



As Parcerias Público-Privadas têm estado no centro de uma das polémicas político-partidárias da atualidade. Defensores e opositores deste modelo esgrimem argumentos, no seio e à margem da comissão parlamentar de inquérito. Mas terá mais vícios do que virtudes este formato encontrado pelo Estado para gerir serviços de utilidade social? Advogados de quatro sociedades dão a sua opinião

## Vícios e virtudes de um modelo



Foram concebidas como um modelo virtuoso que permitiria ao Estado partilhar custos em obras de utilidade social que implicavam investimentos demasiado vultuosos para o erário público. Infraestruturas rodoviárias e unidades hospitalares foram os principais visados por este modelo de gestão por privados de serviços públicos. O modelo, porém, não se revelou consensual, erguendo-se um coro crescente de vozes a denunciar a ausência de retorno (em qualidade e eficácia) de tais contratos. E questionando a (in) capacidade de autossustentabilidade das PPP. Mas o que está afinal em causa? O modelo de contratação ou a forma como cada projeto é gerido e é (ou não) fiscalizado? Serão as PPP um negócio delapidador das reservas públicas ou bastará que sejam adotados mecanismos de partilha das receitas em benefício público para que sejam reabilitadas? O assunto foi já merecedor de uma comissão parlamentar de inquérito, ainda sem conclusões, e é igualmente merecedor da opinião de advogados de quatro sociedades: João Nuno P. Barrocas, sócio da Barrocas Advogados, Elsa Pizarro Pardal, advogada associada Sénior da Cuatrecasas Gonçalves Pereira, José Luís Moreira da Silva, sócio da SRS Advogados, e Sara Subtil, da Gameiro & Associados.

# Entre o value for money e o win-win

Uma PPP não é um negócio delapidador do erário público, nem uma exploração capitalista do setor público pelo setor privado. Deve ser negociado e mantido na sua vigência subordinado aos princípios em que se baseia

A questão objeto deste artigo tem duas respostas possíveis, uma fácil e outra difícil. Enquanto modelo equilibradamente concebido e aplicado à realidade das variáveis relevantes constitui um excelente modelo de associação entre o setor público e o privado, que permite àquele efetuar obras que as limitações orçamentais, cada vez mais rígidas, não lhe permitiriam concretizar.

Enquanto modelo estudado superficialmente, sem a sua necessária compreensão e aplicado a uma realidade em que o risco é grande e, sobretudo, o projeto não é autossustentável é difícil imaginar que lhe possa ser dada uma resposta positiva e é, decerto, problemático o resultado final. No nosso País, assistiu-se nos últimos 10 a 15 anos à implementação de projetos que utilizaram o modelo *project finance* adaptado a parcerias público-privadas (PPP) que constituem, até ao momento, êxitos de assinalar e que dotaram o País de infraestruturas e serviços que, de outro modo, não poderia proporcionar aos cidadãos. É o caso de certas vias de comunicação e instalações hospitalares.

Mas, ao invés, constituíram erros caríssimos outros projetos assumidos pelos últimos governos, como é o caso das autoestradas ex-Scuts, o comprometimento do setor público no risco dos projetos e a sua nula autossustentabilidade, fazendo recair sobre o Estado grande parte dos encargos correntes.

A essência do possível sucesso de uma PPP – o Estudo Base – está diretamente relacionada com a sua autossuficiência, ou seja, com a bondade do projeto relativamen-

**“A essência do possível sucesso de uma PPP está diretamente relacionada com a sua autossuficiência, ou seja, com a bondade do projeto relativamente à possibilidade de se pagar por si próprio”**  
**“Fora dos quadros da desejada autossustentabilidade de um projeto desta natureza, uma PPP só é possível se o setor público dispuser de avultadas receitas extraordinárias”**

te à possibilidade de se pagar por si próprio. Ora, isto depende fundamentalmente do número de utilizadores que paguem a totalidade ou parte da sua utilização, bem como da frequência desta utilização. Ora, no modelo da ex-Scuts os projetos não usufruíam de autossustentabilidade.

Uma resposta positiva à questão da viabilidade é, portanto, possível. As PPP são desejáveis e constituem uma aplicação inteligente dos modelos de *project finance* à colaboração entre os setores público e privado para a realização do interesse público, desde que a sua autossustentabilidade, o controlo das variáveis do risco, quer para o setor privado, quer para o setor público, e a sua correta alocação, seja feito de forma o mais

realista e equilibrada possível em que o desvario e a megalomania não impere nas opções políticas. Na verdade, fora dos quadros da desejada autossustentabilidade de um projeto desta natureza, uma PPP só é possível se o setor público dispuser de avultadas receitas extraordinárias, seja provenientes de recursos naturais muito significativos ou outros e a obra seja necessário fazer, mesmo que os projetos não sejam providos de autossuficiência. Enfim, em estados ricos. Ora, Portugal nem é rico nem financeiramente autossuficiente.

O necessário equilíbrio entre as vantagens e as onerações distribuídas entre o setor público e o setor privado obedece a dois princípios fundamentais, que não devem deixar de estar sempre presentes ao longo de todo o contrato de concessão: o *value for money* e o *win-win*.

O princípio *value for money* pressupõe uma correta distribuição dos riscos entre os setores público e privado, segundo o princípio da sua alocação ao parceiro que se encontra em melhor condição de os gerir. Por sua vez, o princípio *win-win* significa que o contrato deve ser bom para ambas as partes, não devendo o setor público beneficiar imoderadamente do sacrifício do setor privado, nem este tornar a parceria demasiada e injustificadamente onerosa para o setor público. Quando isso sucede, o contrato deve ser renegociado ou, simplesmente, aplicadas as fórmulas de reequilíbrio financeiro ou de redução de encargos para o setor público estabelecidas no contrato.

É necessário, ainda, sublinhar que



João Nuno P. Barrocas

Sócio da Barrocas Advogados. Licenciado pela Faculdade de Direito da Universidade Clássica de Lisboa, é pós-graduado em North American Commercial and Company Law pela George Washington University (EUA), International and American Business Law pela Southwestern Legal Foundation, Dallas (EUA), International Financial Law (Euromoney) e Oil and Gas Law, pela Rocky Mountain Mineral Law Foundation, EUA

uma PPP não é um negócio delapidador do erário público, nem uma exploração capitalista do setor público pelo setor privado. Deve ser negociado e mantido na sua vigência subordinado aos princípios em que se baseia. Se assim não suceder, muito provavelmente quem suporta as consequências negativas são os contribuintes e o público utilizador.



# Qual a viabilidade das PPP?

A experiência ensina-nos que a (in)viabilidade das PPP não resulta do modelo de contratação de per si, mas antes da forma como o mesmo é utilizado e gerido em cada projeto concreto

Existe uma convicção generalizada de que a criação das PPP existentes em Portugal é um dos fatores causadores da situação económico-financeira adversa que atualmente enfrentamos. Vemos, regularmente, notícias na comunicação social ou debates, em vários fóruns, nos quais as PPP figuram como as vilãs protagonistas.

Após a última grande vaga de contratualização de PPP, iniciada em 2007 (instigada pela necessidade de relançamento da economia) e que ajudou à queda do 2º governo do Eng. Sócrates, sente-se, de forma intermitente, o esforço do Estado em - pelo menos, aparentemente -, tentar reduzir as suas responsabilidades financeiras no âmbito das PPP existentes. São públicas as reduções dos objetos de algumas das subconcessões rodoviárias, as quais implicam uma mera transferência dos custos da manutenção de infraestruturas do parceiro privado para o público.

As intenções do Governo foram reiteradas na Lei do Orçamento de Estado para 2013, na qual se prevê uma obrigação do Estado de *“realizar todas as diligências necessárias à conclusão da renegociação dos contratos (de PPP) do setor rodoviário que se afigurem demasiado onerosos e desequilibrados para o parceiro público, tendo em vista uma redução significativa dos encargos para o erário público”*.

É com expectativa que se aguardam os resultados do processo de renegociação de 15 (sub)concessões rodoviárias, cujo relançamento foi decidido pelo Governo, em dezembro, e que já motivou a nomeação de uma comissão designada sob a égide da Unidade Técnica de Acompanhamento de Projetos (UTAC), criada pelo DL 111/2012, de 23 de maio. Uma renegociação com

**“O atual contexto, em que imperam severos cortes na despesa pública e, bem assim, os constrangimentos estabelecidos nos memorandos acordados com a *troika*, é totalmente adverso ao lançamento de novas PPP”**

**“Não nos parece que o atual cenário de diabolização generalizada das PPP conduza ao total abandono desta forma de contratação, quando as contas públicas estiverem (mais) equilibradas”**

os objetivos estabelecidos na LOE constituirá uma dura batalha para o Estado, que vai ser confrontado com a exigência de contrapartidas. É, para já, uma incógnita saber qual o preço a pagar pela reposição do desequilíbrio que o Estado alega existir em contratos que, até prova em contrário, foram por ele negociados de boa fé.

O atual contexto, em que imperam severos cortes na despesa pública e, bem assim, os constrangimentos estabelecidos nos memorandos acordados com a *troika*, é totalmente adverso ao lançamento de novas PPP. Salvo no caso da contratação da construção e manutenção (mas não da gestão) do hospital central de Lisboa através de uma *PPP de 2ª vaga*, não se antevê a retoma da utilização das PPP como modelo de contratação, nas várias áreas sectoriais em que, durante décadas, foi utilizada (i.e. nos sectores rodoviário, ferroviário, saúde e segurança). A atual situação de crise teve a virtualidade de desencadear uma reflexão sobre a disciplina e a racionalização da figura das PPP como modelo de contratação.

Não nos parece que o atual cenário de “diabolização” generalizada das PPP conduza ao total abandono desta forma de contratação, quando as contas públicas estiverem (mais) equilibradas e o Estado voltar a ponderar sobre a criação novas infraestruturas destinadas a suprir as (sempre constantes) necessidades do nosso país.

A experiência ensina-nos que a (in)viabilidade das PPP não resulta do modelo de contratação de *per si*, mas antes da forma como o mesmo é utilizado e gerido em cada projeto concreto. Assistimos, em Portugal, a um esforço do legislador no sentido de criar as condições para que essa utilização e gestão sejam, cada vez



Elsa Pizarro Pardal

Advogada Associada Sénior da Cuatrecasas Gonçalves Pereira, no Departamento Societário, áreas de *Corporate* e *Project Finance*. É licenciada pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

mais, racionais e baseadas em critérios objetivos e demonstráveis. No plano da concretização dos objetivos legislativos traçados, poderá ser determinante o papel que a UTAC irá desempenhar, enquanto estrutura que congrega o *know how*, meios humanos e técnicos e a experiência necessários para desenvolver e acompanhar os projetos, em todas as suas fases, aproveitando as sinergias daí resultantes e criando competências próprias, com o objetivo de minimizar as ineficiências dos projetos, desde as fases mais preliminares do estudo, preparação e lançamento das PPP, com impactos visíveis ao nível da negociação e da contratação das parcerias e, como agora se constata, da sua renegociação.



# Um instituto com viabilidade

Saber o que vai suceder às PPP é ainda uma incógnita, mas tudo leva a crer que vão sobreviver, entre alterações e reequilíbrios, demonstrando que são um instituto com viabilidade. Esta época de contestação poderá ser apenas uma crise de crescimento e de consolidação

Continua a Comissão Parlamentar de Inquérito às PPP a tentar encontrar os culpados pelas PPP que temos, continuando a manter um debate com conclusão já fixada: a de que as PPP são as responsáveis por todos os males de Portugal e, principalmente, do aumento da dívida pública e da austeridade que hoje vivemos.

Sabemos que nem sempre foi este o entendimento do poder político. Durante muitos anos as PPP eram, pelo contrário, a forma de modernizar o país sem necessidade de grandes recursos financeiros públicos, que, como hoje, não existiam, recorrendo-se antes a financiamento privado. Sabemos, também, que um dia os recursos públicos haviam de substituir os privados e que esse dia começou a chegar, estando aqui a razão da mudança de entendimento sobre este instrumento.

Mas, aparte toda esta discussão, e talvez dando parcialmente razão a toda esta discussão, a verdade é que as PPP que existem vão sobrevivendo com muita dificuldade. Nas PPP rodoviárias mais antigas assiste-se a uma diminuição drástica da sua utilização pelos utentes, somando-se os pedidos de reequilíbrio económico-financeiro por parte dos privados, com a abertura de arbitragens. Nas mais recentes é a pressão do Estado pela renegociação das condições financeiras dos contratos. Nas PPP na saúde a situação parece mais calma, pelo que teremos de aguardar para ver a sua evolução. Por parte do Governo, para além das críticas ao passado já referido, vimos a aprovação de uma nova lei alterando o regime das PPP – o DL n.º 111/2012, de 23 de maio.

**“Nas PPP rodoviárias mais antigas assiste-se a uma diminuição drástica da sua utilização pelos utentes, somando-se os pedidos de reequilíbrio económico-financeiro por parte dos privados, com a abertura de arbitragens. Nas mais recentes é a pressão do Estado pela renegociação das condições financeiras dos contratos”**

**“Pretende-se reforçar a fiscalização financeira com uma maior intervenção do Ministério das Finanças e um mais apertado controle prévio ao lançamento do projeto”**

O novo regime das PPP vem concretizar obrigações assumidas no âmbito do Memorando de Entendimento sobre as Condicionalidades de Política Económica, cujo ponto 3.20 determina que o Governo irá *“Pôr em prática um quadro legal e institucional reforçado, no âmbito do Ministério das Finanças e da Administração Pública, para a avaliação dos riscos ex-ante da participação em PPP, concessões e outros investimentos públicos, bem como a monitorização da respectiva execução.”* Ou seja, pretende-se reforçar a fiscalização financeira com uma maior intervenção do Ministério das Finanças e um mais apertado controle prévio ao lançamento do projeto.

De entre as principais alterações ou com maior relevância, contam-se as 9 seguintes: (i) inclusão das empresas públicas no rol de parceiros públicos; (ii) inclusão das subconcessões de obra pública e de serviço público no rol de contratos abrangidos; (iii) exclusão do sector das águas e resíduos e das concessões atribuídas pelo Estado por acto legislativo a entidades públicas; (iv) reforço dos pressupostos ligados ao controlo do impacto orçamental da PPP, bem como à necessidade de identificar os riscos a assumir pelas partes e os resultados a atingir pelo parceiro público; (v) reforço do acompanhamento do processo de contratação, com uma equipa de projecto com novos poderes e a aplicação do CCP, podendo ser autonomizada a parte relativa ao financiamento; (vi) alteração do regime de modificabilidade das PPP, com a intervenção das finanças acima de 10 milhões de euros e a eliminação de deferimentos táci-



José Luís Moreira da Silva

Sócio da SRS Advogados. É licenciado pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa e conta com uma pós-graduação em Direito Europeu pela Universidade Católica de Lisboa e um mestrado em Direito Público pela FDUL.

tos; (vii) novo procedimento para reequilíbrio económico e financeiro; (viii) criação da unidade técnica de acompanhamento das PPP, no âmbito das finanças; e (ix) maior transparência de procedimentos através de divulgação no site da unidade técnica. Este novo regime passou a aplicar-se também às PPP já existentes.

Assim, saber o que vai suceder às PPP é ainda uma incógnita, mas tudo leva a crer que vão sobreviver, entre alterações e reequilíbrios, demonstrando que são um instituto com viabilidade. Esta época de contestação poderá ser apenas uma crise de crescimento e de consolidação. Pelo menos é o que se espera.

# Solução ou embuste?

Pese embora o escopo da criação das PPP se prendesse com o acréscimo da eficiência na afectação de recursos públicos e a melhoria qualitativa e quantitativa dos serviços, certo é que, ainda que se tenham tentado acautelar tais questões, as exigências a nível de eficiência e economia em nada contribuíram para alcançar os fins almejados

A assunção pelo Estado de funções, designadamente no que concerne à satisfação das necessidades sociais e públicas, conduziu paralela e inevitavelmente, a um acréscimo acentuado da despesa pública, curiosamente não acompanhada pela melhoria dos serviços públicos, verificando-se, ao invés, um decréscimo a nível qualitativo.

Face ao exposto, e consequência da similitude dos serviços prestados pelo sector privado, concluiu-se que, poderia ser vantajoso o aproveitamento de um modelo de gestão semelhante, com efectiva redução de custos estaduais.

Nesta senda, foi promulgado o Decreto-Lei nº 86/2003 de 26 de Abril, diploma basilar nesta matéria e que disciplinava assim, a criação de relacionamentos duradouros com entidades do sector privado, no âmbito dos quais, mediante um contrato ou união de contratos, os parceiros privados se obrigavam, a assegurar uma atividade tendente à satisfação de uma necessidade colectiva, em que o financiamento e a responsabilidade pelo investimento realizado lhes eram incumbidos.

Subjacente a este tipo de contratos está a transferência de riscos tecnológicos e operacionais, em virtude da familiaridade que o sector privado apresenta com os mesmos, procurando garantir-se, em última ratio, uma relação equilibrada no que à distribuição de encargos concerne. Ademais, a durabilidade dos compromissos assumidos impunha regulamentação que garantisse a eficácia, transparência e rigor no relacionamento entre parceiros.

Não obstante, pese embora o escopo da criação das PPP se prendesse com o acréscimo da eficiência

**“A ausência de mecanismos de partilha de benefícios financeiros a favor do Estado, bem como a não consideração de receitas acessórias provenientes da parceria e que passaram a constituir receitas ocultas dos privados, a crescer a uma parca transparência a nível concorrencial, impuseram nova intervenção legislativa”**

**“Seria ainda imperativo, nesta fase, garantir a transparência e a monitorização das sobreditas parcerias, transparência essa que começava pela publicitação no OE, a título de exemplo, dos encargos plurianuais que àquelas concernem”**

na afectação de recursos públicos e a melhoria qualitativa e quantitativa dos serviços, certo é que, ainda que se tenham tentado acautelar tais questões, as exigências a nível de eficiência e economia em nada contribuíram para alcançar os fins almejados.

Sucedeu que a ausência de mecanismos de partilha de benefícios financeiros a favor do Estado, bem como a não consideração de receitas acessórias provenientes da parceria e que passaram a constituir receitas ocultas dos privados, a crescer a uma parca transparência a nível concorrencial, impuseram nova intervenção legislativa.

Assim e a rever o diploma anterior, é implementado o Decreto-Lei 141/2006 de 27 de Julho, com vista ao melhor acautelamento do interesse público.

Contudo e não obstante a tentativa de diminuição de despesa pública em consonância com a melhoria da qualidade na prestação de serviços, a criação de parcerias público-privadas, a crescer ao elevado custo que apresentam para as gerações vindouras, implicou, nestes últimos anos, diminuição nos cofres do Estado, ascendendo aos 9,7 mil milhões de Euros, o valor de juros a ser pago pelo sector público em 2013, montante este que, irá continuar a aumentar, ainda que estejam em curso renegociações no âmbito dos contratos de concessão com vista a uma poupança de 250 milhões de Euros.

Todavia e a crescer a diversa informação que é veiculada pela imprensa, certo é que os cortes operados não incidem neste tipo de contratos, existindo por parte do Governo uma política de contra-informação que e



Sara Subtil

Advogada da Gameiro & Associados

salvo melhor opinião visa a manutenção do relacionamento com parceiros privados em prol de um interesse alegadamente colectivo.

Indiscutivelmente as Parcerias Público-Privadas aumentam a despesa pública e implicam para o utente, um aumento de encargos, sem que isso signifique uma melhoria na qualidade do serviço prestado.

Com efeito, seria ainda imperativo, nesta fase, garantir a transparência e a monitorização das sobreditas parcerias, transparência essa que começava pela publicitação no OE, a título de exemplo, dos encargos plurianuais que àquelas concernem, o que poderá indiciar um desvio aos pressupostos que conduziram à sua criação, porquanto o chamado interesse público, social ou colectivo, se encontra profundamente negligenciado.\*

\*Artigo escrito segundo as regras anteriores ao atual acordo ortográfico.



# 24 No labirinto das PPP

João Nuno P. Barrocas, sócio da Barrocas Advogados, Elsa Pizarro Pardal, advogada associada Sênior da Cuatrecasas Gonçalves Pereira, José Luís Moreira da Silva, sócio da SRS Advogados, e Sara Subtil, da Gameiro & Associados, dão a sua opinião sobre as parcerias público-privadas em Portugal, que têm estado no centro de uma das polémicas político-partidárias da atualidade. O modelo não se revelou consensual

