja incidência se dispersa por um horizonte temporal alargado. O facto de o financiamento inicial de um investimento correr por conta do contraente privado e poder servir de alavanca à realização de projectos, alguns deles com bastante visibilidade política, e que, de outro modo, seriam precluídos, não deve constituir a razão primordial pela qual a Administração pauta a sua forma de contratar. Ora, a opção por esta forma de aprovisionamento público deve ser feita em função da sua melhor adequação à finalidade em vista, na medida em gere ganhos de valor, cuja origem se situa principalmente nos benefícios microeconómicos da estrutura contratual inerente às PPP's. Argumentos de ordem meramente política não devem ser acolhidos no processo de decisão do sector público.

Do “*sui generis*” perfil de despesa associado ao modelo PPP¹⁹⁵, visto que se podem concretizar num quadro orçamental intertemporal, decorrem como

¹⁹⁴ Como sublinha o TRIBUNAL DE CONTAS, “*Linhas...*”, p. 2, a “*opção PPP deverá justificar o Vfm, isto é, evidenciar vantagens acrescidas em relação à opção tradicional de financiamento directo, por via do Orçamento de Estado e não ser alicerçada em motivações de índole orçamental relacionadas apenas com a contabilização off balance sheet da dívida pública.*”

¹⁹⁵ O facto de o tratamento orçamental e os fluxos financeiros dos projectos PPP divergirem acentuadamente daqueles que se verificam sob contratação pública tradicional, traz à colação algumas questões paralelas à comportabilidade financeira. Importa realçar que a contratação pública tradicional tipicamente envolve a assunção pelo sector público de despesas de dois tipos: despesa de capital na construção do activo necessário à provisão do serviço e despesas correntes,

consequências: o enquadramento orçamental incorporar critérios e regras de sustentabilidade das despesas e da dívida pública a médio e longo prazo, para além da simples fixação anual das dotações e previsões de receitas; a intervenção do Ministério das Finanças em todo o processo de decisão, dado que se perde a capacidade de limitar as despesas no momento da sua realização, isto implica que intervenha na avaliação dos contratos e na própria opção pela parceria; a complexidade e variedade das decisões relativas aos aspectos financeiros das PPP acarreta a necessidade de o Ministério das Finanças se dotar de capacidades técnicas específicas que lhe permitam cumprir essas tarefas¹⁹⁶¹⁹⁷

nomeadamente despesas adjacentes à exploração do serviço (manutenção, salários, etc.) e os custos financeiros da dívida pública (juros). A componente do lado da receita compreende a receita fiscal e as taxas cobradas aos utentes (aplicáveis ou não consoante o tipo de contrato). Por seu turno, o sector público, ao optar pela contratação PPP (referimo-nos ao modelo paradigmático DBFO), transfere para o parceiro privado a responsabilidade pela despesa de capital (por conseguinte, comparando com contratação pública tradicional, a incidência orçamental das despesas de capital são menores ou inexistentes), contudo, o sector público assume, numa fase posterior de disponibilização dos serviços, os pagamentos regulares pela aquisição dos mesmos, consubstanciando-se como despesas correntes (por conseguinte, comparando com contratação pública tradicional, a incidência orçamental das despesas correntes será maior). No seguimento, OCDE, “Public...”, pp. 37 e ss.

¹⁹⁶ TEODORA CARDOSO, “Enquadramento Orçamental das PPP”, in *Manual Prático de Parcerias Público-Privadas*, NPF, 2004, p. 86.

¹⁹⁷ Com a recente revisão geral do regime das PPP's, através da aprovação do Decreto-Lei nº 111/2012, de 23 de Maio, como afirma MARIA EDUARDA AZEVEDO, “Parcerias...”, pp. 290. e ss., os mecanismos de controlo da tutela do interesse público financeiro foram reforçados com a criação da Unidade Técnica de Acompanhamento de Projectos (UTAP) na esfera do Ministério das Finanças, sendo-lhe atribuído um papel preponderante na tramitação dos processos PPP. Do ponto de vista funcional, participa na preparação, desenvolvimento, execução e acompanhamento global dos processos de parceria, bem como assegura o apoio técnico especializado ao Governo e, em especial, ao Ministério das Finanças, em questões de natureza económico-financeira. A UTAP desempenha um papel central em todas as fases do ciclo do projecto, logo houve que proceder a ajustamentos na tramitação procedimental após a sua criação. Com efeito, a fase de estudo e preparação de uma parceria continua na competência da tutela sectorial ou nas entidades legalmente elegíveis, cabendo-lhes apresentar uma proposta fundamentada ao membro do governo responsável, indicando o objecto da parceria, os objectivos que pretende alcançar, a sua fundamentação económica e a viabilidade financeira do projecto - art. 9º, nº 1 Decreto-Lei 111/2012. Caso o membro do Governo responsável decida sobre o prosseguimento do processo de preparação, dá-se, a partir daí, a intervenção do Ministério das Finanças, designadamente através da UTAP. Já na fase de gestão dos contratos, incumbe à UTAP designar as equipas de acompanhamento da fase inicial dos projectos e, quando necessário, as comissões de negociação

O duplo critério de decisão do sector público, no que respeita à adopção do modelo de parceria, compreende a avaliação de “*VfM*”, no sentido de aferir os ganhos de valor que a opção PPP possa despoletar comparativamente com o hipotético empreendimento do mesmo projecto sob contratação pública tradicional, e a análise da comportabilidade financeira do projecto¹⁹⁸. Note-se que o critério da comportabilidade financeira abrange todas as despesas do sector público, não se limitando somente aos encargos adjacentes aos projectos PPP¹⁹⁹.

MARIA EDUARDA AZEVEDO refere que, do ponto de vista da comportabilidade financeira, a decisão entre a contratação tradicional e a abordagem PPP toma em consideração o facto de o perfil de despesa pública

do contratos, prestando apoio técnico e administrativo e verificando a comportabilidade orçamental de processos de reposição de equilíbrio financeiro por determinação unilateral do parceiro público - art. 36º Decreto-Lei 111/2012.

¹⁹⁸ De acordo com o art. 6º, nº 1, al. b) do Decreto-Lei 111/2012, “O lançamento e a adjudicação do contrato de parceria pressupõem: (...) o estudo dos impactos orçamentais previsíveis, em termos de receita e de despesa, e sua comportabilidade, bem como as respectivas análises de sensibilidade, quer em termos de procura, quer de evolução macroeconómica.

¹⁹⁹ A Lei nº 91/2001, de 20 de Agosto - Lei de Enquadramento Orçamental - procedeu ao acolhimento do princípio da suportabilidade financeira, ao estabelecer no art. 15, nº 3, al. d) - “*A estruturação por programas deve aplicar-se às seguintes despesas: (...) despesas correspondentes a contratos de prestação de serviços em regime de financiamento privado ou outra forma de parceria dos sectores públicos e privado.*”, determinando o art. 28º, nº 1, al. l) a necessidade de fixar um limite máximo aos compromissos financeiros assumidos sob modelo PPP - “*O articulado da lei de Orçamento de Estado contém, designadamente: (...) a determinação do limite máximo de eventuais compromissos a assumir com contratos de prestação de serviços em regime de financiamento privado ou outra forma de parceria dos sectores público e privado.*” GUILHERME D’OLIVEIRA MARTINS/GUILHERME WALDEMAR D’OLIVEIRA MARTINS/MARIA D’OLIVEIRA MARTINS, “*A Lei de Enquadramento Orçamental Anotada e Comentada*”, Almedina, Coimbra, 2007, p. 131, a propósito da estruturação orçamental da despesa por programas, indicam que o programa é um instrumento de racionalização orçamental, que reúne conjuntos de despesas de carácter plurianual, concorrendo para um ou vários objectivos específicos, relativos a uma ou mais políticas públicas. Notam que, no âmbito da Lei de Enquadramento Orçamental, tanto o art. 19º, nº2 (assinale-se que, em particular, o art 19º e art. 20º definem o regime a que deve obedecer os programas orçamentais, as medidas que os integram e os projectos e actividades que se encontram dentro dessas medidas), relativo à avaliação do “*VfM*” com recurso ao comparador do sector público, como o art. 37º, nº 1, al. c) LEO, relativo à estimativa da incidência orçamental líquida das despesas associadas às PPP, associam a programação à ideia de racionalização das despesas, de forma a que esta não se converta num instrumento meramente formal de modernização orçamental.

associado a cada uma das alternativas ser distinto ao longo do tempo. Note-se que quanto às montagens típicas de parceria com financiamento prévio privado (nomeadamente, o paradigmático modelo DBFO), não tendo incidência financeira durante o período de construção, dado que a despesa pública só ocorre com efectiva prestação dos serviços estipulados, estas afiguram-se financeiramente suportáveis numa perspectiva de curto prazo, sem, contudo, preterir uma avaliação intertemporal das despesas que lhe estão associadas, consoante as suas repercussões orçamentais futuras²⁰⁰²⁰¹.

Entende-se que um contrato de parceria é financeiramente comportável se os encargos públicos plurianuais poderem ser acomodados dentro das limitações orçamentais intertemporais do sector público²⁰².

O instituto PPP é concretizável através de diversas modalidades contratuais, podendo comportar cada uma delas diferentes fórmulas de financiamento, consoante as características dos projectos. Do ponto de vista da suportabilidade financeira dos projectos, como já tivemos oportunidade de referir, o envolvimento financeiro do sector público tanto pode ser mínimo, como pode representar a principal fonte de remuneração do contraente privado. Há que tomar em linha de conta o grau da incidência orçamental do projecto que, em função da modalidade de contrato em causa e face à montagem financeira da operação, pode ser nula, parcial ou total²⁰³.

O envolvimento financeiro do sector público num contrato de parceria sob modalidade de concessão clássica é nulo ou bastante diminuto. A remuneração

²⁰⁰ MARIA EDUARDA AZEVEDO, “Parcerias...”, p. 447.

²⁰¹ NUNO CUNHA RODRIGUES, “Parceria Público-Privada/Contrato de Concessão, Comentário ao Acórdão nº 9/2012 do Tribunal de Contas, Processo n.º 233/2011, de 21 de Março (Estado Português - Elos Ligações de Alta Velocidade, S.A.)”, in *Revista de Finanças Públicas e Direito Fiscal*, 2012, em relação à cobertura orçamental dos encargos, assinala que o Tribunal de Contas fundamentou a sua decisão de recusa do visto por não ter ficado demonstrada a inscrição orçamental para os encargos devidos pelo Estado para o ano de 2011 e 2012, entendendo que não foi preenchido o requisito da comportabilidade orçamental.

²⁰² OCDE, “Public- Private...”, p.36.

²⁰³ MARIA EDUARDA AZEVEDO, “Parcerias...”, p. 446.

do parceiro privado advém da cobrança de taxas aos utentes da infra-estrutura, não havendo pagamentos faseados por parte do sector público como forma de aquisição de serviços.

Um contrato de parceria sob modalidade PFI, por seu turno, coloca questões quanto à comportabilidade financeira e cabimentação orçamental do mesmo, em virtude da fonte de remuneração do parceiro privado advir de pagamentos faseados assumidos pelo sector público.

MARIA EDUARDA AZEVEDO realça que, não obstante a fonte principal de geração de receita ou de remuneração do parceiro privado serem o ponto de partida da análise de comportabilidade financeira do projecto PPP, cuja incidência a título principal centrar-se-á sobre os compromissos plurianuais derivados da estrutura do contrato, há, contudo, que atender ao facto de a exequibilidade do projecto central depender com frequência de investimento correlacionados, cujo investimento, a cargo do sector público, induz a responsabilidades presentes e futuras acrescidas²⁰⁴.

No alinhamento do veiculado pelo FUNDO MONETÁRIO INTERNACIONAL, inexistente um modelo internacional uniforme de reporte e contabilidade financeira específico das PPP's²⁰⁵.

Esta insuficiência promove o recurso ao modelo PPP de forma a que estas sejam usadas para contornar os controlos financeiros a que o sector público está vinculado, afastando a dívida associada ao investimento público do balanço do Estado²⁰⁶. Um modelo internacionalmente consensual sobre o tratamento contabilístico a conceder às PPP's induziria uma maior transparência no procedimento decisório de contratação, aumentando o escrutínio público, e

²⁰⁴ MARIA EDUARDA AZEVEDO, “Parcerias...”, p. 448.

²⁰⁵ INTERNATIONAL MONETARY FUND, “Public-Private...”, p. 22.

²⁰⁶ NAZARÉ COSTA CABRAL, “Parcerias...”, p. 109. “Inter alia”, no mesmo sentido, INTERNATIONAL MONETARY FUND, “Public Investment...”, p. 13: “Currently, there are no commonly accepted fiscal accounting and reporting standards for PPP's. This makes it difficult to prevent PPP's from being used to bypass expenditures controls - that is, move public investment off budget and debt off the government's balance sheet.”.

permitiria, nomeadamente no que concerne às garantias concedidas pelo Estado ao financiamento privado²⁰⁷, evitar a exposição a custos ocultos ou implícitos mais elevados do que os adjacentes ao modelo tradicional.

O tratamento contabilístico, *per si*, não deve constituir um incentivo para o sector público optar pela via PPP: esta hipótese será prevenida se o sistema contabilístico aplicável às PPP's for claro e neutro. Como já assinalamos, a avaliação de “*VfM*”, não o tratamento contabilístico mais favorável comparativamente ao aplicado sob contratação pública tradicional (mediante o qual um projecto, que de outra forma - sob via convencional - não seria viável, possa ser cabimentado orçamentalmente), é a base decisória primordial da opção PPP²⁰⁸.

As primeiras abordagens ao tratamento contabilístico a sujeitar as receitas e despesas das PPP's datam de 1993 e 1995, respectivamente, mediante o desenvolvimento pelas Nações Unidas do “*System of National Accounts - SNA*” (cujo objecto abrange certas operações das PPP's) e mediante o desenvolvimento pelo Eurostat do “*European System of National and Regional Accounts - ESA95*” (cujo objecto abrange as infra-estruturas públicas construídas e exploradas pelo sector privado dentro do universo dos países-membros da União Europeia, sendo complementado, em 2002, pelo “*ESA95 Manual on Government Deficit and Debt*”)²⁰⁹.

Ainda que em 2002 a ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E O DESENVOLVIMENTO ECONÓMICO tenha emitido um documento cujo foco recai

²⁰⁷ Sobre o assunto, o INTERNATIONAL MONETARY FUND, “*Public Investment...*”, p. 12, 2007, esclarece que as garantias concedidas pelo sector público ao financiamento do contraente privado devem ser concebidas de forma adequada e limitada, respectivamente, no objecto e no tempo. Garantias parciais (limites quantitativos, deduções etc.) asseguram a mitigação do risco moral e da selecção adversa nas relações entre principal e agente (Estado e “*special purpose vehicle*”) - “... *The potential fiscal costs associated with guarantees argue in favor of carefully controlling them with a view to managing fiscal risk. Centralized controls over the granting of guarantees are often appropriate, and a government wishing to assert firm discipline should consider introducing a quantitative ceiling on guarantees.*”

²⁰⁸ OCDE, “*Public-Private...*” p. 91.

²⁰⁹ NAZARÉ COSTA CABRAL, “*Parcerias...*”, pp. 109 e ss. e OCDE, “*Public- Private...*”, p. 92.

sobre práticas orçamentais importantes, mesmo que marginalmente, para o assegurar da transparência nos procedimentos PPP (“*OECD Best Practices for Budget Transparency*”), em 2004 é publicado pelo EUROSTAT o documento fundamental na matéria do tratamento contabilístico das PPP’s, no contexto dos países-membros, dado que define alguns critérios operativos que permitem qualificar os activos PPP como público ou privados e permite proceder à respectiva previsão dentro ou fora do balanço do Estado, merecendo portanto uma referência especial - “*New Decision of Eurostat on Deficit and Debt: Treatment of Public-Private Partnerships*”²¹⁰.

A decisão do EUROSTAT abrange os contratos de longa duração em que o parceiro privado constrói uma infraestrutura e provisiona um serviço directamente aos utentes ou à Administração, tanto no quadro do modelo concessivo clássico, como no quadro do modelo PFI²¹¹²¹².

²¹⁰ No seguimento de EUROPEAN PPP EXPERTISE CENTRE, “*Risk Distribution and Balance Sheet Treatment*”, 2012, p.6, a COMISSÃO EUROPEIA, através do EUROSTAT, garante a aplicação uniforme e adequada das regras do *European System of Accounts* (desde 1996, a moldura de referência no tratamento de dados orçamentais), de forma a obter dados estatísticos fiáveis e comparáveis, sobre as posições em matéria de dívida pública e défice de cada um dos Estados-membros, assegurando o respeito pelos limites impostos pelo Tratado de Maastricht, em 1994. Contudo, o ESA95 é um sistema de referência que produz estatísticas económicas, não contendo regras específicas aplicáveis às PPP’s. Na prática, foi necessário o EUROSTAT complementar as regras gerais do ESA95, com a publicação da decisão “*A New Decision of Eurostat on deficit and debt – Treatment of Public-Private Partnerships*”, de 2004.

²¹¹ INTERNATIONAL MONETARY FUND, “*Public-Private...*”, p. 23.

²¹² Como já referimos, no quadro legal da União Europeia inexistente uma definição consensual de PPP. Assim, ainda que somente relevante para fins estatísticos, o EUROSTAT indica o que entende por PPP (aqui refere-se, parece-nos, a concessões sob modelo PFI) e o que entende por concessão clássica (“*concessions*”). No caso de, cumulativamente, nos depararmos com um contrato de longo termo (pelo menos 3 anos), entre uma entidade do sector público e uma entidade privada, cujo objecto determine a construção ou renovação de infra-estruturas, financiadas pelo contraente privado, e que são adjacentes à provisão de um serviço, segundo requisitos de qualidade e quantidade acordados entre as partes, sendo a remuneração do parceiro privado feita através de pagamentos pelo sector público, então, estamos perante um contrato PPP, sob modelo PFI. Se, reunidos os restantes requisitos, a forma de remuneração do parceiro privado for proveniente, maioritariamente, de taxas cobradas aos utentes finais, então estamos perante uma concessão clássica. A este propósito, *vd.* EUROPEAN PPP EXPERTISE CENTER, “*Risk Distribution...*”, p. 9.

No tocante ao modelo concessivo, a decisão do EUROSTAT recomenda que os activos envolvidos numa PPP sejam qualificados como privados, portanto fora do balanço do Estado, desde que menos de 50% das receitas do projecto provenham de pagamentos pelo sector público²¹³.

Relativamente ao modelo PFI, a abordagem do EUROSTAT é baseada no grau de transferência do risco: para que uma infraestrutura PFI seja colocada fora do balanço do Estado requer-se a transferência para o sector privado, em primeiro lugar, do risco da construção²¹⁴ e, em segundo lugar, do risco da provisão/disponibilidade do serviço²¹⁵ ou do risco da procura²¹⁶.

²¹³ NAZARÉ COSTA CABRAL, “Parcerias...”, p. 110. Não obstante, a autora, no seguimento de E. R. YESCOMBE, “Public-Private...” p. 68, nota que algumas questões surgem desde logo, nomeadamente, no respeitante ao tratamento dado às garantias concedidas pelo Estado (o mesmo critério dos 50% poderá ser aplicável, ainda que o pagamento não seja maioritariamente feito pelo sector público, se as garantias concedidas pelo Estado ao projecto PPP corresponderem a 50% das garantias totais, considerando-se o activo como público), no respeitante aos concessionários públicos (quando o projecto PPP é empreendido por uma empresa de capitais maioritária ou exclusivamente públicos, as regras do EUROSTAT permitem que os activos fiquem fora do balanço do Estado se assegurados por uma “unidade de mercado” – uma entidade detida pelo Estado desde que funcionando em condições de mercado) e no respeitante à aplicação do critério dos 50% (o EUROSTAT parece preferir o critério da forma em detrimento da substância na consideração dos 50%, pelo que será possível ao Estado subsidiar diferentes partes de um sistema através de diferentes empresas privadas, de tal modo que quando considerado numa base consolidada, esse financiamento superaria os 50%, mas não assim considerando cada empresa individualizada).

²¹⁴ O risco da construção, de acordo com EUROPEAN PPP EXPERTISE CENTRE, “Eurostat Treatment of Public-Private Partnerships: Purposes, Methodology and Recent Trends”, 2010, p. 9, “covers events related to the initial state of the asset(s) involved in the PPP. In practice, construction risk is related to events such as late delivery, non-respect of specified standards, significant additional costs, technical deficiency and external events (including environmental risks) triggering compensation payments to third parties”.

²¹⁵ O risco da provisão/disponibilidade do serviço, de acordo com EUROPEAN PPP EXPERTISE CENTRE, “Eurostat Treatment...”, p. 9, “covers cases where, during the operation of the asset(s), the responsibility of the non-government partner is called upon, because of insufficient management performance, resulting in a lower volume of services than was contractually agreed or in services not meeting the quality standards specified in the PPP contract”.

²¹⁶ O risco da procura, de acordo com EUROPEAN PPP EXPERTISE CENTRE, “Eurostat Treatment...”, p. 9, “covers the variability of demand for a particular service, like number of road users or volume of waste disposal (higher or lower than expected when the PPP contract was signed) irrespective of the performance of the non-government partner. In other words, there is demand risk”.

Capítulo II – A alocação dos riscos, em particular

2.1. Princípios da alocação dos riscos e “Value for Money”

A alocação dos riscos entre o sector público e sector privado desempenha um papel fundamental no sucesso da abordagem PPP e constitui um dos elementos essenciais inerentes à prossecução de ganhos de “VfM” no emprego dos recursos públicos²¹⁷. Com efeito, a estrutura contratual²¹⁸ que subjaz à

when a shift in demand cannot be directly linked to an inadequate quality of the services provided by the nongovernment partner but is the result from other factors, such as business cycles, new market trends, changes in final users’ preferences or technological obsolescence”.

²¹⁷ BING LI, AKIN AKINTOYE, CLIFF HARDCASTLE, “Value for Money and Risk Allocation Models in Construction PPP Projects”, in *ARCOM Doctoral Workshop – Simulation and Modelling in Construction*, 2001, p. 19, indicam que existem duas dimensões no tratamento da alocação dos riscos: uma qualitativa (“que tipo de risco é alocado e a quem é alocado”) e outra quantitativa (“quanto do risco é alocado”). A que aqui nos interessa é a primeira.

²¹⁸ ANTÓNIO A. FIGUEIREDO B. POMBEIRO, “*As PPP/PFI...*”, pp. 168 e ss., relativamente à estrutura contratual das PPP’s, indica que no centro do complexo contratual está aquilo que se designa por contrato PPP/PFI “*stricto sensu*” ou Acordo de Projecto, entre a Administração, parceiro público ou concedente e o parceiro privado, “*special purpose vehicle*” (SPV) ou concessionário, tendo como objecto a realização do projecto, isto é, o aprovisionamento, produção, distribuição e entrega do serviço ou provimento, incluindo a obtenção, manutenção, actualização e gestão de todos os activos necessários. É frequente que este contrato não se resuma a uma peça única, antes de desdobre em vários contratos, que, não obstante, se agrupará colectivamente sob a designação de Acordo de Projecto ou contrato PPP/PFI “*lato sensu*”. Entre os contratos periféricos, cinco são nucleares: o contrato de construção/produção (contrato de empreitada entre o SPV ou parceiro privado e o contraente construtor/produzidor); o contrato de provimento (contrato de aprovisionamento entre o SPV e um ou mais provedores principais do serviço); o acordo directo (acordo estabelecido entre o parceiro público, o SPV, os financiadores e, frequentemente, alguns dos subcontratantes do SPV; salvaguarda os créditos dos financiadores no caso de incumprimento do SPV, permitindo-lhes assumir todas as posições contratuais deste e designar outro contratante ou SPV, outro contratante construtor /produzidor ou outro provedor do serviço; o acordo salvaguarda também a continuidade do provimento do serviço, dado que ao parceiro público assiste também o direito, em caso de incumprimento do SPV, de assumir todas as posições contratuais deste e designar outro contratante ou subcontratantes); o contrato de financiamento (o contrato de financiamento é estabelecido entre os bancos, representados por um agente, e o SPV, sendo que os contratos de financiamento das PPP’s são “*project finance*”, ou seja, financiamentos cuja garantia de reembolso assenta essencialmente no “*cash-flow*” previsto para o projecto); acordo parassocial ou pacto de accionistas ou sócios da SPV (quando exista uma SPV, na qual a malha de interesses de alguns ou todos os membros da mesma – os diversos subcontratantes, eventualmente o parceiro público e os consultores – é articulada). Por último,

alocação do risco, entre a Administração e o contraente privado, é totalmente distinta, consoante estejamos perante o modelo PPP ou um modelo de contratação pública tradicional: se, no primeiro, o sector público transfere um leque de riscos para o contraente privado, já no segundo os riscos são maioritariamente retidos pelo sector público.

Neste sentido, MARIA EDUARDA AZEVEDO realça que nas práticas tradicionais de financiamento, exploração e contratação, a Administração retém praticamente todos os riscos envolvidos nas várias fases do ciclo de vida dos projectos, sendo patente que o grau de risco transferido ou partilhado com o contraente privado é diminuto e incide essencialmente sobre as fases de concepção e construção (defeitos técnicos ou defeitos de construção)²¹⁹.

MERVYN K. LEWIS assinala que, numa primeira acepção, as características da contratação PPP podem conduzir à ideia de que o sector público, ao optar por esta via, se salvaguarda linearmente da retenção de qualquer risco adjacente ao projecto, em particular dos riscos relacionados com o activo (“*asset-based risk*” – categoria na qual se incluem os riscos atinentes à concepção, construção, exploração e valor residual do activo): o sector público torna-se o “comprador” de um serviço livre de risco, na medida em que não efectua os pagamentos faseados se o serviço não for de todo provisionado ou se o serviço for provisionado, mas não respeitar os níveis especificados. Na prática tal não sucede: a matéria da alocação do risco é muito mais complexa porque não se dá uma transferência máxima, mas sim óptima, dos riscos para o sector privado²²⁰. Sob o ponto de vista de RUI SOUSA MONTEIRO, a complexidade do processo de alocação de riscos numa PPP ainda se torna mais acentuada quando os riscos adjacentes a um projecto são partilhados por mais do que um concessionário: pode suceder que um concessionário provisione a infra-estrutura e outro

uma referência aos contratos de seguro firmados entre o SPV e seguradoras, de forma a que os riscos em que incorre o primeiro possam ser melhor geridos pelas segundas.

²¹⁹ MARIA EDUARDA AZEVEDO, “*As Parcerias...*”, p. 338.

²²⁰ MERVYN K. LEWIS, “Risk Management in Public Private Partnerships”, *CeGE Research Workshop*, Georg-August University, Gottingen, 2001, p. 9.

concessionário provione o serviço, ficando o primeiro sujeito ao risco da disponibilidade da infraestrutura e o segundo sujeito ao risco da procura²²¹.

Com efeito, a transferência de riscos num contrato PPP constitui um dos seus princípios basilares, de tal modo que, tanto o Decreto-lei 86/2003 (artigo 7º, alínea b)), como o Decreto-lei 111/2012 (artigo 7º, n.º 1, alínea b)) - e mesmo o Código dos Contratos Públicos, na parte relativa às concessões (artigos 413.º e 416.º) – impõem que as PPP's impliquem uma “significativa” e “efectiva” transferência de riscos para o sector privado²²².

²²¹ RUI SOUSA MONTEIRO, “Public- Private Partnerships: some lessons from Portugal”, in *European Investment Bank Papers*, vol. 10, n.º 5, 2005, p. 78. O autor, relativamente à alocação de diferentes tipos de risco em mais do que um concessionário, dá o exemplo das PPP's nas áreas da saúde e do transporte ferroviário: “*Risk-sharing issues are especially challenging when risks are split between two or more concessionaires. In some of Portugal's PPP schemes, responsibilities, risks, and payments are shared between two concessionaires: one provides an infrastructure for a long period (typically 30 years) and the other delivers a service (for a much shorter period) using this infrastructure. This model is envisaged for hospital PPPs because the contractual arrangements for the clinical services can only be agreed on for a period shorter than the one suitable for the management of hospital buildings. It is also the model devised for some rail and tram PPPs, where the service of the infrastructure and the rolling stock is subject to availability risk, whereas transport services are subject to traffic risk*”.

²²² PEDRO LEITE ALVES, “Reflexões sobre o regime legal das PPP”, in *Revista de Contratos Públicos*, n.º 6, 2012, pp. 18-19, questiona, desta forma, as normas do Regime Geral das PPP's e do CCP, relativamente à imposição expressa de uma transferência de riscos: “*Não curando agora de tentar compreender por que razão o CCP entendeu útil destacar a transferência de risco para o privado como traço essencial do concessão de bens público relativamente à óbvia regra de que o risco da gestão concessionada impende sobre o privado, vale a pena tentar perceber por que razão o diploma de 2012 reteve um redacção que tem por efeito, em tese, aumentar o custo público das PPP. Com efeito, como o risco é o produto de uma probabilidade por um valor e a sua contrapartida é a margem financeira de protecção retida pela entidade a quem é alocado ou que o financia, quanto maior o risco privado, mais cara a PPP*”. Neste ponto, com o devido respeito, não perfilhamos o autor dado que, se concordamos com a associação da responsabilização por um risco pelo parceiro privado à cobrança de um preço, não podemos ignorar que, no caso de o sector público reter esse risco para si, esse risco continua a comportar um custo financeiro (em última instância, podemos considerar esse risco como disperso pelos contribuintes), ainda que encoberto, e que é associado ao projecto em causa. Logo, se o parceiro privado gere esse risco ao mais baixo custo, ainda que o valor a pagar seja mais elevado do que na situação em que o sector público não transfere o risco, em termos globais o custo do projecto é menor. Concluí o autor, referindo: “*(...) há a probabilidade séria de que a norma legal portuguesa seja desprovida de consequências práticas: qual será o ente público que recusará a matriz de risco por ele elaborada com a alegação de que não corresponde a uma significativa transferência de riscos?*”.

A COMISSÃO EUROPEIA, no seu LIVRO VERDE SOBRE PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS, confirma a importância da transferência de riscos, ao indicar que as PPP's se caracterizam pela “*distribuição dos riscos entre o parceiro público e o parceiro do sector privado, para o qual são transferidos os riscos habitualmente suportados pelo sector público*”, concretizando que “*a distribuição dos riscos efectuar-se-á caso a caso, em função das capacidades respectivas das partes em causa para os avaliar, controlar e gerir*”²²³.

A importância do tratamento do risco no ciclo “*whole-life*” PPP justifica que a sua ocorrência seja devidamente acautelada nos contratos e na respectiva legislação aplicável – CCP e Regime Geral PPP's. NAZARÉ COSTA CABRAL, quanto ao risco em geral, destaca as regras em matéria de execução dos contratos (prevedendo designadamente situações de atrasos na execução e de trabalhos a mais), o regime especial de alteração de circunstâncias e as regras sobre partilha de benefícios em caso de ganhos não previstos e não atribuíveis à acção do contraente privado²²⁴.

Com efeito, a complexidade dos contratos PPP torna difícil a tarefa de interpretar a moldura de distribuição do risco, ainda mais se tivermos em consideração que essa moldura se situa numa avaliação “*ex ante*”. O FUNDO MONETÁRIO INTERNACIONAL alerta para a hipótese de a distribuição do risco patenteada na teia contratual ser inócua e não demonstrar todo o risco suportado pelo sector público (“*not tell the whole story*”), dado que factores políticos podem induzir a Administração a assumir na prática todo o risco de resgate de projectos “*too big to fail*”, cuja manutenção da provisão do serviço seja tida como essencial à prossecução do interesse público²²⁵.

Sem prejuízo, como assinala ANTÓNIO POMBEIRO, a gestão do risco estende-se a todas as áreas da Administração, independentemente do tipo de serviço ou contratação em causa: falhas ou indisponibilidade do serviço; queixas

²²³ COMISSÃO EUROPEIA, “*Livro Verde...*”, p. 3.

²²⁴ NAZARÉ COSTA CABRAL, *Parcerias...*, p. 88.

²²⁵ INTERNATIONAL MONETARY FUND, “*Public-Private...*”, p. 22.

e reclamações dos utentes contra erros ou lapsos do serviço que possam resultar em indemnizações ou compensações significativas; risco de derrapagem de certas obrigações contratuais para além da capacidade orçamental; risco decorrente de pressupostos contabilísticos e orçamentais inválidos; risco de fraude e apropriação ilícita de fundos; risco de disputas comerciais e industriais; risco de acções dos funcionários por discriminação sexual, etária, racial ou outra; riscos de usurpação de direitos e propriedade intelectual; riscos de guerra ou cataclismos naturais. Assim, podemos afirmar que o risco é transversal a todas as áreas de serviço ou actividade, cuja prossecução possa dar lugar a prejuízos ou a desvios significativos relativamente ao esperado²²⁶.

DARRIN GRIMSEY/MERVYN K. LEWIS associam a identificação, alocação e gestão do risco a uma parte fulcral do processo PPP, assinalando que, no quadro da análise do risco dos projectos, a contratualização PPP pressupõe uma avaliação muito mais desenvolvida do que aquela que se verifica sob contratação pública tradicional (efectivamente, a comparação da complexidade da moldura de identificação, alocação e gestão do risco de um projecto PPP com um projecto sob contratação pública tradicional assim o induz)²²⁷.

Não obstante, há que desde já que referir que inexistente uma moldura única da alocação dos riscos, aliás, como se pode depreender pela variedade de tipos contratuais que são integrantes da ampla figura PPP e a respectiva repartição de actividades que neles se constata, cuja aplicação valha para todos os projectos que se pretendam realizar sob esta via.

O ponto determinante relativamente à percepção da função da transferência de riscos, no quadro de um contrato PPP, é a estreita conexão que existe entre a sua adequada alocação e a eficiência do projecto²²⁸. Como já referimos, a “*ratio*” em que se baseia a abordagem PPP concretiza-se na construção de infra-estruturas/provisão de serviços de melhor qualidade e com maior eficiência, do

²²⁶ ANTÓNIO A. FIGUEIREDO B. POMBEIRO, “*As PPP/PFI...*”. p. 136

²²⁷ DARRIN GRIMSEY, MERVYN K. LEWIS, “*Public-Private...*”, p. 136.

²²⁸ OCDE, “*Public-Private...*”, p 47

aquilo que se obteria se a Administração optasse pela via da contratação pública tradicional. Neste sentido, há que trazer à colação a distinção entre os três tipos de eficiência: eficiência alocativa, eficiência técnica e X-eficiência (*vd.* nota 159)²²⁹.

A decisão do sector público de construir uma infraestrutura/provisionar um serviço, independentemente de optar pela via da contratação pública tradicional ou optar pela via PPP, envolve considerações relativas à eficiência alocativa. Uma vez tomada a decisão nesse domínio, o sector público deve decidir por que via optar entre as duas atrás mencionadas, envolvendo a decisão, desta vez, considerações relativas à eficiência técnica e à X-eficiência.

Sem prejuízo de, nomeadamente no Reino Unido²³⁰, estudos demonstrarem que os resultados da contratualização PPP são, em determinados parâmetros, melhores do que os resultados alcançados sob contratualização convencional, a ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E O DESENVOLVIMENTO ECONÓMICO alerta para a hipótese de, na escolha dos projectos a realizar sob modelo PPP, haver uma lógica de “*cherry picking*”, por parte do sector público: nesta situação, a Administração optaria unicamente pelo modelo PPP em projectos que colocassem poucas dificuldades técnicas ou dificuldades de outro cariz, ou seja, projectos em que a perspectiva de serem obtidos ganhos de valor na sua realização, sob modelo PPP, fosse dada como adquirida (assumindo que o sector público decide sob esta ordem de ideias, qualquer comparação de performance entre os projectos realizados ficaria, à partida, inquinada)²³¹.

²²⁹ PHILLIPPE BURGER, IAN HAWKESWORTH, “*How to Attain...*”, pp. 51 e ss.

²³⁰ Segundo o *NATIONAL AUDIT OFFICE*, “*PFI: Construction Performance, Report by the Comptroller and Auditor General*”, 2003, p. 3, de acordo com dados recolhidos em 2002, somente 22% dos projectos realizados sob modelo PFI implicaram sobrecustos. Uma performance assinalável quanto a este critério, especialmente se comparada com o facto de em 73% dos projectos realizados sob contratação tradicional se terem verificado sobrecustos. Quanto ao critério da disponibilização da infraestrutura dentro do prazo estipulado, se, somente, em 24% dos projectos sob modelo PFI foram verificados atrasos, por contrapartida, sob modelo de contratação tradicional, essa incidência sobe para os 70%.

²³¹ OCDE, “*Public-Private...*”, p. 46.

Na perspectiva da COMISSÃO EUROPEIA, os objectivos da alocação dos riscos na parte que melhor os consiga controlar e mitigar prendem-se com a redução dos custos do projecto a longo prazo; com a estrutura contratual de incentivos (em teoria, o contraente privado só é remunerado na medida em que disponibilize a infra-estrutura e provisione o serviço de acordo com os parâmetros de “*performance*” acordados, logo, tanto é “incentivado” a cumprir os prazos, como a manter a qualidade do serviço), cuja moldura induz o contraente privado a disponibilizar a infraestrutura dentro do prazo fixado, de acordo com os “*outputs*” pré-definidos e sem sobrecustos; com a melhoria da qualidade do serviço provisionado e o aumento da rendibilidade do projecto, exponenciados pela eficiência na gestão da operação da infraestrutura; e, por último, com a necessidade de o perfil da despesa pública se tornar previsível e consistente, no quadro de um contrato PPP²³².

Retomando a questão da conexão entre a transferência de riscos e o “*VfM*”, E. R. YESCOMBE assinala que a adequada alocação do risco entre os contraentes é um elemento-chave na obtenção de ganhos de valor, nomeadamente se os riscos transferidos podem ser geridos de forma mais capaz e a um custo mais baixo pelo sector privado do que pelo sector público, o que, consequentemente, implica uma diminuição dos custos globais do projecto, em face da situação hipotética em que os riscos são retidos totalmente pelo sector público²³³.

Sob esta premissa, podemos afirmar que uma adequada alocação do risco num projecto PPP é condição essencial da obtenção de “*VfM*”²³⁴. Com efeito, os ganhos de valor são obtidos, não exclusivamente, mas em grande parte, através da alocação do risco na parte mais capaz, quer de reduzir a probabilidade da

²³² COMISSÃO EUROPEIA, “*Guidelines...*”, p. 51.

²³³ HM TREASURY, “*Appraisal and Evaluation in Central Government*”, Londres, 1997, - Anexo B. Na doutrina alemã, a propósito da conexão entre a alocação do risco (“*Risikoallokation*”), ganhos de eficiência (“*Effizienzgewinn*”) e “*VfM*” (“*Wirtschaftlichkeitsvorteile*”), veja-se ANDREAS PFNÜR/CHRISTOPH SCHETTER/HENNING SCHÖBENER, “*Risikomanagement bei Public Private Partnerships*”, Springer, Berlim, 2010, pp. 43 e ss.

²³⁴ E. R. YESCOMBE, “*Public-Private...*”, p. 18.

ocorrência do evento, quer, no caso de o evento se concretizar, na parte mais capaz de absorver as repercussões financeiras que daí decorram. Em termos práticos, porém, como se depreende por se tratar de características transversais à essência da contratação pública, o processo de alocação do risco é condicionado tanto pela natureza negocial do procedimento, como também pela sua natureza concorrencial. Podemos considerar que resulta de um acordo entre as partes no contexto de um procedimento concorrencial e pode ocorrer que, nem sempre, daí resulte a alocação do risco à parte cuja apetência seja a mais adequada para o suportar.

A alocação e gestão do risco é uma das fontes de eficiência produtiva, dado que a repartição dos mesmos entre os contraentes num projecto PPP favorece o estabelecimento de incentivos orientados para uma gestão otimizada e uma consequente redução de custos. Se alocação do risco for adequada, ou seja, se o risco for atribuído à parte que o consiga controlar e mitigar de forma mais económica, a parte que o assume tem a capacidade e o incentivo para minimizar a probabilidade da materialização do risco ou mitigar o impacto que a materialização desse risco possa causar no projecto²³⁵.

Coloca-se a então a seguinte questão: o que entender por “*parte mais preparada para gerir os riscos*”? Será a parte que tenha maior influência na redução da probabilidade de um determinado evento acontecer ou será a parte que consiga gerir melhor as hipotéticas consequências financeiras decorrentes da concretização desse evento? O pressuposto de que a parte mais habilitada para gerir os riscos é aquela que o faz a um custo mais baixo, reduzindo, por conseguinte, os custos totais do projecto a longo prazo, leva-nos a concluir que, se o custo de reduzir a probabilidade da ocorrência de um evento é menor do que o custo de absorver as suas consequências, o risco deverá ser alocado na parte que mais influência possua sobre a probabilidade da ocorrência do evento²³⁶.

²³⁵ MARIA EDUARDA AZEVEDO, “*Parcerias...*”, pp. 435 e ss.

²³⁶ OCDE, “*Public-Private...*”, p. 49.

TIMOTHY IRWIN entende que o princípio de que o risco deve ser alocado à parte mais preparada para o gerir se trata de uma fórmula demasiado vaga e inócua. Clarifica-a da seguinte maneira: em primeiro lugar, a alocação do risco a uma parte deve ser associada à atribuição de direitos de decisão em matérias que o influenciem; em segundo lugar, a alocação do risco a uma parte deve ser feita em função da sua capacidade de influenciar o factor do risco (a “fonte” do risco – um empreiteiro está apto a influenciar o risco de sobrecustos da construção dado que gere factores, entre muitos outros, como a escolha dos materiais da obra ou o pagamento da mão-de-obra na sua realização; assim sendo, em princípio, o risco de sobrecustos ser-lhe-á alocado); em terceiro lugar, a alocação do risco a uma parte deve ser feita em função da sua influência sobre o grau de sensibilidade do valor do projecto a um factor de risco (como exemplo, ainda que a ocorrência de um sismo, caso de força maior, não possa ser influenciada por nenhuma das partes, a escolha precavida do local da construção do projecto pode reduzir as hipotéticas consequências negativas da materialização do risco de um sismo, antecipando-o e tornando o valor do projecto menos sensível a esse factor), em terceiro lugar, existem riscos que não nenhuma das partes pode influenciar ou antecipar, entendendo-se que nessas situações o risco deve ser alocado à parte que esteja em melhores condições para o absorver (suportar ao mais baixo custo – por exemplo, os utentes podem suportar o risco de inflação porque, em princípio, os seus rendimentos são ajustados ao próprio factor de risco)²³⁷.

A aparente simplicidade da máxima “*os riscos devem ser alocados na parte que está em melhores condições para os controlar e gerir pelo menor custo*” não se reflecte na sua aplicação prática, dado que é necessário considerar a natureza dos diversos riscos e aceitar a complexidade da distribuição de alguns, tomando em consideração que a óptima alocação do risco não pode ser totalmente definida “a

²³⁷ TIMOTHY IRWIN, “Public Risk in Private Infrastructure”, in *Realizing the Potential for Profitable Investment in Africa – High level Seminar organized by the IMF Institute and the Joint Africa Institute*, 2006, pp. 11. e ss.

priori” porque cada projecto tem as suas especificidades próprias²³⁸. OWEN HAYFORD enumera um conjunto de razões atinentes à dificuldade anteriormente exposta: as diferentes perspectivas das partes contraentes (cada parte forma uma ideia própria, antes da celebração do contrato, relativamente às suas capacidades para gerir o risco, às probabilidade de ocorrência de cada um dos riscos identificados e ao preço a cobrar por cada risco suportado), complexidade dos riscos (muitos dos riscos não estão na esfera de controlo e gestão de uma única parte, traduzindo-se numa gestão do risco partilhada), dificuldade na gestão de determinados riscos (nenhuma das partes se encontra em posição favorável para a sua gestão e controlo – caso da força maior) e outros factores (requisitos comerciais, poder negocial e requisitos impostos pelos financiadores)²³⁹.

Na linha de alguma doutrina, o “*modus operandi*” administrativo, designadamente no que concerne às práticas e procedimentos pré-contratuais, não pode ser considerado totalmente compatível com a regra legal do art. 7º, alínea a), do Decreto-lei 111/2012 (“os diferentes riscos inerentes à parceria devem ser repartidos entre as partes de acordo com a respectiva capacidade de gerir esses mesmos riscos”). PEDRO MELO entende que, tanto a metodologia de avaliação das propostas dos concorrentes, como o facto de as cláusulas da minuta do contrato atinente ao “*risk spreading*” só poderem ser alvo de modificações (tratando-se de meras adaptações e aditamentos) no âmbito da fase de negociações (sob uma lógica concorrencial de máxima acomodação dos diversos riscos na esfera do concessionário, para melhor satisfazerem os interesses da Administração), condicionam o conteúdo de cada uma das propostas no respeitante à assunção eficiente dos riscos pelas partes²⁴⁰.

²³⁸ LUÍS HELENO TERRINHA, “Parcerias Público-Privadas e alocação do risco”, in Revista de Ciências Empresariais e Jurídicas, Instituto Superior de Contabilidade e Administração do Porto, n.º 20, 2011, p. 115.

²³⁹ OWEN HAYFORD, “*Successfully allocating risk and negotiating a PPP contract*”, 6th Annual National Private Public Partnerships Summit, 2006, p. 10.

²⁴⁰ PEDRO MELO, “*A Distribuição do Risco nos Contratos de Concessão de Obras Públicas*”, Almedina, Coimbra, 2011, pp. 137 e ss. Mais detalhadamente, o autor esclarece (fã-lo a partir de uma análise aturada de diversos documentos concursais, derivados da experiência nacional neste tipo de contratação) que, em face das regras dos procedimentos adjudicatórios comumente

Como tivemos oportunidade de realçar²⁴¹, o sector público deve operar uma transferência do risco para o sector privado, cuja linha de orientação veicule a optimização e não a maximização da transferência do risco: se o sector público transferir riscos para o contraente privado, cujas condições da sua ocorrência o segundo não possa influenciar, será cobrado um prémio de risco que ultrapassará os benefícios inerentes à sua transferência, prejudicando a obtenção de “*VfM*” por parte da Administração, ou seja, partir de um certo ponto a transferência dos riscos torna-se sub-ótima²⁴². Conceber o nível óptimo de transferência dos riscos para o contraente privado pressupõe uma análise dos elementos específicos do projecto em causa, dado se constatarem diferentes molduras de transferência do risco consoante o tipo de contrato: exemplificativamente, o modelo DBOMF (“*design-build-operate-maintain-finance*”) exige uma análise mais complexa da alocação do risco do que aquela que se constata sob modelo BOT (“*build-operate-transfer*”) – cada tipo de risco alocado no contraente privado envolve uma análise, no sentido de verificar se se trata efectivamente da parte que mais habilitada está para o controlar e mitigar e no sentido de verificar se o preço cobrado pela responsabilização por um determinado risco é financeiramente

utilizados nos contratos de concessão de obras públicas (a obra incide em particular sobre este tipo contratual PPP, não obstante, muitas das temáticas aqui tratadas poderem ser extrapoladas para os restantes contratos abrangidos pelo conceito PPP), se podem apontar dois níveis de condicionamentos sucessivos, no que respeita à distribuição do risco: na minuta do contrato de concessão patenteada a concurso (as adaptações e aditamentos que podem ser introduzidos na fase de negociação estão teleologicamente orientadas para a optimização das propostas, na perspectiva da Administração – a distribuição do risco fica fixada no momento da adjudicação, sem prejuízo do que sucede com os demais contratos de projecto, construção, operação e manutenção, em que o concessionário, frequentemente, transfere uma parte significativa do risco assumido no contrato de concessão para o empreiteiro e o operador) e na metodologia de avaliação das propostas (os mecanismos de avaliação de propostas induzem os concorrentes a assumirem o máximo de risco como forma de obterem uma melhor pontuação das suas propostas, dado que os mecanismos usualmente empregues contemplam vários factores e subfactores densificadores do critério de adjudicação que encerram uma avaliação do grau de risco assumido ou incorporado nas propostas dos concorrentes).

²⁴¹ *Vd. supra* p. 57.

²⁴² *Vd. Anexo I. Nas palavras de MATHIAS DEWATRIPONT, PATRICK LEGROS, “Public...”, p. 134., “Optimal risk sharing implies that the marginal cost of shifting risk from the public to the private sector equals the marginal benefit”.*

razoável²⁴³. Transferir um risco da Administração para algum interveniente que não esteja apto a geri-lo, significa encarecer o preço que aquela pagará pelo serviço ou afastar potenciais concorrentes: as instituições financiadoras do projecto cobrarão nos juros um prémio de risco maior e o se o custo do risco aumentar, aumenta com ele o custo total do projecto²⁴⁴.

Como sugere PAUL LIGNIERES, a existência de uma teia contratual (englobando o contrato de empreitada, contrato de concessão, contrato de seguro, garantias etc.), tanto permite repartir os riscos entre os diversos intervenientes, como permite às instituições financiadoras do projecto aferir da “*bancadilidade*” do mesmo (é frequente assistirmos à intervenção dos bancos, no sentido de aferir da adequada alocação do risco), dado que o risco de crédito (o risco de a entidade financiadora não ver satisfeito o designado serviço da dívida – reembolso do capital e correspondentes juros) é influenciado por todos os outros riscos adjacentes ao projecto²⁴⁵.

²⁴³ DARRIN GRIMSEY, MERVYN K. LEWIS, “*Public...*”, p. 136.

²⁴⁴ ANTÓNIO A. FIGUEIREDO B. POMBEIRO, “*Parcerias...*”, p. 138.

²⁴⁵ PAUL LIGNIERES, *Partenariat...*, p. 252. No mesmo sentido, DEPARTMENT OF TREASURY AND FINANCE, “*Partnerships Victoria: Risk Allocation and Contractual Issues*”, Melbourne, 2001, pp. 12 e ss, assinala que o financiamento do projecto pode ser feito através de empréstimos/dívida ou através de participação no capital (respectivamente, “*debt and equity*”, concretizando, “...*debt financiers provide a significant part of the financing for the project (typically up to 80 per cent) at pre-agreed interest rates, and as discussed below, accept limited risk. Equity participants finance the balance of the project by, in effect, purchasing shares in the project*”. O documento destaca a maior tolerância ao risco dos financiadores com participação no capital, quando comparados com os financiadores de empréstimos: os “*equity participants*” aceitem um maior nível de risco do que os “*debt financiers*” dado que o retorno potencial dos primeiros é mais elevado do que o dos segundos, cujo retorno se circunscreve ao pagamento dos juros (“...*their dominant concern is that the cash flow from the project is sufficient to meet the debt repayment schedule, including interest. They therefore exert pressure on the private party not to take on risks which may jeopardise the project cash flow dedicated to amortisation of debt*”). A este propósito, vd. MERVYN K. LEWIS, “*Risk Management...*”, p. 10. Como sugere NAZARÉ COSTA CABRAL, “*Parcerias...*”, pp. 88 e ss, há uma estreita relação entre a distribuição do risco e o custo de financiamento do projecto. Segundo o Teorema de Miller-Modigliani, o custo do capital empregue depende apenas dos riscos associados ao projecto, sendo que a transferência de riscos do Estado para o contraente privado não deveria afectar o custo de financiamento do projecto. Não obstante já termos abordado esta temática, note-se que a doutrina económica actual preconiza que o custo de financiamento do sector

Como tivemos oportunidade de referir, a propósito do tratamento contabilístico e orçamental das PPP's, a abordagem do EUROSTAT, no respeitante à qualificação dos activos como públicos ou privados, pelo menos sob modelo PFI, é baseada no grau de transferência do risco, dependendo a atribuição da infraestrutura fora ou dentro do balanço do Estado dos riscos alocados ao contraente privado. Se já abordamos esta temática, aqui o que nos interessa salientar, ao relacionar este aspecto à gestão do risco, é o facto da distribuição do mesmo assumir uma influência transversal a todo o enquadramento PPP²⁴⁶. Neste sentido, como salienta o FUNDO MONETÁRIO INTERNACIONAL, ainda que o operador privado seja tipicamente o proprietário jurídico do activo PPP, no caso de o sector público suportar os riscos associados (que se verifica se, cumulativamente, o valor líquido actual dos pagamentos efectuados cobrir a maior parte do valor activo, o termo da locação coincidir com a maior parte da vida útil do activo e se, no final do contrato, o ente público puder adquirir a propriedade jurídica a um valor residual nominal) à propriedade do activo podemos afirmar que este é efectivamente o proprietário económico do activo²⁴⁷. NAZARÉ COSTA CABRAL associa esta posição a uma locação financeira, sendo tratada contabilisticamente de forma muito próxima à dos empréstimos, mediante o qual o activo será contabilizado na folha de balanço do locatário. Pelo contrário se o locador – contraente privado- além de proprietário jurídico, for também proprietário económico estamos perante a uma figura contratual análoga à locação operacional²⁴⁸. Nesta situação, um

público é, unicamente de forma aparente, mais baixo do que o do sector privado, mediante a designada dispersão do risco pelos contribuintes, que não se remuneram pela sua assunção.

²⁴⁶ JULIE FROUD, “The Private Finance Initiative: risk, uncertainty and the state”, in *Accounting, Organizations and Society*, n.º 28, 2003, p. 577, acerca da transversalidade da importância da alocação do risco nos contratos PPP/PFI, designadamente no que concerne ao tratamento contabilístico : “*Within the framework of the contract, risk is not a passive category but is itself a non-neutral determinant of outcomes . The role of risk as an enabler is important not only in passive justification for the policy and accounting treatment of PFI, it also plays an active role in the design of individual PFI projects: the requirement that sufficient risk be transferred to ensure off balance sheet treatment has a direct effect on the nature of the projects which result*”.

²⁴⁷ FUNDO MONETÁRIO INTERNACIONAL, “*Public-Private...*”, p. 19.

²⁴⁸ NAZARÉ COSTA CABRAL, “*Parcerias...*”, pp. 111-112.

investimento PPP difere de um investimento sob contratação pública tradicional somente no aspecto do perfil da despesa pública associada: o contraente privado substitui o ente público na assunção do investimento na fase inicial do projecto, ficando o segundo acometido a pagamentos faseados durante o período de provisão do serviço.

Relativamente ao conceito de risco, o risco mensurável é definido como a atribuição, relativamente a um acontecimento hipotético, de probabilidades numéricas (estatísticas) objectiva ou subjectivamente avaliadas. O risco mensurável é passível de ser gerido com um certo grau de certeza, contrariamente ao risco não mensurável, dado que a este não pode ser atribuída uma probabilidade numérica objectiva ou subjectivamente avaliada. A experiência e a análise de determinados dados possibilitam que ao risco não mensurável sejam atribuídas probabilidades não numéricas, como “possível” ou “bastante possível”, ou seja a indeterminação predomina nesta avaliação, elevando o grau de insegurança²⁴⁹.

Em síntese, o risco é medido pelo valor esperado, sendo que este é calculado multiplicando a probabilidade de ocorrência do sinistro, erro, falha ou acontecimento desfavorável, pelo do prejuízo potencial causado por esse acontecimento (somando o valor total de todos os tipos de risco considerados chega-se ao valor total dos riscos)²⁵⁰.

²⁴⁹ OCDE, “Public-Private...”, p. 49. Como referem DARRIN GRIMSEY, MERVYN K. LEWIS, “Public-Private...”, p. 148, relativamente à distinção entre risco (“risk”) e incerteza (“uncertainty”): “In both cases, the actual future outcome is not certain, but in the case of risk, the probabilities of the various futures outcomes are known (either exactly mathematically) or from past experience of similar situations). In the case of uncertainty, the probabilities are merely “wild guesses” because the instance in question is so entirely unique that there are no others or not sufficient number to make it possible to tabulate enough like it to form a basis for any inference of value about any real probability in the case we are interested in”.

²⁵⁰ ANTÓNIO A. FIGUEIREDO B. POMBEIRO, “As PPP/PFI...”, p. 138. O autor assinala o elemento subjectivo da avaliação do risco, trazendo à colação o facto de ser frequente determinar-se não um valor total único dos riscos, mas um intervalo de variação das probabilidades de ocorrência e dos prejuízos inerentes.

Apesar de se mencionar frequentemente a expressão “*partilha do risco*”, segundo E. R. YESCOMBE os contratos celebrados no quadro das PPP’s não envolvem geralmente uma partilha fraccionada ou percentual de cada um dos riscos ($x\%$ do risco suportado pela entidade pública e $100-x\%$ do risco suportado pelo contraente privado): cada risco identificado é alocado (retido ou transferido) totalmente a uma das partes. Trata-se uma posição bastante discutível, já que se verificam riscos que pela sua natureza não estão plenamente sob o controlo de uma das partes, sendo mesmo influenciados pelos comportamentos das contrapartes²⁵¹. Também não existem propriamente “*transferências de riscos*”, mas apenas “*trocas de riscos*”: quando se opta por uma taxa de juro fixa, troca-se o risco de uma subida das taxas de juro pelo risco de uma descida nas mesmas, ocorrendo o inverso na opção pela taxa de juro variável²⁵². Pese embora a assunção da temática do risco, numa primeira aceção, possa induzir unicamente uma análise de eventos hipotéticos sob a sua vertente negativa, há que tomar em linha de conta que o resultado de uma actividade tanto pode trazer prejuízos como benefícios, projectando-se na esfera do alocador do risco tais consequências.

Quanto a uma categorização geral dos tipos de riscos, distinguem-se 3 níveis de factores de risco: níveis de risco macro, meso e micro. O nível de riscos macro compreende os riscos exógenos ao projecto: riscos num patamar nacional (associados a condições políticas, económicas e/ou sociais) ou riscos ambientais (associados ao meio natural). O nível de riscos meso abrange os factores de risco endógenos ao projecto (nomeadamente, a localização do projecto, o “*design*”, a construção da obra ou o risco da procura). O nível de riscos micro abrange os

²⁵¹ E. R. YESCOMBE, “*Public-Private...*”, p. 243. Em sentido contrário parecer ir OWEN HAYFORD, “*Successfully...*”, p. 10, ao assinalar, relativamente a riscos cuja gestão depende em grande medida da conduta da contraparte: “*Many risks are not wholly within the control of one particular party. For some risks the ability of a particular party to manage the risk, and the costs which it will incur in doing so, will depend to a large extent upon how the other party conducts itself. In these cases, risks need to be shared, and obligations or restrictions need to be imposed on the party that is not best able to manage the risk in order to assist the party responsible for managing the risk. There are often many ways in which such risk can be sliced, diced and allocated and hence considerable scope for debate and brinkmanship*”.

²⁵² ANTÓNIO A. FIGUEIREDO B. POMBEIRO, “*As PPP/PFI...*”, p. 138.

riscos relativos, não ao projecto particularmente considerado, mas aqueles que são advenientes das relações estabelecidas entre o parceiro público e privado quanto à gestão contratual do projecto (a diferente perspectiva dos dois sectores pode tornar difícil o processo negocial e de gestão, o primeiro orientado que está para a prossecução do interesse público- concretizando, a prevenção de monopólios ou abusos de posição dominante- e o último para o lucro)²⁵³. Outra distinção é feita entre os riscos comerciais e os riscos legais e políticos. O sector privado está, geralmente, mais preparado para suportar os riscos comerciais enquanto o sector público gere mais eficientemente os riscos de natureza legal e política (enquadramento legal, políticas governamentais, fiscalidade, expropriações etc.). Os riscos comerciais podem ser divididos em dois subtipos de risco: o risco da procura e o risco da provisão do serviço ou disponibilidade. Ambos são à partida suportados pelo sector privado, porém quanto ao risco da procura o ente público pode estabelecer uma garantia contratual de mitigação do risco; trata-se de um risco relativo a algo tão volátil como é a procura dos consumidores que pode ser alterada pelo surgimento de novas preferências, a disponibilidade de outros produtos/serviços substitutos ou complementares, alteração dos rendimentos ou da demografia nacional. Uma outra classificação de riscos distingue os riscos globais ou de força maior (riscos exógenos fora do controlo das partes do projecto como desastres naturais, guerras ou tumultos) dos riscos elementares (riscos sob o controlo das partes). Os últimos são divididos em cinco subcategorias: riscos políticos (associados aos poderes de soberania e especificidades políticas do país em que o projecto é lançado); riscos de crédito do mutuário (associados ao “*rating*” de crédito do SPV); riscos de crédito do promotor (associados ao “*rating*” de crédito da entidade promotora do projecto); riscos de crédito do Estado (relacionados com o “*rating*” de crédito soberano); e os riscos do projecto em sentido estrito que, por sua vez, são subdivididos no risco de conclusão do projecto (risco de atrasos na entrega da obra), operacionalidade e manutenção (risco de ineficiências na exploração),

²⁵³ BING LI, AKINTOLA AKINTOYE, CLIFF HARDCASTLE, “Risk Analysis and Allocation in Public Private Partnerships Projects”, *17th ARCOM Annual Conference. Salford*, vol.2, 2011, p.898.

riscos da disponibilidade e da procura e riscos financeiros²⁵⁴ (flutuação das taxas de juro e de câmbio, aumento nos custos da dívida)²⁵⁵.

Outra proposta de categorização geral dos riscos, divide-os em riscos gerais (comuns a todos os projectos infraestruturais de cooperação entre os sectores privado e público – não necessariamente sob modelo PPP/PFI) e riscos específicos do modelo PPP/PFI (riscos adjacentes aos projectos infraestruturais realizados sob modelo PPP/PFI). Aqui, sob pena de redundância, apenas nos interessa referir que a contratualização PPP implica uma transferência dos riscos de financiamento para o contraente privado (“*external financing risk*”), considerando-se este um risco específico dos projectos realizados sob modelo PPP. Em termos gerais (adiante trataremos em específico), na perspectiva de GRAHAME ALLEN, trata-se de um tipo de risco atinente a uma dupla possibilidade: a possibilidade de o SPV não conseguir o financiamento nos mercados para realizar o projecto contratualizado e a possibilidade de as taxas de juros se alterarem negativamente desde o momento de apresentação da proposta (incorrendo o SPV num aumento dos custos da dívida)²⁵⁶.

²⁵⁴ Contudo, note-se que os riscos financeiros não se circunscrevem, em termos práticos, à flutuação das taxas de juro ou das taxas cambiais, sendo conexos, por exemplo, com a qualidade da construção da infra-estrutura: se a realização da infra-estrutura for deficitária, isso implica, numa fase de exploração do activo, custos de manutenção e exploração mais elevados. Como sugerem SIMON S. GAO/MORRISON HANDLEY-SCHACHLER, “Public Bodies Perceptions on Risk Transfer in the UK’s Private Finance Initiative”, *Journal of Finance and Management in Public Services*, vol. 3, n.º 1, 2011, p. 27, “*While financial risks can be defined from different perspectives, they extend well beyond the effects of inflation rates and interest rates in financial instruments. It is also necessary to consider the potential effects of poor capital works, faulty initial system development or poorly written long-term service agreements*”.

²⁵⁵ OCDE, “*Public...*”, pp. 51 e ss.

²⁵⁶ GRAHAME ALLEN, “*The Private...*”, p. 28, AKINTOLA AKINTOYE, MATHIAS BECK, CLIFF HARDCASTLE, “*Public...*”, pp. 37-38, sob o ponto de vista financeiro, categorizam os riscos em sistémicos (também designados de mercado) ou não-sistémicos (também designados de específicos). Os primeiros são relativos às condições económicas gerais que afectam todo o mercado: alterações na procura, nível de produção industrial, taxas de juro, taxas de câmbio, preços no sector energético etc. Os segundos compreendem os riscos associados a um particular activo, empresa ou segmento de mercado: introdução de um novo produto ou serviço, alteração no modelo de gestão de uma determinada empresa etc. Por seu turno, em geral, os autores distingue como categorias de risco: o risco de crédito (possibilidade de incumprimento por parte

MATHIAS DEWATRIPONT/PATRICK LEGROS destacam a distinção entre riscos exógenos (riscos fora do controlo das partes, designadamente de força maior – como exemplo, nenhuma das partes pode controlar a probabilidade de uma tempestade destruir a infraestrutura objecto do projecto PPP) e riscos endógenos (riscos sob o controlo das partes e influenciado pelas estipulações contratuais – como exemplo, o empreiteiro pode usar materiais de fraca qualidade na construção da infraestrutura e as consequências de tal decisão só serem notadas anos após a conclusão da obra, já numa fase de exploração). Em termos gerais, os riscos exógenos são suportados pela Administração ou partilhados entre as partes, assumindo que, na situação em que o contraente privado suporte totalmente algum dos riscos exógenos, este vai cobrar um prémio de risco ao contraente público. Trata-se de uma prática que, em teoria, não favorece ganhos de “ VfM ”: dado que se refere à alocação de um risco exógeno, e considerando que nenhuma das partes tem uma vantagem comparativa na sua gestão (aliás, está fora do controlo de ambas as partes), a Administração não vai obter do parceiro privado uma melhor gestão do risco do que aquela que obteria caso o retivesse. Esta forma de tratamento do risco, é uma situação exemplificativa de como uma deficiente alocação do mesmo induz custos mais elevados e nenhuma obtenção de “ VfM ”²⁵⁷.

Em suma, dentro de cada categorização geral dos riscos é possível identificar diversas subcategorias, cuja distinção se baseia na natureza dos riscos nelas compreendidas (as circunstâncias que estão na base das categorizações dos diversos riscos identificados podem ser de natureza económica, legal, social, cultural etc.). Mediante esta forma de agrupamento e classificação dos riscos, no contexto de um projecto PPP, promove-se uma abordagem estratégica da gestão do risco, por parte dos sectores público e privado, possibilitando-se,

de um devedor, frequentemente associada aos riscos sistémicos), riscos da contraparte (possibilidade de a contraparte num contrato não cumprir com o estipulado, frequentemente associada a riscos sistémicos, políticos ou legais), risco operacional (possibilidade da ocorrência de eventos negativos na fase de execução do contrato, associada a erros humanos, controlo inadequado etc.), riscos legais (possibilidade de alterações legislativas serem introduzidas num ordenamento jurídico e implicarem consequências inesperadas aos contratantes).

²⁵⁷ MATHIAS DEWATRIPONT/PATRICK LEGOS, “Public...”, pp. 121 e ss.

frequentemente, a adopção de uma abordagem comum (dentro do leque de tipos de riscos inserido numa determinada categoria) em termos de análise, tratamento, supervisão e controlo dos riscos²⁵⁸.

Abordando as várias fases do processo de gestão do risco, podemos considerar que a primeira fase no planeamento de um projecto é a identificação de todos os riscos e avaliar a melhor forma de os gerir, no sentido de minimizar a ameaça que cada um dos riscos identificados constitua para o projecto²⁵⁹. Como assinala o DEPARTMENT OF TREASURY AND FINANCE, o ciclo de gestão do risco (“*risk management cycle*”) procura identificar, prevenir, conter e mitigar os riscos inerentes ao projecto em causa. A gestão do risco é um processo contínuo que se estende pelo ciclo de vida do projecto e que se pode considerar dividida em diferentes fases: a fase de identificação dos riscos relevantes ao projecto, a fase de análise do risco (determinação da probabilidade de os riscos identificados se materializarem e a determinação da hipotética magnitude das consequências), a fase de alocação do risco, em sentido estrito (trata-se da alocação, entre as partes contraentes, da responsabilidade de absorver as consequências de cada um dos riscos ou de, através de um acordo, gerir os riscos através de um mecanismo específico que pode envolver a partilha dos riscos), a fase de mitigação do risco (tentativa de diminuição da probabilidade de materialização do risco identificado ou tentativa de diminuição do seu impacto no caso de se materializar o risco identificado), fase de supervisão e reavaliação dos riscos (supervisão e reavaliação dos riscos identificados “*ex ante*” e de novos riscos identificados no período de exploração, que, por sua vez, passarão pelas fases atrás mencionadas, num processo contínuo ao longo do ciclo de vida do projecto)²⁶⁰.

²⁵⁸ LI BING/A. AKINTOYE/P.J. EDWARDS/C. HARDCASTLE, “The allocation of risk in PPP/PFI construction projects in the UK”, *International Journal of Project Management*, n.º 23, 2005, p. 27.

²⁵⁹ UNITED NATIONS ECONOMIC COMMISSION FOR EUROPE, “*Guidebook on Promoting Good Governance in Public-Private Partnerships*”, United Nations, 2008, p. 36.

²⁶⁰ DEPARTMENT OF TREASURY AND FINANCE, “*Partnerships...*”, p. 16. No mesmo sentido, ANDREAS PFNÜR/CHRISTOPH SCHETTER/HENNING SCHÖBENER, “*Risikomanagement...*”, p. 30, “*Risikomanagement ist ein fortlaufender Prozess, der im Beschaffungsprozess bzw. Lebenszyklus eines*

Interessa salientar que os tipos de riscos relevantes no âmbito da implementação de um projecto PPP e a sua afectação são objecto da definição de uma matriz ou registo de riscos (“*risk matrix*”)²⁶¹²⁶². E. R. YESCOMBE propõe a definição de uma matriz de riscos, a partir dos seguintes critérios: a natureza de cada risco, o efeito (financeiro ou outro da ocorrência do risco), a alocação do risco sob o contrato PPP, a eventual mitigação do risco em virtude da sua reafectação a subcontratantes (por exemplo, o empreiteiro da obra) ou a seguradoras, o impacto financeiro de qualquer risco que seja assumido pelo SPV (cujo cálculo pode ser assegurado através de uma análise de sensibilidade)²⁶³. Uma matriz de risco pode ser considerada um valioso instrumento auxiliar nas questões atinentes à identificação e alocação do risco, dado que assegura, na fase pré-contratual, o tratamento de todos os riscos através de uma “*checklist*”, e após a celebração do contrato, traduz-se num importante documento de sumarização da alocação do risco estipulada pelo contrato (sem prejuízo de, posteriormente, o SPV vir a transferir esses mesmos riscos para terceiros, através das celebrações dos contratos com o empreiteiro, o operador ou as entidades seguradoras)²⁶⁴.

Uma vez identificados os riscos, os seus potenciais impactos e o preço do projecto ajustado²⁶⁵, a Organização para a Cooperação e o Desenvolvimento

Projektes nicht nur einmalig zu durchlaufen ist. Vielmehr ist Risikomanagement durch die dauerhafte Wiederholung des Prozesses während des gesamten Beschaffungsprozesses gekennzeichnet, wobei mit jeder Prozesswiederholung stärker detaillierte und aktualisierte Informationen über die jeweilige Risikosituation zu verarbeiten sind”.

²⁶¹ Vd. Anexo II.

²⁶² A este propósito, ANDREAS PFNÜR/CHRISTOPH SCHETTER/HENNING SCHÖBENER, “*Risikomanagement...*”, p. 35

²⁶³ E. R. YESCOMBE, “*Public...*”, p. 245.

²⁶⁴ DEPARTMENT OF TREASURY AND FINANCE, “*Partnerships...*”, p. 23.

²⁶⁵ Assim, H. ROBINSON, P. CARRILLO, C. J. ANUMBA, M. PATEL, “*Governance...*”, p. 48-49. A transferência de riscos para o contraente privado implica um ajustamento do preço: a estratégia do sector público relativamente à alocação do risco envolve uma análise da alocação e do valor do risco transferido na prossecução de “*VfM*”, quando comparado o custo total de um projecto PPP com o custo total de um projecto sob contratação pública tradicional (cujas características pressupõem uma retenção dos riscos envolvidos no projecto na esfera do sector público). Não curando aqui uma análise detalhada do tema (a análise da sensibilidade do valor do projecto ao risco baseia-se em sofisticadas fórmulas de cálculo financeiro), importa referir, no seguimento dos

Económico elenca 5 principais formas de “responder” ao risco nos projectos PPP: evitar os riscos (o factor de risco é eliminado ou o projecto exposto ao risco não é empreendido), prevenir os riscos (as partes reduzem a probabilidade da materialização do risco ou reduzem o impacto dessa materialização), segurar os riscos (as partes contratam com uma seguradora a transferência financeira do risco), transferência dos riscos (as partes acordam uma realocação dos riscos naquelas que mais capacidade demonstram para os gerir), retenção dos riscos (os riscos são retidos, dado que os custos da sua gestão demonstram ser superiores ao valor dos próprios riscos)²⁶⁶.

2.2. Os tipos de riscos, em específico, e a respectiva alocação

Os riscos adjacentes a um projecto infra-estrutural são múltiplos e afigurar-se-ia uma tarefa descomunal neste trabalho oferecer tratamento a cada um deles. Contudo, alguns dos riscos, tanto pela sua transversalidade e influência no sucesso do empreendimento, como pela discussão que suscitam, merecem ser especificamente referenciados.

Ainda sem tratar dos riscos em específico, há que assinalar que estes são agrupados de acordo com a fase do projecto a que são atinentes, designadamente para efeitos da construção de uma matriz de riscos, sem prejuízo de existirem riscos que, pela sua natureza, são integrados, nessa compartimentação, como atinentes a todas as fases do projecto.

autores, que a avaliação do preço do risco (*risk pricing*) tem por indicadores a probabilidade de um evento acontecer e o seu potencial impacto financeiro. *Vd.* Anexo III. A tabela demonstra, por hipótese, a avaliação do preço do risco de sobrecustos numa obra (“*cost overrun*”) baseada na probabilidade de o evento acontecer e o impacto financeiro potencial desse evento. O custo de construção estimado do projecto monta a 200 milhões de euros e a probabilidade de uma derrapagem nos custos, reflectindo vários factores de risco, tem um custo total de 17 milhões de euros.

²⁶⁶ OECD, “*Public...*”, p. 55.

NAZARÉ COSTA CABRAL, em função do momento a que se refere a ocorrência do risco (ao longo da vida contrato, apenas na fase de construção ou apenas na fase de exploração), divide os riscos nas seguintes categorias: *riscos políticos e económicos* (riscos transversais a todas as fases do projecto), *riscos de concepção e construção* (riscos que ocorrem nas fases de concepção e construção) e *riscos de funcionamento/ exploração* (riscos que ocorrem na fase em que o activo já provisiona um serviço, ou seja, está a funcionar)²⁶⁷.

Abordemos cada uma das categorias e verifiquemos quais os riscos mais relevantes que lhes subjazem.

Os *riscos políticos* sobre projectos PPP compreendem o risco de oposição política ao projecto e o risco de alterações legais.

O DEPARTMENT OF TREASURY AND FINANCE avança uma definição destes dois tipos de riscos: trata-se do risco que, tendo como factor o exercício de poderes legislativos e políticos por parte do Estado, possa causar impactos negativos ou desvantagens sobre o projecto²⁶⁸.

A longa duração e a forma de remuneração prevista nos contratos abrangidos pelo conceito PPP torna este tipo de projectos especialmente sensível aos riscos políticos: o projecto pode conhecer oposição política de um governo recém-eleito ou, no caso de a forma de remuneração do SPV ser através de cobranças de taxas aos utentes do serviço, a aversão popular ao projecto pode-se repercutir na esfera das decisões políticas do Estado²⁶⁹. Mas o risco político, ainda que possa assumir diversas formas nos chamados países desenvolvidos (através de alterações dos regimes fiscais – nomeadamente, alteração da taxa de IRC que impende sobre o concessionário; actos legislativos que, por implementação de novos requisitos de segurança, níveis de ruído ou outro, exijam a remodelação das infraestruturas, nacionalizações, etc.), revela-se com maior acuidade, como refere PAUL LIGNIERES, nos investimentos em países em

²⁶⁷ NAZARÉ COSTA CABRAL, “*Parcerias...*”, pp. 86-87.

²⁶⁸ DEPARTMENT OF TREASURY AND FINANCE, “*Partnerships Victoria...*”, p. 89.

²⁶⁹ COMISSÃO EUROPEIA, “*Guidelines...*”, p. 53.

desenvolvimento (instabilidade política, problemas transfronteiriços, expropriações sem compensações etc.) e, nesses casos, a avaliação do risco político revela-se extremamente subjectiva e dependente, em grande medida, da reputação do país no exterior²⁷⁰.

Ainda que na prática tal nem sempre suceda²⁷¹, por via de regra, o Estado deve assumir as alterações que advenham de decisões que lhe são imputadas,

²⁷⁰ PAUL LIGNIERES, “Partenariats...”, p. 257

²⁷¹ PEDRO MELO, “A Distribuição...”, pp. 158-159. O autor, com referência à Cláusula 87ª do Contrato de Concessão SCUT do Algarve (“ 87.1. Tendo em atenção a distribuição de riscos estipulada no Contrato de Concessão, a Concessionária terá direito à reposição do equilíbrio financeiro da Concessão, nos termos dispostos neste artigo, nos seguintes casos: (d). Alterações legislativas de carácter específico que tenham impacto directo sobre as receitas ou custos respeitantes às actividades integradas na Concessão. (...) 87.2 As alterações à lei geral, designadamente à lei fiscal e à lei ambiental, ficam expressamente excluídas da previsão da alínea d). do número anterior.”) indica que o Concessionário está contratualmente adstrito a assumir o risco legislativo, dado que exceptuando as “alterações legislativas de carácter específico”, todas as demais, independentemente das suas consequências para as actividades objecto da concessão, devem ser suportadas pelo concessionário. De acordo com o DEPARTMENT OF TREASURY AND FINANCE, “Partnerships Victoria...”, p. 94, a prática PPP no Estado de Vitória, no que toca à alocação do risco legislativo, distingue-se conforme se esteja perante uma PPP sob modelo concessivo clássico e uma PPP sob modelo PFI. Na primeira, o contraente privado assume o risco porque pode transferi-lo para os utentes finais através da cobrança de taxas mais elevadas (“it may be appropriate for the cost of a change in law to be passed through to the public in the form of increased tariffs, within limits”). Na segunda hipótese, dado não há a possibilidade de transferir o risco para terceiros, e no caso de a alteração legislativa envolver investimentos de capital na infraestrutura por parte do parceiro privado, há lugar a uma negociação entre as partes, o que se pode traduzir numa situação de partilha de riscos (“ it is not appropriate for the private party to bear all the change in law risk, as it cannot be passed on to the third-party end-users. Where, for example, the change involves capital expenditure which cannot be accommodated within the existing costs (or is above an amount specified in the contract), the contract may require the parties to negotiate a method of funding the expenditure”). A este propósito, o THE WORLD BANK, “Concessions for Infrastructures – A Guide to Their Design and Award”, World Bank Technical Paper n.º 399, 1999, p. 39, distingue entre uma mudança de legislação geral (afectando uma série de domínios ou sectores) e uma mudança de legislação específica (afectando especificamente o projecto em causa), cujo risco ou deve ser suportado pelo sector privado ou deve ser partilhado. Com efeito, de forma discutível na prática PPP na Austrália, visto que possibilita a compensação financeira do contraente privado, indiscutivelmente à luz da cláusula contratual da Concessão SCUT Algarve, o que se transfere é a incerteza ou imprevisão, camuflada por uma pretensa transferência de riscos, dado que o concessionário não tem qualquer controlo sobre os factores do risco legislativo e não se assegura a prossecução de “VfM”. Neste sentido, o documento recentemente publicado, HM TREASURY, “A new approach to public-private partnerships”, Londres, 2012, p. 62. (“Additional capital expenditure arising from an unforeseeable general change in law occurs on a very occasional basis. Contractors have, however, been required in the

retendo os riscos políticos²⁷², dado que o contraente privado não tem qualquer controlo sobre os factores de risco políticos.

Os *riscos económicos* englobam o risco de alterações nas taxas de juro, o risco de alterações nas taxas de câmbio e de inflação. Trata-se de riscos ao nível macro dado que são associados a factores económicos gerais, externos ao projecto²⁷³.

Dos riscos acima referidos merece especial referência o risco de alterações nas taxas de juro. O SPV requer financiamento junto de uma entidade bancária por um período que pode montar a 20-30 anos, no sentido de realizar o projecto PPP. As entidades financiadoras não concedem empréstimos por um prazo tão alargado com taxas de juro fixas: as taxas de juro são flutuantes sendo actualizadas de acordo com as variações das taxas de juro dos depósitos no mercado. Exemplos de tais taxas de juro de referência são a *LIBOR* (“*London inter bank offered rate*”) e o *EURIBOR* (“*Euro inter bank offered rate*”)²⁷⁴.

Uma forma de mitigar o risco de alterações nas taxas de juro, do ponto de vista do SPV, no caso de um modelo PFI, seria a indexação dos pagamentos faseados, efectuados pela Administração, às taxas de juro da dívida do SPV, o que se traduziria numa efectiva retenção do risco pela entidade pública. Sob modelo concessivo clássico, este risco poderia ser mitigado (somente em teoria, na realidade revelar-se-ia impraticável porque implicaria uma constante alteração das taxas cobradas aos utentes) através de uma indexação das taxas de juro às taxas cobradas aos utentes finais do serviço, o que se traduziria numa transferência do risco para terceiros, ou seja, para o público em geral²⁷⁵. Sem prejuízo, o SPV não pode ficar exposto à evolução dos mercados financeiros, que se repercuta num aumento dos custos de financiamento, pois, assumindo este

past by funders to ensure that funds were in place to absorb the cost if the risk were to occur. As a result the public sector has been paying a high premium to transfer a risk that in practice has rarely materialised. Under PF2, the public sector will retain that risk and secure better value for money”.

²⁷² NAZARÉ COSTA CABRAL, “*Parcerias...*”, p. 86.

²⁷³ LI BING, AKIN AKINTOYE, P. J. EDWARDS, CLIFF HARDCASTLE, “*The allocation...*”, p. 27.

²⁷⁴ E. R. YESCOMBE, “*Public-Private...*”, p. 171.

²⁷⁵ E. R. YESCOMBE, “*Public-Private...*”, p. 172-173

risco, a entidade concessionária reembolsará um valor diverso daquele que inicialmente estava previsto. Razão pela qual, nas estruturas de financiamento inerentes à contratualização PPP (não obstante, numa primeira instância, o SPV geralmente assumir o risco das alterações das taxas de juro na celebração do contrato de concessão), é de uso o SPV celebrar um contrato de cobertura dos riscos de alterações das taxas de juro (“*hedging agreement*”), transferindo essa álea para terceiros²⁷⁶.

O risco de alterações nas taxas de juro, taxas de câmbio (embora nos projectos realizados no espaço da União Económica e Monetária, com a introdução da Moeda Única, o risco de alterações nas taxa de câmbio tenha perdido significado) e taxa de inflação²⁷⁷ são riscos que se situam na esfera do concessionário, mas que se repercutem, como outros riscos inerentes ao projecto²⁷⁸, também no risco financeiro ou de crédito do ponto de vista das entidades financiadoras. O risco financeiro ou de crédito das entidades financiadoras, como já tivemos oportunidade de indicar, é um risco que aumenta com a ocorrência de outros riscos incidentes sobre o projecto PPP. À aferição da “*bancabilidade*” do projecto, por parte das entidades financiadoras e das entidades promotoras (respectivamente, bancos e “*sponsors*” assumem o financiamento através de “*debt*” e “*equity*”, ou seja, empréstimos e entradas de capital ou suprimentos), é da maior importância uma adequada alocação de todos os outros

²⁷⁶ PEDRO MELO, “*A Distribuição...*”, p. 147-148.

²⁷⁷ Ainda que a maioria dos documentos consultados associem estes três riscos a riscos de fazer negócio ou “*business issues*”, perguntamo-nos se, seguindo à risca a máxima “*os riscos devem ser alocados às partes que estejam em melhores condições para os controlar ao mais baixo custo*”, e assumindo que se trata de riscos macroeconómicos que somente podem ser influenciados directamente por políticas estatais, a sua alocação, total e sem partilha, ao parceiro privado, não se afigura incongruente.

²⁷⁸ Assim, PEDRO MELO, “*A Distribuição...*”, p. 147. O risco de atraso na construção da infraestrutura que implique um adiamento da sua entrada em funcionamento ou uma utilização da infraestrutura menor do que a prevista (risco da procura) acarretam atrasos e dificuldades, na esfera do SPV, no sentido de reembolsar as entidades financiadoras, dado que a receita, no caso de atrasos na construção, só é obtida mais tarde, ou, no caso de a procura ser menor do que o esperado, a geração de receita fica mesmo aquém do que era expectável.

riscos identificados, no sentido de serem assegurados, tanto o serviço de dívida, como os respectivos retornos²⁷⁹.

Num momento prévio à fase da concepção e construção da infraestrutura, o risco de licenciamento traduz-se na possibilidade de, por atrasos no procedimento de licenciamento, o início da fase de construção ser adiado e, conseqüentemente, a entrada em funcionamento da infraestrutura (logo, a geração de receita) ser realizada depois do previsto. Nesta situação, dado que o procedimento de licenciamento não só está sob controlo do ente público, em sentido “*lato*”, (considerando que o procedimento de licenciamento não é acometido à entidade adjudicante) como também o atraso lhe é imputável, o risco de licenciamento deve correr por conta da Administração²⁸⁰. Como assinala E. R. YESCOMBE, o ideal seria a Administração proceder ao licenciamento da infraestrutura a construir numa fase prévia à apresentação de propostas por parte dos concorrentes, porém, pela natureza da abordagem PPP, tal não pode suceder, dado que, à especificação de “*outputs*”, podem os privados responder apresentando soluções técnicas infra-estruturais muito diversas²⁸¹.

Debrucemo-nos sobre os *riscos de concepção e construção* da infraestrutura. Sob o modelo PPP, o contraente privado concebe (“*design*”) e constrói as infra-estruturas de acordo com as especificações definidas pela Administração no contrato, assumindo que o preço e o output são predeterminados. Em termos gerais, os riscos de concepção e construção são alocados ao SPV, sem prejuízo de este os realocar em terceiros (empreiteiro ou seguradoras). Há que, contudo, apesar da aparente simplicidade da solução, tecer algumas considerações sobre este tipo de riscos. Quando se fala de riscos de concepção e construção, em sentido amplo, referimo-nos a um leque extenso de riscos, entre outros, englobando os riscos de achados arqueológicos ou os riscos atinentes às condições geológicas do subsolo.

²⁷⁹ PAUL LIGNIERES, “*Partenariats...*”, p. 252.

²⁸⁰ PAUL LIGNIERES, “*Partenariats...*”, p. 256.

²⁸¹ E.R. YESCOMBE, “*Public-Private...*”, p. 250.

Paradigmaticamente, no entanto, os riscos de “*design*”, atrasos na obra e de sobrecustos na obra são aqueles que, pela sua importância prática e frequência de ocorrência, mais atenção têm merecido por parte dos autores.

O parceiro privado subcontrata a obra com um empreiteiro, transferindo-lhe a responsabilidade e o risco pela concepção da infra-estrutura (apelidada de “*back-to-back*”), pese embora, por via do contrato de concessão celebrado com a entidade pública, continue a ser o responsabilizado primariamente por qualquer erro no planeamento do projecto²⁸². O mecanismo dos contratos PPP induz o SPV a monitorizar a concepção e a construção, por parte do empreiteiro, de forma rigorosa, dado que, no que concerne à remuneração do SPV, esta só ocorre se a infra-estrutura for capaz de provisionar o serviço, em quantidade e qualidade, determinado pela Administração. Mas não só neste aspecto se justifica que o risco de concepção seja transferido para a esfera privada: o parceiro privado encontra-se numa posição privilegiada, como futuro operador do serviço (ressalvando-se o caso de serem entidades privadas distintas a promoverem a produção do activo e a provisão do serviço), para decidir que tipo de infra-estrutura será a mais apta a satisfazer os requisitos de “*outputs*”, ao preço mais baixo. Trata-se de um dos benefícios do mecanismo de incentivos e de “*whole-life approach*” da modalidade PPP²⁸³. Há que notar que, regra geral, a entidade pública continua a ter a prerrogativa de determinar a alteração de projectos já aprovados; nessa situação é accionada a cláusula de reequilíbrio financeiro do contrato²⁸⁴. Os custos da modificação do planeamento da infra-estrutura, por intervenção da entidade pública, devem ser suportados por esta ou

²⁸² DEPARTMENT OF TREASURY AND FINANCE, “*Partnerships Victoria...*”, p. 52. No mesmo sentido, LI BING, AKIN AKINTOYE, P.J. EDWARDS, CLIFF HARDCASTLE, “*The allocation...*”, p.34. Como assinala, E. R. YESCOMBE, “*Public-Private...*”, p. 262, os riscos de “*design*” perpassam a fase de construção e a fase de exploração. A conclusão da infra-estrutura deve respeitar o “*design*” projectado; a fase de exploração revelar-se-á determinante para aferir se existiu algum erro de concepção que se repercuta, por exemplo, em custos de manutenção mais elevados do que o expectável. Tais riscos deverão ser suportados pela entidade subcontratada, ainda que na relação contratual concedente-concessionário o segundo responda perante o primeiro.

²⁸³ AKIN AKINTOYE, MATTHIAS BECK, CLIFF HARDCASTLE, “*Public...*”, p. 165.

²⁸⁴ PEDRO MELO, “*A distribuição...*”, p. 152. Exemplificativamente, refere-se às cláusulas 20º, 28º e 29º do contrato de Concessão SCUT do Algarve.

suportados pelo SPV, recebendo uma compensação pela actividade. É um risco que corre por conta do concedente, tratando-se de uma solução que deve ser considerada excepcional, dado que coloca em causa os pressupostos de viabilidade comercial do projecto em que o contraente privado se baseou ao apresentar a proposta²⁸⁵.

Na relação contratual entre os contraentes público e privado, o risco de atrasos na obra é, por via de regra, suportado pelo segundo, não obstante a realocação deste tipo de risco operada pelo SPV para o empreiteiro. Há o maior incentivo por parte do SPV em monitorizar o empreiteiro neste parâmetro, dado que um atraso na conclusão da infra-estrutura pressupõe um adiamento da geração de receita. A alocação deste risco no empreiteiro é justificada e consensual entre os autores dado que é a entidade mais próxima e a que maior controlo exerce sobre os factores de risco²⁸⁶.

Entende-se que o risco de sobrecustos na obra deve ser alocado ao sector privado²⁸⁷. Trata-se de um risco que pode ser provocado por diversos de

²⁸⁵ DEPARTMENT OF TREASURY AND FINANCE, “Partnerships Victoria...”, p. 53.

²⁸⁶ THE WORLD BANK, “Concessions...”, p. 38. No mesmo sentido, E. R. YESCOMBE, “Public-Private...”, p. 260, entende que, no que concerne aos atrasos na conclusão do projecto, o SPV assegurará que o risco é transferido para a entidade subcontratada. No entanto, o SPV deve supervisionar o progresso dos trabalhos e identificar situações que possam levar a potenciais atrasos. Se o atraso ocorrer por falha da entidade subcontratada, a SPV será compensada pelos prejuízos daí resultantes: o subcontrato de construção deverá conter cláusulas “Liquidated Damages” ou cláusulas compensatórias. Não se tratam de puras cláusulas penais, assumindo mais um cariz compensatório pelos prejuízos sofridos. A inexistência no contrato deste tipo de cláusulas fixando um montante indemnizatório específico poderia em cada projecto fazer incorrer as partes em morosos litígios, facto que, por si, afastaria as entidades financiadoras, dada a incerteza que lhe é inerente. Ainda, COMISSÃO EUROPEIA, “Guidelines...”, p. 52, ao apontar: “Construction risk is nearly always assigned to the private party, which in turn is likely to include strong incentives for on-time completion of works in its construction contract”.

²⁸⁷ Sobre o assunto, referindo uma forma de mitigação do risco de sobrecustos, vale a pena seguir E. R. YESCOMBE, “Public-Private...”, p. 253 e ss. Entende o autor que um dos tópicos mais problemáticos dos riscos de construção traduz-se nas chamadas “derrapagens” nos custos previamente calculados. Os efeitos destas “derrapagens” são perniciosos: os fundos disponíveis para concluir o projecto podem ser insuficientes e levar os promotores a realizar investimentos aos quais não estavam vinculados inicialmente, de forma a impedir a perda total do seu investimento primário; mesmo que fundos adicionais estejam disponíveis os custos de financiamento aumentarão o que, consequentemente, fará o retorno dos investidores cair (no pior cenário, os

factores endógenos à obra, como a ineficiência nos métodos de construção, planeamento pouco rigoroso do projecto ou desperdício de materiais de construção²⁸⁸. Um ponto comum aos factores endógenos à obra associados ao risco de construção é o facto de estarem sob o controlo directo do empreiteiro e indirecto do SPV, através do acompanhamento dos trabalhos, logo é consensual que este tipo de riscos sejam, primariamente, na relação Administração-SPV, alocados no SPV e, secundariamente, na relação SPV-empreiteiro, realocados no empreiteiro²⁸⁹.

Os *riscos de funcionamento/exploração* da infra-estrutura estão associados à disponibilidade, qualidade, utilização e continuidade da provisão do serviço. De todos os riscos abrangidos por esta fase do projecto salientam-se o risco da procura ou utilização e o risco da disponibilidade do serviço.

De todos os factores envolvidos num projecto PPP, consideramos a procura ou utilização da infraestrutura ou serviço o factor mais importante na determinação da viabilidade comercial do projecto. A procura está directamente ligada à geração de receita, do ponto de vista do SPV, e ao reembolso do serviço da dívida, por parte das entidades financiadoras. Sem a geração de receita adjacente ao modelo PPP, quer sob contrato de concessão clássica, quer sob modalidade PFI, o projecto fracassa: o reembolso do capital e respectiva

investidores abandonarão o projecto considerando-o inviável); do ponto de vista dos financiadores, qualquer aumento nos custos da dívida reduz o “*cover ratio*”, tornando o empréstimo mais arriscado. A entidade pública não estará, á partida, obrigada a suportar o risco de “*derrapagens*” nos custos da construção suportados pelo SPV. No entanto, pressões políticas no sentido de evitar que o projecto PPP seja tido como um “*flop*” podem incentivar a entidade pública a conceder alguma forma de suporte extracontratual á entidade privada. A protecção mais eficaz contra os efeitos de uma “*derrapagem*” será a constituição de um fundo de reserva contingencial: mesmo que o orçamento seja bem gerido existe sempre o risco de acontecimentos imprevisíveis causarem a temida “*derrapagem*” nos custos. Os financiadores do projecto podem exigir uma reserva constituída por “*matching funds*” que variará entre os 10% dos custos da construção ou os 7 % do custo total do projecto. Os custos de construção em sentido estrito são, invariavelmente, o tópico mais importante no orçamento relativo á fase da concepção e construção, podendo significar 80% do custo total do projecto, justificando sempre uma análise atenta à gestão do risco estabelecida no subcontrato celebrado com o empreiteiro.

²⁸⁸ COMISSÃO EUROPEIA, “*Guidelines...*”, p. 52.

²⁸⁹ LI BING, AKIN AKINTOYE, P.J. EDWARDS, CLIFF HARDCASTLE, “*The allocation...*”, p.34

remuneração das entidades financiadoras e do consórcio dependem dos fluxos financeiros (“*cash-flow streams*”) que o projecto gera. O risco da procura insere-se no risco de mercado: o risco de a procura e do preço do serviço, logo a receita total, divergir do que era inicialmente expectável²⁹⁰. Em específico, consideramos que o risco da procura é o risco associado ao volume de utilização da infra-estrutura pelos utentes. Trata-se de um risco inerentemente ligado à exploração comercial da infra-estrutura e que é tendencialmente alocado ao SPV, dado que a transferência deste tipo de risco nem sempre se constata ser total.

Abordemos primeiro a razão de se dizer que o risco da procura é alocado ao SPV. Sob contrato de concessão clássica o risco da procura é alocado ao sector privado no sentido em que a geração de receitas do projecto é dependente do volume de utilização da infra-estrutura ou serviço e da cobrança directa de taxas aos utentes finais. Sob modelo PFI, o SPV é remunerado, pela Administração, em função do volume de utilização da infra-estrutura ou serviço: quanto maior o volume de utilização, maior a remuneração do SPV e vice-versa. Como já assinalamos, trata-se de um risco de exploração, que se consubstancia numa aleatoriedade económico-financeira do contraente privado²⁹¹.

Sucedem que em algumas situações a transferência do risco da procura não pode ser considerada total, aproximando-se mais de uma partilha de riscos entre o sector público e o sector privado ou uma forma de remuneração em função da disponibilidade. E. R. YESCOMBE, aludindo ao modelo de portagens virtuais (“*shadow tolls*”), e em particular ao extinto programa nacional de SCUT’s, assinala que a existência de bandas inferiores de tráfego²⁹² (pagamentos mínimos por parte da entidade pública), impede que se fale de uma alocação total do risco

²⁹⁰ DEPARTMENT OF TREASURY AND FINANCE, “*Partnerships Victoria...*”, p. 73. A COMISSÃO EUROPEIA, “*Guidelines...*”, p. 51, refere, a este propósito, o “*revenue risk*”, englobando as componentes da procura (“*demand*”) e do preço (“*tariffs*”).

²⁹¹ *Vd. nota 70-71.*

²⁹² *Vd. nota 47.*

da procura no SPV²⁹³. Ainda abordando a experiência PPP em Portugal e a alocação do risco da procura em particular, RUI MONTEIRO destaca a celebração entre o Estado português e a “*Fertagus*” de um contrato para a realização de uma linha ferroviária sobre o rio Tejo. Nele se previa que o risco da procura fosse alocado ao contraente privado (pelo menos, formalmente), ficando o Estado acometido a partilhar a dívida da contraparte (garantia) se a procura fosse inferior a um certo patamar predeterminado. Materialmente, o risco da procura é partilhado porque, a haver alguma transferência, entendemos que é limitada²⁹⁴.

O risco da disponibilidade prende-se com a perspectiva de uma determinada infra-estrutura vir a estar em funcionamento pleno ou a provisionar o serviço (respeitando todas as especificações, ou seja, condições técnicas e de segurança), sendo o SPV penalizado por falhas de disponibilidade (o valor é deduzido à remuneração por disponibilidade)²⁹⁵. Trata-se de um risco que é

²⁹³ E. R. YESCOMBE, “*Public-Private...*”, pp. 235-236. Afirma: “*But since the risk transfer to the private sector is so limited, and the Project Company may have little real influence on traffic levels anyway, there is clearly a question whether a Shadow-Toll system is appropriate. In fact it was abandoned in Britain because it became clear that there was so little risk transfer (...). If there is little risk transfer is probably better to concentrate on payments for Availability and service*”.

²⁹⁴ RUI MONTEIRO, “*PPP and Fiscal Risks – Experiences from Portugal, International Seminar on Strengthening Public Investment and Managing Fiscal Risks from Public-Private Partnerships*”, Budapeste, 2007, p. 11.

²⁹⁵ Relativamente ao sistema de deduções de pagamentos por indisponibilidade, seguimos, novamente, os detalhes veiculados por E. R. YESCOMBE, “*Public-Private...*”, p. 236 e ss. A estrutura de pagamentos por disponibilidade segue dois vectores: as deduções de pagamentos são feitas por cada parte da infra-estrutura que não esteja disponível (seguindo uma avaliação da sua importância no serviço como um todo) e a qualidade do serviço é analisada através de indicadores de performance (dado que, de igual forma, falhas de performance conduzem a deduções de pagamentos). A não disponibilidade do serviço acarreta imediata a dedução do pagamento; o mesmo não acontece com a fraca qualidade do serviço que, quando constatada, usufrui normalmente de tempo de rectificação, antes de ser deduzido pagamento. De todo o modo, o risco do mecanismo de dedução total de pagamento ser activado é baixo já que, uma vez a infra-estrutura concluída, é relativamente improvável que haja períodos de indisponibilidade total. No que ao sector rodoviário concerne, distingue-se a indisponibilidade da infra-estrutura derivada de má gestão, em que o risco correrá por conta do SPV, da indisponibilidade derivada de uma tempestade de neve (força maior) ou acidente, por exemplo. Consequentemente, deverão ser estipulados diferentes patamares de dedução para essas situações. Similarmente, se o trânsito está congestionado por alguma razão relacionada com a manutenção da estrada a dedução deverá ser

característico dos contratos sob modelo PFI e que deve ser alocado ao SPV porque, como refere PEDRO MELO, os concessionários partem de diversas projecções relativamente aos níveis de serviço que as infra-estruturas estão aptas a responder por um determinado período de tempo. Além de funcionar como um mecanismo de incentivo que induz o SPV a manter a quantidade/qualidade do serviço, o risco é alocado à parte com maior capacidade para lhe responder²⁹⁶.

Capítulo III. Considerações finais

Capítulo I. Do presente estudo, concluímos que o instituto “parceria público-privada” não nos remete para um tipo de acordo ou modelo contratual em concreto. Trata-se de um conceito relativamente recente que, contudo, abrange tipos contratuais que há muito estavam presentes na prática contratual entre sectores público e privado. Não obstante o conceito ser algo difuso, abrangente e flexível, parece-nos que essas características se configuram, não como defeitos, mas como qualidades. É um instituto pragmático, talvez pela génese anglo-saxónica, que visa uma síntese na dualidade do sector público/sector privado e dos seus diferentes sistemas de valores. Chama o sector privado e as suas qualidades inerentes (qualidades ao nível da gestão dos recursos

feita, mas, mais uma vez, não atingido o patamar de dedução pela indisponibilidade total. O tema da indisponibilidade agudiza-se quando se abordam projectos como escolas ou hospitais (o que dizer se somente uma parte do edifício estiver indisponível?) Tomemos como exemplo uma escola. No seguimento do autor, a cada uma das divisões do edifício é consignado um determinado valor em unidades de serviço que corresponderá ao seu peso relativo no exercício da provisão do serviço: assim poderá ser atribuída à arrecadação 1 unidade de serviço, à sala dos professores 2 unidades de serviço, às salas de aulas 4 unidades de serviço, às instalações especializadas 6 unidades de serviço e à cantina 10 unidades de serviço. Multiplicando o número de áreas individuais pelas respectivas unidades de serviço encontraremos o total de unidades de serviço da escola. Suponhamos que uma escola tem 1000 unidades de serviço no total; assim, se uma das salas de aulas não estiver disponível durante um dia a dedução de pagamentos a efectuar é: (*a correspondente comissão por esse dia* × 4 / 1000). Relativamente à qualidade do serviço, podemos afirmar que as deduções por indisponibilidade correspondem a situações de falha irremediável na prestação prevista no contrato, enquanto a falta de qualidade do serviço abrangerá (quase de forma residual) todas as outras falhas na prestação.

²⁹⁶ PEDRO MELO, “*A Distribuição...*”, p. 161.

e eficiência produtiva) à prossecução de actividades com fim público, retendo a Administração o poder de indicar onde alocar os recursos, mesmo que não os aprovisione directamente. Relativamente à contratação pública tradicional, o instituto tem vantagens comparativas notáveis. Parece-nos uma delas não deve ser o tratamento contabilístico “fora do balanço” do Estado: as vantagens comparativas atinentes às PPP’s (aqui referimo-nos somente às PPP’s com incidência orçamental), são essencialmente microeconómicos.

As formas contratuais que pode assumir são diversas, “*pari passu*” com o grau de transferência de responsabilidades e riscos para o sector privado. Do que consultamos podemos, dar exemplos no sentido de demonstrar a abrangência do instituto: há ordenamentos em que existe um contrato de parceria público-privada autónomo (o caso francês, com a implementação, em 2004, do “*contrat de partenariat public-privés*”), a sobreposição dos conceitos de PPP/PFI (o caso britânico, em que o modelo PPP se parece, pela literatura consultada, resumir exclusivamente à modalidade PFI) e a preponderância do contrato de concessão clássica (na Europa continental). Neste último caso, perante os constrangimentos orçamentais dos Estados europeus e perante o facto de se tratar de um tipo de parceria financeiramente auto-sustentada, parece-nos que, em detrimento do modelo PFI, o contrato de concessão clássica possa constituir o balanço entre a manutenção dos níveis de investimento infra-estruturais, a continuidade e qualidade do serviço e a redução da dívida pública.

Novamente no seguimento do consultado, parece-nos que a remodelação de infra-estruturas já existentes, ao invés da construção de novas infra-estruturas, pode tornar-se o objecto principal da abordagem PPP: no contexto dos países europeus a utilidade marginal da construção de novas infra-estruturas, mais notoriamente no sector das estradas, é cada vez menor, dado já existir, no caso destacado, uma extensa rede rodoviária, com elevados custos de manutenção.

Parece-nos que, pese embora a referida abrangência do instituto, alguns elementos são essenciais quando nos referimos a uma PPP: um investimento infra-estrutural, quer seja a construção ou remodelação de um activo já

existente; um elevado grau de cooperação entre a Administração e o contraente privado; a provisão do serviço ser da incumbência de um operador privado, de preferência a mesma entidade que construiu ou remodelou o activo no sentido da geração de sinergias; o projecto ter viabilidade comercial; haver uma transferência significativa dos riscos para o contraente privado.

Capítulo II. Neste estudo já fizemos referência ao papel da alocação dos riscos como factor indutor de ganhos de valor (quando comparadas a contratação sob modelo PPP e a contratação pública tradicional) e, mais particularmente, à ligação entre o mecanismo de incentivos no modelo PPP e a respectiva alocação de riscos. Parece-nos que estes dois tópicos são os mais importantes quando se fala desta matéria.

Porém, nestes breves reparos finais, levantaremos algumas questões sobre a aplicabilidade da máxima, e imposição legal, “*os riscos devem ser alocados à parte que esteja em melhores condições para os gerir*”. Neste trabalho, no seguimento de vários autores, tentamos analisar esta afirmação.

Concluimos, em termos gerais, que a parte que está em melhores condições para gerir o risco é aquela que está mais próxima ou exerça mais influência sobre o factor ou fonte do risco.

Tomemos como exemplo o risco de sobrecustos na obra: entre os vários factores de risco podemos destacar o desperdício de materiais de construção. Trata-se sem dúvida de um factor cuja materialização implica uma ocorrência, ou seja, a necessidade de comprar novos materiais, logo custos não expectáveis. A entidade mais próxima ou com mais influência sobre o factor de risco é o empreiteiro e o risco, pelo que consultamos, é-lhe alocado. Aqui a máxima acima referida aplica-se e faz sentido que assim aconteça.

Contudo, não nos deixa de colocar questões sobre a inocuidade da afirmação, quando constatamos a alocação de outro tipo de riscos. Referimo-nos ao risco de alterações legislativas. Este tipo de risco é, frequentemente, no mínimo no que concerne a alterações legislativas de carácter geral, alocado ao contraente privado. A questão que se coloca é a seguinte: como coadunar este

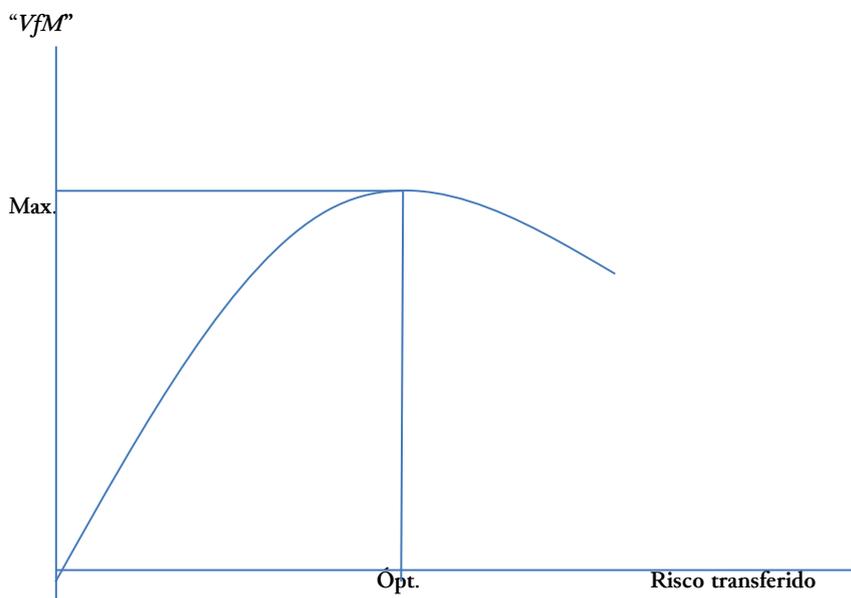
tipo de alocação com a afirmação. A mesma pergunta sobre a inocuidade desta norma se coloca se constatarmos a alocação em uso do risco da procura. Note-se que não estamos a defender que o risco da procura deva ser retido pelo sector público, somente nos questionamos sobre a inaplicabilidade desta máxima. O risco da procura, pelo que consultamos, geralmente alocado ao contraente privado, é um risco que tem múltiplos factores, nomeadamente, alguns factores sob o controlo do contraente privado, como a qualidade do serviço. Contudo, é extremamente sensível a factores macroeconómicos (talvez mais do que à qualidade do serviço), tratando-se este de um factor completamente fora do controlo da parte a que, de uso, se aloca este risco. Parece-nos que os riscos são alocados mais em função, entre outros, do procedimento concorrencial, pressão da Administração, poder negocial das partes, do que segundo esta máxima do regime geral.

Concluindo, sobre esta temática do estudo, temos dúvidas sobre a aplicabilidade prática da norma. ■

ANEXOS

Anexo I

A maximização do “ VfM ” através de uma transferência de riscos óptima.



Fonte: ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E O DESENVOLVIMENTO ECONÓMICO, “*Public-Private...*”, p. 50.

Anexo II
Exemplo de uma “Risk Matrix”

<i>Fase do Risco</i>	<i>Categoria do Risco</i>	<i>Natureza do Risco</i>
<i>Geral</i>	Riscos políticos	Oposição política ao projecto Alterações legislativas
	Riscos económicos	Taxa de juros Taxa de inflação
<i>Fase da Construção</i>	Riscos relacionados com o local do projecto	Aquisição do local Condições do Subsolo Licenciamento Impacto ambiental Arqueologia e fósseis Acesso ao local Ligações ao local Protestos
	Riscos na construção (em sentido estrito)	Subcontrato de construção (empreitada) Entidade subcontratada (empreiteiro) Ajustamentos do preço Alterações pela entidade pública Risco da entidade subcontratada
	Riscos na conclusão do projecto	Atraso imputável ao empreiteiro Outras causas de atraso “Design” Risco de performance na conclusão
<i>Fase da Operação/ Exploração</i>	Riscos na operacionalidade/ exploração	Risco de utilização/procura Riscos de rede Pagamento de comissões Risco da disponibilidade/qualidade Risco dos custos da operacionalidade
	Riscos na cessação	Risco de “default” do SPV Risco de força maior Risco do valor residual

Fonte: E. R. YESCOMBE, “Public-Private...”, p. 246.

Anexo III

Cálculo do preço de risco (“Risk Pricing”=

Cenário	Probabilidade do evento (A)	Custo do evento (milhões) (B)	Valor do risco (C)= (A)× (B) (milhões)
Custo do projecto por menos 10 milhões de euros	0,10	-10	- 1.0
Custo do projecto de acordo com orçamentado	0,20	0	0.0
Sobrecustos de 20 milhões	0,40	20	8.0
Sobrecustos de 30 milhões	0,20	30	6.0
Sobrecustos de 40 milhões	0,10	40	4.0
Ajustamento do custo do projecto ao risco			17.0

Fonte: ROBINSON, H.; CARRILLO, P.; ANUMBA, C.J; PATEL, M., “Governance...”, p. 49.

Bibliografia

AKINTOYE, AKIN; BECK, MATHIAS; HARDCASTLE, Cliff, “Public-Private Partnerships: Managing Risks and Opportunities”, Blackwell, Oxford, 2003.

AKINTOYE, AKIN; LI, BING; HARDCASTLE, CLIFF “Risk Analysis and Allocation in Public-Private Partnerships Projects”, *17th ARCOM Annual Conference. Salford*, vol.2, 2011.

AKITOBAY, BERNARDIN;HEMMING, RICHARD; SCHWARTZ,GERD “Public Investment and Public-Private Partnerships”, *Economic Issue*, No. 40, International Monetary Fund, 2004.

ALLEN, GRAHAME, “*The Private Finance Initiative (PFI)*”, Research Paper 01/117, House of Commons Library, Londres, 2001.

ALVES, PEDRO LEITE, “Reflexões sobre o regime legal das PPP”, in *Revista de Contratos Públicos*, n.º 6, 2012.

AMARAL, DIOGO FREITAS DO, “*Curso de Direito Administrativo*”, vol. II, Almedina, Coimbra 2012.

AMARO, JOÃO PONTES, “Modelos de Parceria Público-Privada”, in *Manual Prático de Parcerias Público-Privadas*, NPF, 2004.

ANGEL, EDUARDO; FISCHER, RONALD; GALETOVIC, ALEXANDER, “The economics of infrastructure finance: public-private partnerships versus public provision”, *European Investment Bank Papers*, Vol. 15, 2010.

ARAÚJO, FERNANDO, “*Introdução à Economia*”, Almedina, Coimbra, 2005.

ARROWSMITH, SUE, “Public-Private Partnerships and the European Procurement Rules: EU Policies in conflict”, in *Common Market Law Review*, Vol. 37, nº 2, Kluwer Law International, 2000.

AZEVEDO, MARIA EDUARDA, “*As Parcerias Público-Privadas: instrumento de uma nova governação pública*”, Almedina, Coimbra, 2009.

AZEVEDO, MARIA EDUARDA, “As PPP’s e as Finanças Públicas: Reflexões sobre a Moldura Orçamental”, in *Revista de Finanças Públicas e Direito Fiscal*, Almedina, Coimbra, 2009.

AZEVEDO, MARIA EDUARDA, “O enquadramento legal das parcerias público-privadas”, in *Ciência e Técnica Fiscal, Centro de Estudos Fiscais*, 2009.

AZEVEDO, MARIA EDUARDA, “*Temas de Direito da Economia*”, Almedina, Coimbra, 2013.

BREALEY, RICHARD A.; MYERS, STEWART C.; MARCUS, ALAN J., “*Fundamentals of Corporate Finance*”, Macgraw-Hill, 2007.

BURGER, PHILLIPPE, HAWKESWORTH, IAN, “How to Attain Value for Money: Comparing PPP and Traditional Infrastructure Procurement”, *OCDE Journal on Budgeting*, vol. I, 2011.

CABRAL, NAZARÉ COSTA, “*Parcerias Público-Privadas*”, Cadernos IDEFF, nº 9, Almedina, Coimbra, 2009.

CAETANO, MARCELLO, “*Manual de Direito Administrativo*”, vol. II, Almedina, Coimbra, 2013.

CANTO, JOÃO CANTO E, “A regulação das parcerias público-privadas no Código dos Contratos Públicos”, in *Revista dos Contratos Públicos*, n.º 4, CEDIPRE/Universidade de Coimbra, 2012.

CARDOSO, TEODORA, “Enquadramento Orçamental das PPP”, in *Manual Prático de Parcerias Público-Privadas*, NPF, 2004.

COMISSÃO EUROPEIA, “*Guidelines for Successful Public-Private Partnerships*”, Bruxelas, 2003.

COMISSÃO EUROPEIA, “*Comunicação Interpretativa da Comissão sobre as Concessões em Direito Comunitário*” (2000/C 121/02), Bruxelas, 2000.

COMISSÃO EUROPEIA, “*Livro Verde sobre as parcerias público-privadas e o direito comunitário em matéria de contratos públicos e concessões*”, COM(2004) 327, Bruxelas, 2004.

CRUZ, CARLOS OLIVEIRA; MARQUES, RUI CUNHA, “*O Estado e as Parcerias Público-Privadas*”, Edições Sílabo, 2012.

DEPARTMENT OF TREASURY AND FINANCE, “*Partnerships Victoria: Risk Allocation and Contactual Issues*”, Melbourne, 2001.

DEWATRIPONT, MATHIAS, LEGOS, PATRICK, “Public-Private Partnerships: contract design and risk transfer”, in *European Investment Bank Papers*, Vol. 10, 2005.

- ESTORNINHO, MARIA JOÃO, “*A Fuga para o Direito Privado*”, Almedina, Coimbra, 1999.
- ESTORNINHO, MARIA JOÃO, “*Curso de Direito dos Contratos Públicos*”, Almedina, Coimbra, 2012.
- ESTORNINHO, MARIA JOÃO, “*Direito Europeu dos Contratos Públicos*”, Almedina, Coimbra, 2006.
- EUROPEAN PPP EXPERTISE CENTRE, “*Eurostat Treatment of Public-Private Partnerships: Purposes, Methodology and Recent Trends*”, 2010.
- EUROPEAN PPP EXPERTISE CENTRE, “*Risk Distribution and Balance Sheet Treatment*”, 2012.
- FERREIRA, EDUARDO PAZ, “*Ensinar Finanças Públicas numa Faculdade de Direito*”, Almedina, Coimbra, 2005.
- FERREIRA, EDUARDO PAZ, “*Lições de Direito da Economia*”, AAFDL, Lisboa 2001
- EDUARDO PAZ FERREIRA, Luís Silva Morais, Gonçalo Anastácio, “*Regulação em Portugal: Novos Tempos, Novo Modelo?*”, Almedina, Coimbra, 2009.
- FERREIRA, EDUARDO PAZ; REBELO, MARTA, “O novo regime das parcerias público-privadas em Portugal”, in *Manual Prático de Parcerias Público-Privadas*, IDEFF, Lisboa, 2004.
- FERREIRA, JOÃO PATEIRA, “Empresas Públicas, Parcerias Público-Privadas e os poderes de Fiscalização Prévia do Tribunal de Contas, Comentário ao Acórdão do Tribunal de Contas n.º 160/09, de 2 de Novembro de 2009, Processo n.º 1787/08 (Estradas de Portugal, S.A./AENOR Douro - Estradas do Douro Interior S.A.)”, in *Revista de Finanças Públicas e Direito Fiscal*, 2010.
- FRANCO, ANTÓNIO L. DE SOUSA, “*Finanças Públicas e Direito Financeiro*”, vol. I e II, Almedina, Coimbra, 2008.
- FRIEDMAN, MILTON, “*Capitalism and Freedom*”, The University of Chicago Press, Chicago, 2002.
- FRITZGERALD, PETER, “*Review of Partnerships Victoria Provided Infrastructure: Final Report to the Treasurer*”, Growth Solutions Group, 2004.
- FROUD, JULIE, “The Private Finance Initiative: risk, uncertainty and the state”, in *Accounting, Organizations and Society*, n.º 28, 2003.
- GAO, SIMON S.; HANDLEY-SCHACHLER, MORRISON, “Public Bodies Perceptions on Risk Transfer in the UK’s Private Finance Initiative”, *Journal of Finance and Management in Public Services*, vol. 3, n.º 1, 2011.
- GRIMSEY, DARRIN; LEWIS, MERVYN K., “*Public Private Partnerships, The World Revolution in Infrastructure Provision and Project Finance*”, Edward Elgar, Cheltenham, UK, Northampton, MA, USA, 2004.
- GRIMSEY, DARRIN; LEWIS, MERVYN K., “*Public Private Partnerships and Public Procurement*”, Agenda, Vol. 14, nº 2, 2007.
- HAYEK, FRIEDRICH, “*Road to Serfdom*”, Routledge, 2001.

HAYFORD, OWEN, “*Successfully allocating risk and negotiating a PPP contract*”, 6th Annual National Private Public Partnerships Summit, 2006.

HM TREASURY, “*Accounting for PPP Arrangements Including PFI Contracts*”, Financial Reporting Advisory Board, Londres, 2007.

HM TREASURY, “*Appraisal and Evaluation in Central Government*”, Londres, 1997.

HM TREASURY, “*A new approach to public-private partnerships*”, Londres, 2012

HM TREASURY, “*Public Private Partnerships: The Government’s Approach*”, Londres, 2000.

HM TREASURY, “*Value for Money Assessment Guidance*”, Londres, 2006

HOEKMAN, BERNARD M.; KOSTECKI, MICHEL M., “*The Political Economy of the World Trading Organization*”, Oxford University Press, 2001.

INTERNATIONAL MONETARY FUND, “*Public Investment and Fiscal Policy*”, 2004.

INTERNATIONAL MONETARY FUND, “*Public-Private Partnerships*”, 2004.

IRWIN, TIMOTHY, “*Public Risk in Private Infrastructure*”, in *Realizing the Potential for Profitable Investment in Africa – High level Seminar organized by the IMF Institute and the Joint Africa Institute*, 2006.

KEYNES, JOHN MAYNARD, “*The General Theory of Employment, Interest and Money*”, Macmillan Cambridge University Press, 1973.

KLEIN, MICHAEL, “*Risks, Taxpayers and the Role of Government in Project Finance*”, The World Bank, Policy Research Working Paper, Washington, 1996.

KOZLUK, TOMASZ; TIMO VALILA; MEHROTRA, AARON, “*Roads on a downhill? Trends in EU infrastructure investment*”, *European Investment Bank Papers*, vol. 10, 2005.

KRUGMAN, PAUL, “*Economics*”, Macmillan, 2012.

LAUBADÈRE, ANDRÉ DE, “*Direito Público Económico*”, Almedina, Coimbra, 1985.

LEWIS, MERVYN K., “*Risk Management in Public Private Partnerships*”, *CeGE Research Workshop*, Georg-August University, Gottingen, 2001.

LI, BING; AKINTOYE, AKIN; EDWARDS P.J; HARDCASTLE, CLIFF, “*The allocation of risk in PPP/PFI construction projects in the UK*”, *International Journal of Project Management*, n. ° 23, 2005.

LI, BING; AKINTOYE, AKIN; HARDCASTLE, CLIFF, “*Value for Money and Risk Allocation Models in Construction PPP Projects*”, in *ARCOM Doctoral Workshop – Simulation and Modelling in Construction*, 2001.

LIGNIERES, PAUL, “*Partenariats Public-Privés*”, Litec, Paris, 2000.

LINOTTE, DIDIER; GRABOY-GROBESCO, ALEXANDRE, “*Droit Public Économique*”, Dalloz, 2001.

LOPES, JORGE DE FARIA, “*Uma perspectiva jurídica acerca da figura do comparador público nas parcerias público-privadas*”, in *Revista do Tribunal de Contas*, n° 54, 2010.

- MARTINEZ, SOARES, “*Economia Política*”, Almedina, Coimbra, 1996.
- MARTINS, GUILHERME D’OLIVEIRA; MARTINS, GUILHERME WALDEMAR D’OLIVEIRA; MARTINS, MARIA D’OLIVEIRA, “*A Lei de Enquadramento Orçamental Anotada e Comentada*”, Almedina, Coimbra, 2007.
- MARTINS, MARIA D’OLIVEIRA, “*Lições de Finanças Públicas e Direito Financeiro*”, Almedina, Coimbra, 2012.
- MELO, PEDRO, “*A Distribuição do Risco nos Contratos de Concessão de Obras Públicas*”, Almedina, Coimbra, 2011.
- MIRANDA, JORGE, “*Manual de Direito Constitucional*”, t. I, Coimbra Editora, Coimbra, 2003.
- MONCADA, LUÍS S. CABRAL DE, “*Direito Económico*”, Almedina, Coimbra, 2012.
- MONTEIRO, RUI, “*PPP and Fiscal Risks – Experiences from Portugal, International Seminar on Strengthening Public Investment and Managing Fiscal Risks from Public-Private Partnerships*”, Budapeste, 2007.
- MONTEIRO, RUI SOUSA, “Public- Private Partnerships: some lessons from Portugal”, in *European Investment Bank Papers*, vol. 10, n. ° 5, 2005.
- MOTA, PEDRO INFANTE, “*O Sistema GATT/OMC*”, Almedina, Coimbra, 2005.
- MOURA, FRANCISCO PEREIRA DE, “*Lições de Economia*”, Almedina, Coimbra, 1979.
- MUSGRAVE, RICHARD, “*The Theory of Public Finance*”, Macgraw Hill, 1958
- MUSGRAVE, RICHARD; MUSGRAVE, PEGGY, “*Public Finance in Theory and Practice*”, Macgraw Hill, 1958.
- NATIONAL AUDIT OFFICE, “*PFI: Construction Performance, Report by the Comptroller and Auditor General*”, 2003.
- NEVES, JOÃO CÉSAR DAS, “*Introdução à Economia*”, Verbo, Lisboa, 1992.
- NUNES, ANTÓNIO JOSÉ AVELÃS, “*Noção e Objecto da Economia Política*”, Almedina, Coimbra, 2013
- NUNES, ANTÓNIO JOSÉ AVELÃS, “*Os Sistemas Económicos*”, Almedina, Coimbra, 1975.
- OXFORD UNIVERSITY, “*Dictionary of Finance and Banking*”, Oxford University Press, 2008.
- PEREIRA, PAULO TRIGO; AFONSO, ANTÓNIO; ARCANJO, MANUELA; SANTOS, JOSÉ CARLOS GOMES, “*Economia e Finanças Públicas*”, Escolar Editora, 2012.
- PESSANHA, ALEXANDRA; MARTINS, GUILHERME WALDEMAR D’OLIVEIRA; RODRIGUES, NUNO CUNHA, “As implicações público-financeiras e concorrenciais do novo Código dos Contratos Públicos”, in *Revista de Finanças Públicas e Direito Fiscal*, 2008
- ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E O DESENVOLVIMENTO ECONÓMICO, “*Public-Private Partnerships: In Pursuit of Risk Sharing and Value for Money*”, 2008.
- PFNÜR, ANDREAS; SCHETTER, CHRISTOPH; SCHÖBENER, HENNING, “*Risikomanagement bei Public Private Partnerships*”, Springer, Berlim, 2010

POMBEIRO, ANTÓNIO A. FIGUEIREDO B., “*As PPP/PFI: as Parcerias Público-Privadas e sua auditoria*”, Áreas Editora, Lisboa, 2003.

RIBEIRO, JOSÉ JOAQUIM TEIXEIRA, “*Lições de Finanças Públicas*”, Coimbra Editora, Coimbra, 1997.

RIESS, ARMIN, “Is the PPP Model applicable across sectors?”, *European Investment Bank Papers*, vol. 2, 2005.

ROBINSON, H.; CARRILLO. P.; ANUMBA, C.J; PATEL, M., “*Governance and Knowledge Management for Public-Private Partnerships*”, Wiley Blackwell, Oxford, 2010.

RODRIGUES, NUNO CUNHA, *Parceria Público-Privada/Contrato de Concessão, Comentário ao Acórdão n.º 9/2012 do Tribunal de Contas*, Processo n.º 233/2011, de 21 de Março (Estado Português - Elos Ligações de Alta Velocidade, S.A.), in *Revista de Finanças Públicas e Direito Fiscal*, Lisboa, 2012.

ROMP, WARD; HAAN, JAKOB DE, “Public Capital and Economic Growth: a critical survey”, *European Bank Investment Papers*, Vol. 10, 2005.

SAMUELSON, PAUL, “*Economia*”, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 1981.

SANTOS, ANTÓNIO CARLOS DOS; GONÇALVES, MARIA EDUARDA; MARQUES, MARIA MANUEL LEITÃO, “*Direito Económico*”, Almedina, Coimbra, 2006,

SILVA, JORGE ANDRADE DA, “*Código dos Contratos Públicos, Comentado e Anotado*”, Almedina, Coimbra, 2013.

SKIDELSKY, ROBERT, “*Keynes, The return of the master*”, Penguin Books, 2010.

SMITH, ADAM, “*An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of the Nations*”, Book I, Penguin Books, 1999.

SOUSA, MARCELO REBELO DE; MATOS, ANDRÉ SALGADO DE, “*Direito Administrativo Geral*, t. III, Dom Quixote, 2006.

STIGLITZ, JOSEPH, “*Economics of the Public Sector*”, W. W. Norton & Company, 2000.

STIGLITZ, JOSEPH, “*Globalization and Its Discontents*”, W. W. Norton & Company, 2001.

TERRINHA, LUÍS HELENO, “*Parcerias Público-Privadas e alocação do risco*”, in *Revista de Ciências Empresariais e Jurídicas*, Instituto Superior de Contabilidade e Administração do Porto, n.º 20, 2011.

THE WORLD BANK, “*Concessions for Infrastructures – A Guide to Their Design and Award*”, World Bank Technical Paper n.º 399, Washington, 1999.

THE WORLD BANK, “*Public-Private Partnerships Unit*”, Washington, 2007.

TORGAL, LINO; GERALDES, JOÃO DE OLIVEIRA, “Concessões de Actividades Públicas e Direito de Exclusivo”, in *Revista da Ordem dos Advogados*, n.º4, 2012.

TORGAL, LINO, FONSECA, MARISA MARTINS, “Contributo para um Regime de Contratação de Concessões de Obras e de Serviços Públicos na Sequência de Propostas Não Solicitadas”, in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Sérvulo Correia*, Coimbra Editora, Coimbra, 2010.

TRIBUNAL DE CONTAS, “Linhas de orientação e procedimentos a adoptar nas auditorias externas a realizar aos projectos de parcerias público-privadas”, 2008.

TRIBUNAL DE CONTAS, “Parecer sobre a Conta Geral do Estado”, 2008.

UNITED NATIONS ECONOMIC COMMISSION FOR EUROPE, “Guidebook on Promoting Good Governance in Public-Private Partnerships”, United Nations, 2008.

VALILA, TIMO, “How expensive are cost savings? On the economics of public-private partnerships”, in *European Investment Bank Papers*, vol. I, 2005.

VARELA, JOÃO DE MATOS ANTUNES, “Das Obrigações em geral”, vol. I, Almedina, Coimbra, 2000

VIANA, CLÁUDIA, “O Diálogo Concorrencial”, in *Revista de Contratos Públicos*, n.º 1, CEDIPRE/Universidade de Coimbra, 2011.

VIEIRA, PEDRO SIZA, “O Código dos Contratos Públicos e as Parcerias Público-Privadas”, in *Estudos de Contratação Pública*, vol. I, Almedina, Coimbra, 2008.

VIEIRA, PEDRO SIZA, “Os tipos contratuais subjacentes às Parcerias Público-Privadas em Portugal”, *Manual Prático de Parcerias Público-Privadas*, NPF, 2004.

VIEIRA, PEDRO SIZA, “Regime das Concessões de Obras Públicas e Serviços Públicos”, in *Revista de Justiça Administrativa*, n.º 64, 2007.

WEINTRAUB, ROY, “Enciclopédia de Economia”, Principia, 2000

YESCOMBE E.R., “Public-Private Partnerships: Principles of Policy and Finance”, Butterworth-Heinemann, Burlington, 2007.

Data  **enia**
REVISTA JURÍDICA DIGITAL
ISSN 2182-6242
Ano 6 • N.º 08 • junho 2018

