

DL 86/2003 – UMA PERSPECTIVA JURÍDICO-POLÍTICA SOBRE O REGIME DAS PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS*

João Canto e Castro

RESUMO

Neste artigo é feita uma análise jurídico-política das normas gerais aplicáveis às Parcerias Público-Privadas (PPP), criadas com a aprovação e publicação do Decreto-Lei nº 86/2003, de 26 de Abril, e respectiva legislação complementar.

Defendo a posição segundo a qual não foram tanto factores de ordem jurídica, entenda-se de necessidade de regulação jurídica da matéria em causa, que levaram à sua elaboração, mas sim motivos de ordem política, de exercício da acção governativa, ditados pela necessidade de o Ministério das Finanças de disciplinar e controlar o processo de criação de despesa pública no âmbito das PPP. Este facto vai influenciar e “marcar” todo o regime jurídico, designadamente, a existência de um regime procedimental muito rigoroso e fortemente dependente do Ministério das Finanças.

* Quando este artigo foi escrito e enviado para a direcção desta Revista, ainda não se tinham verificado dois factos da maior relevância: (i) o lançamento pela Parpública do seu “site” que contém um “link” dedicado especialmente às Parcerias Público-Privadas e (ii) a “publicação” pela Comissão do relatório sobre os comentários recebidos a propósito do “Livro Verde sobre as Parcerias Público-Privadas e o Direito Comunitário em Matéria de Contratos Públicos e Concessões”.

Quanto ao primeiro facto, importa dizer que a inexistência de um “site” da Parpública, contendo a informação agora disponibilizada (<http://www.parpublica.pt/ppoquesao.htm>), foi criticada no artigo. Contudo, uma vez que a interpretação do Decreto-Lei 86/2003, de 26 de Abril, e a sua “avaliação” que procurei levar a cabo está datada, não vejo nenhuma razão para alterar o que escrevi. Acresce que o “site” da Parpública é, salvo o devido respeito, manifestamente insuficiente, não contendo, por exemplo, qualquer listagem de boas práticas e, até à data, não está disponível nenhum do acervo documental reunido por esta entidade ao longo dos anos, estando ainda indisponível a “rubrica” dos estudos.

Quanto ao segundo facto, importa dizer que, na sequência da publicação do referido relatório (http://europa.eu.int/comm/internal_market/publicprocurement/docs/ppp/ppp-report_en.pdf), a Comissão tem como objectivo “proferir” uma Comunicação antes que o presente ano termine.

INTRODUÇÃO

Neste artigo é feita uma análise jurídico-política das normas gerais aplicáveis às Parcerias Público-Privadas (PPP), criadas com a aprovação e publicação do Decreto-Lei n.º 86/2003, de 26 de Abril, e respectiva legislação complementar.

A título preliminar, importa ter em conta algumas condicionantes que estiveram presentes na elaboração do presente artigo, e que permitirão aos leitores perceber melhor o âmbito, o alcance e os objectivos do mesmo.

A *primeira* tem que ver com o facto de este artigo não ter como objectivo uma elaboração teórica e doutrinária sobre as PPP, mas tão só uma análise do regime jurídico acima referido. No entanto, tento ultrapassar esta questão, remetendo o leitor para alguma da bibliografia existente sobre a matéria, daqui resultando, aliás, alguma profusão de notas de rodapé.

A *segunda* prende-se com o facto de ser ainda muito escassa a bibliografia nacional sobre o Decreto-Lei n.º 86/2003, de 26 de Abril, e respectiva legislação complementar. Com efeito, e não obstante a importância do tema, que pode ser aferida pelo facto de os últimos quatro Governos Constitucionais terem recorrido a este instrumento de política social, económica e financeira para fazerem face à satisfação de necessidades colectivas, mas também pela circunstância da União Europeia estar a prestar cada vez maior atenção a esta matéria, a realidade é que o tratamento do regime jurídico contido no referido diploma é ainda muito incipiente, existindo praticamente apenas artigos que tratam aspectos parcelares do mesmo, os quais são aliás profusamente citados e por vezes transcritos no presente artigo, devendo-se também a este facto a profusão de notas de rodapé.

A *terceira* resulta do facto de neste artigo não ser feita uma análise demorada sobre a forma como a União Europeia tem vindo a tratar o tema das PPP, não obstante referir-se e remeter-se para os principais documentos produzidos no seio da mesma.

A *quarta* resulta da circunstância de o Decreto-Lei n.º 86/2003, de 26 de Abril, e respectiva legislação complementar, serem ainda muito recentes, razão pela qual ainda não é possível fazer uma avaliação que leve em conta os dados da experiência concreta.

É, pois, neste contexto, menos amplo do que se poderia supor, que

este artigo deve ser lido.

Na primeira parte, faço um enquadramento muito sucinto do fenómeno do recurso às PPP, encarado como a forma de o Estado satisfazer necessidades colectivas recorrendo ao sector privado, (tendencialmente) sem encargos e efeitos financeiros imediatos, melhorando a qualidade dos serviços públicos prestados e com maior eficiência do ponto de vista económico e financeiro.

Na segunda parte, procuro determinar as circunstâncias políticas e financeiras em que surgiu o Decreto-Lei nº 86/2003, de 26 de Abril, recorrendo para esse efeito ao seu preâmbulo e a um artigo escrito pelo principal responsável político pela sua criação: defendo a opinião de que não foram tanto factores de ordem jurídica, entenda-se de necessidade de regulação jurídica da matéria em causa, que levaram à sua elaboração, mas sim motivos de ordem política, de exercício da acção governativa, ditados pela necessidade de o Ministério das Finanças de disciplinar e controlar o processo de criação de despesa pública. Em consequência, assumo como lógica a existência de um regime procedimental muito rigoroso e fortemente dependente do Ministério das Finanças.

A partir deste pressuposto que considero essencial para se perceber toda a lógica subjacente ao Decreto-Lei nº 86/2003, de 26 de Abril, e sua legislação complementar, entro na análise mais detalhada do seu regime jurídico: à medida que o descrevo aponto as eventuais incongruências, insuficiências ou omissões que o mesmo possa suscitar, procurando apontar pistas para a sua solução.

Na terceira e última parte deste artigo, tento elencar as principais conclusões a que cheguei, avaliando (na medida do possível e face aos dados disponíveis) se as entidades públicas estaduais a quem o Estado atribuiu responsabilidades foram dotadas dos meios necessários à prossecução dos objectivos fixados no regime das PPP.

I PARTE – O RECURSO ÀS PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS

a) NOÇÕES GERAIS

i) As PPP não são mais do que a associação entre um ente público e um ente privado, em que o primeiro recorre ao segundo para através

dele satisfazer necessidades colectivas, de forma mais eficiente do ponto de vista económico e financeiro, com mais qualidade e, tendencialmente, aspecto fulcral, sem encargos financeiros imediatos.

ii) A razão pela qual os Estados começaram a recorrer ao sector privado para satisfazer necessidades colectivas teve que ver, em primeiro lugar, com aspectos de ordem financeira. Esta realidade é bem sintetizada no preâmbulo do Decreto-Lei n.º 86/2003, de 26 de Abril: “...*A transformação dos sistemas sociais operada no decurso do século XX em virtude das quais o Estado passou a assumir novas funções, inclusive produtivas, de satisfação das necessidades sociais e públicas, provocou, paralelamente, um elevado aumento da despesa pública, observando-se nas sociedades modernas um peso excessivo do Estado e níveis inoportáveis de endividamento público, sem o equivalente aumento da qualidade dos serviços públicos prestados aos cidadãos...*”.

iii) Neste contexto, os Estados, obrigados a continuarem a prestar cada vez mais serviços públicos e com qualidade acrescida; pressionados pela necessidade de conterem o crescimento da dívida pública e limitados pela recusa dos contribuintes em aceitarem aumento da carga fiscal, encontraram a “solução” no recurso ao sector privado.

iv) Este fenómeno, que começou nos Estados Unidos, mas que na Europa foi impulsionado pelos governos conservadores do Reino Unido na década de 90, e prosseguida entusiasticamente pelos sucessivos governos trabalhistas, criou, basicamente, uma nova opção de financiamento para o sector público¹.

v) Nas PPP o que está em causa é o envolvimento do sector privado na construção e gestão de infra-estruturas e equipamentos públicos, quer no sector das “utilities” (transportes, energia, água, saneamento, telecomunicações), quer, mais recentemente, no sector social (educação e saúde).

vi) Este envolvimento do sector privado na construção de grandes infra-estruturas e na gestão de serviços públicos, desonera o Estado dos

¹ Fenómeno que ficou conhecido como a “Private Finance Initiative”.

(avultados) investimentos iniciais, “aliviando” o peso que os mesmos teriam na dívida pública e no orçamento, isto por um lado. Por outro lado, tende a introduzir maior eficiência do ponto de vista económico-financeiro e mais qualidade nos serviços públicos prestados e na construção de grandes infra-estruturas.

vii) Em geral, ao recurso às PPP são associadas várias vantagens: maior rapidez na construção de infra-estruturas; maior eficiência do ponto de vista económico-financeiro; maior qualidade na prestação de serviços públicos e na construção de grandes infra-estruturas; transferência e partilha de riscos; optimização da gestão dos recursos públicos, ganhos de eficiência, inovação e “Know-how”, etc.

viii) Contudo, não se deve encarar o recurso às PPP como uma espécie de “solução milagrosa”, que resolve a ausência de recursos financeiros por parte dos Estados para fazer face à necessidade de satisfação das necessidades colectivas dos cidadãos, isto por um lado. Acresce que, com o recurso ao sector privado, os Estados não vêm diminuídas as suas responsabilidades, antes aumentam pois passam a estar obrigados a criar mecanismos de fiscalização do cumprimento pelos privados das “missões” de serviço público que lhes foram confiadas².

b) A “PRIVATE FINANCE INITIATIVE” NO REINO UNIDO³

i) Assim sendo, e partindo do exemplo mais qualificado que se conhece no espaço europeu no domínio das PPP, o Reino Unido, importa

² Com o recurso às PPP, o Estado vai “abandonando” lentamente” o seu papel de produtor directo de serviços públicos. Contudo, dada a natureza pública dos serviços em causa, o Estado não pode deixar de zelar pela prossecução dos interesses públicos que lhe estão subjacentes. Assim, de interventor directo na economia, o Estado passa a exercer a função de regulador, num quadro geral de privatização, liberalização e desregulação. Sobre as cinco razões que justificam a regulação, ver Maria Manuel Leitão Marques e Vítor Moreira, “Economia de Mercado e Regulação”, in *A Mão Visível – Mercado e Regulação*, Almedina, 2003, páginas 13 a 15. Para maiores desenvolvimentos, ver duas obras colectivas intituladas “Estudos de Regulação Pública I”, Coimbra Editora 2004 e “Regulação e Concorrência”, Almedina 2005.

³ Em 2003, o governo presidido por Tony Blair rebaptizou as “PFI” de Public-Private Partnerships.

ter presente que “...a PFI, embora desonerando o Estado do investimento inicial, não o liberta naturalmente do pagamento do investimento privado, limitando-se a reparti-lo ao longo de um período de tempo mais ou menos longo (...)

ii) *O perigo da PFI é que ela constitui um modo tentador de os governos fazerem obra rapidamente, sob pressão política, sem uma rigorosa avaliação do seu custo final para os contribuintes. A desnecessidade de endividamento público para construir a obra e o diferimento dos encargos para o futuro têm em si mesmos um efeito anestesiador da opinião pública...*⁴.

iii) Vale a pena determo-nos um pouco na avaliação da experiência da “PFI” no Reino Unido, já que a mesma é invariavelmente apontada como um caso indiscutível de sucesso e, conseqüentemente de referência para os restantes países Europeus e, portanto, também para Portugal.

iv) Ora, o juízo sobre a “PFI” no Reino Unido é controverso, mas não parece ser um caso indiscutível de sucesso. Com efeito, em 2001, num estudo intitulado “Building Better Partnerships”, “...o *ultraleal think thank blairista*, Institute for Public Policy and Research (IPRR), defende a utilização das PPP, mas afirma que estas “não são a panaceia para os problemas dos serviços públicos” britânicos e que para funcionarem têm de sofrer mudanças significativas. O ponto mais controverso do relatório foi o relativo ao fosso entre a retórica do governo sobre as vantagens das PPP e a realidade (...). O relatório do IPPR revelou ainda que o custo dos projectos de IFP avaliados foi superior aos custos previstos e comportados pelo sector público e avisou que o Estado está a deixar pesadas dívidas às gerações vindouras”⁵.

Em 2002, uma comissão parlamentar publicou um relatório onde “...concluiu que os alegados benefícios das IFP-PPP “ainda estão por

⁴ Cfr. Vital Moreira, “A tentação da “Private Finance Initiative (PFI)”, in *A Mão Visível – Mercado e Regulação*”, Almedina, 2003, página 187 a 190.

⁵ Cfr. Eunice Goes, “A Era Blair em Exame”, Químera 2003, página 82.

⁶ Um resumo deste estudo está disponível em www.ippr.org.uk.

provar” (...) E mais recentemente, um relatório da oficialíssima Audit Commission concluiu, após avaliar os vinte e cinco projectos IFP na área da educação, que as escolas construídas por consórcios privados, através de parcerias público-privadas, são “significativamente piores”, em termos de espaço, aquecimento, iluminação e acústica”, do que as escolas financiadas de forma tradicional. A Audit Commission conclui ainda que a construção de escolas através de IFP-PPP não custa menos ao erário público...”⁷.

v) Esta perspectiva geral das avaliações mais recentes que têm sido feitas sobre as PPP no Reino Unido serve apenas para “chamar a atenção” que nem sempre as vantagens teóricas que lhes estão associadas se concretizam na realidade, razão pela qual se deve manter uma vigilância apertada sobre as mesmas^{8/9}.

II PARTE – O REGIME JURÍDICO GERAL DAS PARCEIRIAS PÚBLICO-PRIVADAS E RESPECTIVA LEGISLAÇÃO COMPLEMENTAR

a) O PREÂMBULO DO DECRETO-LEI 86/2003, DE 26 DE ABRIL: O CONTEXTO E AS RAZÕES QUE DETERMINARAM A SUA CRIAÇÃO

No preâmbulo do Decreto-Lei n.º 86/2003, de 26 de Abril (ora em diante designado regime das PPP) encontramos, na verdade, vários dos motivos que justificam a sua criação: a *necessidade* de a exigência constante do n.º 2 do artigo 16 da Lei de Enquadramento Orçamental¹⁰

⁷ Cfr. Eunice Goes, livro citado, página 82. Para maiores desenvolvimentos, ver o capítulo 3 intitulado “Serviços Públicos e vícios privados”, páginas 73 a 98.

⁸ Sobre esta matéria, e numa comunicação apresentada no 2º ciclo das “Conferências do Marquês”, organizado pelo Instituto Nacional de Administração, Vital Moreira referia-se à então novidade do fenómeno das parcerias Público-Privadas como “*Despesas Públicas/Lucros Privados*”, acentuando na mesma comunicação a necessidade de o Estado reforçar o seu papel regulador.

⁹ Uma perspectiva geral e mais actualizada sobre as PPP, pode ser vista em “Public-private partnerships – policy and experience”, Editora Palgrave, 2004 (e pode ser encomendado em www.marcialpons.es).

¹⁰ Lei n.º 91/2001, de 20 de Agosto, posteriormente alterada e republicada como anexo à Lei de Estabilidade Orçamental, Lei orgânica n.º 2/2002, de 28 de Agosto.

(Princípio do Comparador do Sector Público) receber “...um tratamento procedimental compatível com a complexidade do juízo subjacente, através da exigência, em várias fases processuais, do confronto do projecto de parceria com o comparador do sector público, de forma a preparar uma consistente justificação da economia, eficiência e eficácia daquele para efeitos orçamentais...”; a imperatividade de instituir “...princípios gerais de eficiência e economia relativos à repartição de riscos entre o parceiro público e o parceiro privado que permitam dotar a relação contratual subjacente de uma harmonia e equilíbrio ao nível da repartição de encargos e da distribuição do risco...”; a incontornabilidade de assegurar que, recorrendo às PPP o Estado (ou qualquer outro parceiro público) consegue melhorar a “...qualidade do serviço prestado (...) gerando poupanças consideráveis na utilização dos recursos públicos...”.

Contudo, e uma vez que vários daqueles motivos se traduziram na redacção do próprio articulado, julgo que será útil fazer um outro tipo de aproximação ao preâmbulo (ou à sua interpretação). Assim e antes de mais é de notar que é no último parágrafo do preâmbulo que encontramos a justificação (escrita) imediata ou mais directa do legislador para a criação de normas gerais aplicáveis às PPP. Com efeito, “...a tramitação prevista no presente diploma responde à necessidade, de há muito sentida, de um enquadramento geral, contendo regras de disciplina genéricas e as linhas de conexão entre a realização deste novo tipo de despesa pública e a disciplina orçamental...”¹¹.

Mas, primeiro e mais importante, importa perceber em que circunstâncias (muito particulares) surgiu esta necessidade. Ora quando o diploma foi criado, Portugal vivia “...num contexto de consolidação orçamental e saneamento das finanças públicas, que obriga a um esforço de contenção da despesa pública, - seja da despesa corrente, seja da

¹¹ Contrariando esta “unanimidade”, Eduardo Paz Ferreira e Marta Rebelo referem no entanto, que “...a elaboração de tal diploma veio por termo a uma polémica que se vinha arrastando sobre as vantagens e inconvenientes da existência de legislação específica para as parcerias públicas que, na opinião de alguns, poderia ter como consequência mais visível a limitação da criatividade que se vinha manifestando na legislação reguladora...”. Esta posição está expressa no artigo sobre “O novo regime jurídico das Parcerias Público-Privadas em Portugal”, in *Manual Prático das Parcerias Público Privadas*, 2004, NPF, Pesquisa e Formação, Publicações, página 6.

despesa de capital...”¹². O contexto, recorde-se, foi, por um lado, o da necessidade de o Governo cumprir os limites do défice do Pacto de Estabilidade e Crescimento. Por outro lado, “...o País continua a carecer de fortes investimentos em infra-estruturas básicas, e mostra-se necessária a melhoria da qualidade na prestação de serviços públicos...”¹³.

Este contexto, no entanto, não é auto-explicativo, isto é, ele não justifica, por si só, a criação das referidas normas gerais. A criação destas normas gerais parece partir da constatação (não confessada expressamente) pelo Governo, dizendo melhor, pelo Ministério das Finanças, da conjugação das seguintes circunstâncias: (i) incapacidade de a máquina Estatal controlar o processo de criação da despesa pública no âmbito das PPP; (ii) inexistência de uma orçamentação plurianual do sector público administrativo e, por via disso, (iii) ausência de cabimentação orçamental dos encargos financeiros assumidos contratualmente.

É meu entendimento que, para alcançar os objectivos fixados no regime das PPP, bastaria que, na projecção e planeamento dos seus investimentos com recurso ao sector privado o Estado seguisse as boas práticas já existentes em matéria de PPP¹⁴. No limite, bastaria que o Governo criasse um regime jurídico (opção para que me inclino) onde fixasse a necessidade de cumprimento pelo Ministério responsável pelo lançamento da PPP das referidas boas práticas, como, por exemplo, o princípio do comparador do sector público (de resto, já previsto no artigo 16.º, n.º 2, da Lei de Enquadramento Orçamental). E, igualmente, o princípio segundo o qual o risco deve ser transferido para quem esteja em melhores condições de o gerir (de acordo com a lógica final de que o “bom negócio” para o parceiro público não é transferir todos os riscos para o sector privado, mas otimizar a transferência dos mesmos)¹⁵.

¹² Cfr. Pedro Siza Vieira, “Os Tipos Contratuais Subjacentes às Parcerias Público Privadas em Portugal”, in *Manual Prático das Parcerias Público Privadas*, 2004, NPF, Pesquisa e Formação, Publicações, página 128.

¹³ Cfr. Pedro Siza Vieira, artigo citado.

¹⁴ Por exemplo, as “Guidelines for Successful Public-Private Partnerships” (Comissão Europeia, Março de 2003), elaboradas por iniciativa da Direcção Geral da Política Regional em colaboração, entre outras, com a Direcção Geral dos Mercados Internos, Direcção Geral da Concorrência e Direcção Geral do Transporte e Energia. Na Internet está disponível em http://europa.eu.int/comm/regional_policy/sources/docgener/guides/PPPguide.htm

¹⁵ Assim o regime das PPP poderia ser reduzido, ficando apenas os artigos 1.º a 7.º, o artigo 9.º, os artigos 11.º (na parte que prevê a reserva de não atribuição) a 13.º, o artigo 16.º (adaptando-se a alínea a)) e o artigo 19.º.

Contudo, para além de ter previsto o cumprimento destas boas práticas, o Governo introduziu um factor adicional: “...o diploma pressupõe o envolvimento do Ministério das Finanças na própria fase de preparação da decisão de recurso à parceria, influenciando mesmo os termos e conteúdo da mesma...”¹⁶. Ora, este envolvimento tão intenso (como terei oportunidade de demonstrar mais adiante) não se justificaria - à partida -, sobretudo se pensarmos que o Ministro das Finanças já gozava do poder de veto sobre “...*Todos os actos do Governo que envolvam aumento de despesas ou diminuição de receitas...*”¹⁷. Na minha leitura, a sua justificação reside sobretudo na consciência da incapacidade que o Ministério das Finanças pressentiu para disciplinar, controlar e fiscalizar o processo de criação da despesa pública no âmbito das PPP. Ou, noutra perspectiva (ainda mais política), na percepção de que o “combate” por essa disciplina - na ausência de legislação específica e condicionadora -, seria travado no campo aberto das opções políticas, tornando-o, portanto, subjectivo, imprevisível e possivelmente incontrollável (para o Ministério das Finanças).

Esta minha opinião, para além de ser uma forma (julgo que aceitável) de explicar o âmbito e o grau de intervenção do Ministério das Finanças no processo de formação de PPP, parece encontrar algum fundamento na posição manifestada por Miguel Frasquilho - que era o Secretário de Estado do Tesouro e das Finanças na altura em que o diploma foi criado e publicado e, de facto, o principal responsável político pela sua elaboração.

O artigo escrito por Miguel Frasquilho¹⁸ constitui, por ora e a par

¹⁶ Cfr. Pedro Siza Vieira, artigo citado, página 146.

¹⁷ Cfr. artigo 33º da Lei Orgânica do Governo, Decreto-Lei nº 120/2002, de 3 de Maio, com as alterações introduzidas pela Declaração de rectificação nº 20/2002, de 28 de Maio, pelo Decreto-Lei nº 119/2003, de 17 de Junho, e pelo Decreto-Lei nº 20/2004, de 22 de Janeiro. Este poder de veto manter-se-ia na Lei Orgânica do Governo aprovada pelo XVI Governo Constitucional, Decreto-Lei nº 215-A/2004, de 3 de Setembro, com as alterações introduzidas pelo Decreto-Lei nº 26/2005, de 2 de Fevereiro (mas com nova numeração, artigo 34.º). Este poder de veto subsiste na Lei Orgânica do Governo aprovada pelo XVII Governo Constitucional, Decreto-lei nº 79/2005, de 15 de Abril (mas com nova numeração, artigo 27.º).

¹⁸ O artigo foi escrito no diário “Jornal de Negócios”, desdobrado, para efeitos de publicação, em duas partes que saíram nos dias 4 de Agosto e 18 de Agosto de 2004, sob o título “O Decreto-Lei nº 86/2003, e as concessões rodoviárias em regime SCUT”.

do próprio diploma em si (incluindo o preâmbulo), o mais importante instrumento de interpretação da vontade do legislador. É a partir deste artigo que percebemos que a razão política mais próxima que determinou a criação das normas gerais aplicáveis às PPP foi a radiografia financeira feita pelo Governo às Concessões Rodoviárias em regime SCUT, pois que “...a valores correntes as seis SCUTs (...) representarão um custo médio anual de aproximadamente EUR 500 milhões para o Orçamento de Estado até 2031, o que ascenderá a um montante total de mais de EUR 15 mil milhões – isto sem contar com eventuais custos derivados de expropriações e outras indemnizações financeiras nem compensações por alterações derivadas de exigências ambientais adicionais, nem custos de futuros alargamentos de estradas, entre outros...”.

Miguel Frasquilho ilustra-nos como se chegou até aqui: “...É minha opinião que a falta de um enquadramento legal adequado foi o principal motivo por detrás desta situação...”¹⁹. Para além desta lacuna, também contribuiu para esta situação a “...falta de programação financeira plurianual ao nível da Administração Central...”. Note-se que a defesa desta tese foi transposta para o preâmbulo do diploma, sobretudo nesta passagem quando se diz que “...a implementação desse sistema de orçamentação plurianual, a qual se encontra em curso, não elimina, no entanto, a necessidade de estipulação de algumas regras gerais relativas aos procedimentos de responsabilidades e de partilha de riscos no âmbito de PPP, tendo em vista garantir a respectiva economia, eficiência, e eficácia, bem como a respectiva articulação com as normas de enquadramento orçamental...”.

No preâmbulo já não encontramos qualquer referência ou explicação ao papel central (e centralizador) do Ministério das Finanças. Mas Miguel Frasquilho forneceu-nos a explicação. De facto, ao enumerar algumas das lacunas mais importantes que o diploma em causa veio preencher, indica o aumento da intervenção do Ministério das Finanças no acompanhamento das parcerias referindo o seguinte (vale a pena transcrever): “...o estudo e a preparação de qualquer parceria obriga a

¹⁹ Mais adiante, Miguel Frasquilho refere que “...é neste contexto que surgiu o Decreto-Lei n.º 86/2003, de 26 de Abril, o primeiro que estabeleceu um enquadramento legal adequado na área das PPP...”.

uma notificação ao Ministério das Finanças que, desde então e sempre em acção conjunta com o ministério sectorial envolvido no projecto, terá um acompanhamento permanente das parcerias, através da equipa especializada escolhida pelo próprio ministério, tendo por objectivo a avaliação concreta e adequada dos riscos e custos subjacentes, e a melhoria do processo de constituição de novas parcerias (apesar de até aqui o Ministério das Finanças se encontrar presente em todos os projectos de “project finance” ou PPP, tal não acontecia quer em todas as etapas, quer por uma equipa competente e com “know-how” adequado para esse efeito...”.

Note-se que a afirmação de Miguel Frasquilho colocada entre parêntesis é da maior importância. É com base nela que podemos concluir, com segurança, segundo creio, que o problema do enquadramento legal e procedimental das PPP anterior ao regime das PPP, era o facto de o Ministério das Finanças não estar presente em todas as etapas dos projectos de “project finance” e PPP e não ter uma equipa competente e com o “Know-how” necessário. Ora, o primeiro aspecto poderia resolver-se com a inclusão de um n.º 2 no então artigo 33.º da Lei Orgânica do Governo, estabelecendo a obrigatoriedade de o Ministro das Finanças ser notificado quando qualquer outro Ministério desse início à preparação e estudo de uma PPP, prevendo-se, igualmente, a obrigatoriedade da tutela financeira designar um representante para acompanhar todo o processo; o segundo aspecto não se resolve com a criação de um diploma.

A criação de uma “task force” no seio do Ministério das Finanças para efeitos de estudo, acompanhamento, avaliação e fiscalização das PPP não tinha que depender da criação do regime das PPP. Aliás, no Despacho Normativo n.º 35/2003, de 25 de Julho (publicado no DR n.º 191, I Série B, de 20 de Agosto de 2003) – que “delega” na Párpública grande parte dos poderes do Ministro das Finanças previstos no regime das PPP – reconhece-se que “...a PÁRPÚBLICA reuniu ao longo da sua existência um relevante acervo de experiência e conhecimentos na área de que se trata e dispõe, directa e indirectamente, de recursos humanos devidamente qualificados para a participação nas tarefas de concepção e avaliação de modelos de parceria, designadamente no que concerne à preparação de parâmetros macroeconómicos e de partilha de riscos, e à verificação da respectiva observância...”. É evidente que

estes atributos da entidade pública em causa não “nasceram por obra e graça” da criação do regime das PPP²⁰.

Apesar do que fica dito, importa reforçar ou clarificar a desnecessidade - na minha perspectiva - de um enquadramento legal sobre PPP onde o Ministério das Finanças tem de intervir em todas as etapas, com um regime procedimental muito pesado e burocrático (vejam-se os artigos 8.º e seguintes do regime das PPP),²¹ situação que não deixa de ser paradoxal quando o que se pretende é aproveitar a (eventual) maior flexibilidade e capacidade de gestão do sector privado.

A meu ver, *um primeiro argumento* resulta da leitura mais atenta da Lei de Enquadramento Orçamental²². Com efeito, deve-se “olhar” para uma certa lógica subjacente a esta lei no que diz respeito às PPP.

Assim, nos termos do artigo 15.º, n.º 1, “...as despesas inscritas nos orçamentos que integram o orçamento de Estado podem estruturar-se, no todo ou em parte, por programas...”, estabelecendo o n.º 3, alínea d) que “A estruturação por programas deve aplicar-se às despesas seguintes (...) despesas correspondentes a contratos de prestação de serviços em regime de financiamento privado ou outra forma de parceria dos sectores público e privado”.

Para além deste artigo, e “...com vista a responder à crítica às PPP resultante da falta de transparência associada à desorçamentação e confidencialidade do contrato comercial firmado entre o Estado e a entidade privada com quem é estabelecida a parceria, o art. 16.º da mesma lei determina a obrigatoriedade de comparar este tipo de aprovisionamento com a forma tradicional sem recurso ao financiamento

²⁰ Na transcrição deste breve trecho, não pode deixar de suscitar dúvidas a afirmação segundo a qual a Párpública “...dispõe, directa e indirectamente, de recursos humanos qualificados...”. Seria instrutivo perceber o que quis dizer o legislador quando inseriu o vocábulo “...indirectamente...”.

²¹ Para dar um exemplo concreto veja-se o disposto no artigo 5.º, n.º 1 do Decreto-Lei 78/2005, de 13 de Abril (aprova as bases revistas do denominado “Contrato de Concessão Fertagus”), nos termos do qual “...A entrada em vigor do presente diploma depende da aprovação pelo Estado, nos termos do Decreto-Lei n.º 86/2003, de 26 de Abril, da minuta de contrato de concessão renegociado...”.

²² Esta leitura mais atenta foi-me suscitada, passe a expressão, por Teodora Cardoso, num artigo que escreveu sobre “O Enquadramento Orçamental das PPP”, in Manual Prático das Parcerias Público Privadas, 2004, NPF, Pesquisa e Formação, Publicações.

privado...”²³, prevendo no seu n.º 2 que “a avaliação da economia, a eficiência e a eficácia de programas com recurso a parcerias dos sectores público e privado tomará como base um programa alternativo visando a obtenção dos mesmos objectivos com exclusão de financiamentos ou de exploração a cargo de entidades privadas, devendo incluir, sempre que possível, a estimativa da sua incidência orçamental líquida...”.

Completando esta disposição, o artigo 34.º fixa os elementos informativos que devem incorporar a proposta do Orçamento de Estado, incluindo os relativos a PPP, prevendo no seu n.º 1, alíneas b) e c), que “a proposta de lei do Orçamento do Estado é acompanhada, pelo menos, pelos seguintes elementos informativos (...) programação financeira plurianual...” (alínea a)) e “Memória descritiva das razões que justificam o recurso a parcerias dos sectores público e privado, face a um programa alternativo elaborado nos termos do n.º 2 do artigo 16.º” (alínea b).

Para concluir, o artigo 28.º estabelece a obrigatoriedade de fixação de um limite máximo aos contratos celebrados pelo Estado no âmbito das PPP, fixando que o articulado do Orçamento do Estado deve conter uma disposição dessa natureza e com esse fim.

Assim, julgo que é patente a existência de um regime que já permitiria ao Ministério das Finanças controlar devidamente o processo de realização e efectivação de despesas pública no quadro das PPP. E isto parece ser tanto mais verdade quanto o poder de veto que o Ministro das Finanças goza sobre quaisquer actos dos seus colegas que impliquem aumento de despesas ou diminuição de receitas, tem contornos historicamente e juridicamente bem definidos.

De facto, e é este o *segundo argumento* que pretendo alinhar para justificar e fundamentar a desnecessidade de um enquadramento legal sobre PPP onde o Ministério das Finanças tem uma intervenção tão “pesada” e burocratizante, o referido poder de veto não deve ser “negligenciado”, “desconsiderado” ou “ignorado”²⁴.

²³ Cfr. Teodora Cardoso, artigo citado, página 94.

²⁴ Sobre este poder de veto, sigo o artigo escrito por Paulo Otero “A Intervenção do Ministro das Finanças sobre os actos do Governo de aumento de despesas ou diminuição de receitas”, in Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Pedro Soares Martínez”, Volume II, Almedina 2000, páginas 163 a 191.

O poder de veto de que goza o Ministro das Finanças encontrava-se então previsto no artigo 33.º da Lei Orgânica do Governo e rezava²⁵ assim: “*Todos os actos do Governo que envolvam aumento de despesas ou diminuição de receitas serão obrigatoriamente aprovados pelo Ministro das Finanças e da Administração Pública*”.

A primeira nota que importa reter sobre este poder, reside na particularidade da sua origem formal remontar à Constituição de 1933²⁶.

A segunda nota para dizer que “...*observa-se que a versão inicial da Constituição de 1976 se referia à exigência de uma especial intervenção governamental sobre actos que envolvessem aumento de despesas ou diminuição de receitas...*”²⁷.

A terceira nota para constatar que “...*a prática legislativa dos Governos Constitucionais durante os últimos quinze anos acabou por consagrar um modelo jurídico de intervenção do Ministro das Finanças susceptível de revelar um protagonismo intragovernamental directamente herdado do compromisso de 1928 que levou o Doutor Salazar ao poder...*”²⁸.

A quarta nota para referir que a formulação actualmente prevista no artigo 27.º da Lei Orgânica do Governo, foi consagrada pela primeira vez na Lei Orgânica do IX Governo Constitucional, aprovada pelo Decreto-Lei nº 344-A/83, de 25 de Julho. Até hoje nunca um Governo “se atreveu” a eliminá-la.

Neste contexto, pode-se concluir que “...*o legislador ordinário tem vindo a atribuir ao Ministro das Finanças a última palavra sobre as decisões do Conselho de Ministros que envolvam o citado aumento de despesas ou diminuição de receitas. Há aqui, por conseguinte, uma hipervalorização da exigência constitucional de intervenção dos*

²⁵ Ver a minha nota de rodapé n.º 17.

²⁶ Digo formal, para significar a sua consagração num texto legal. Segundo Paulo Otero, “...*a origem histórica imediata da solução adoptada pela Constituição de 1933 encontra-se nas designadas “Condições da Reforma Financeira” que conduziram o Doutor Oliveira Salazar, em 27 de Abril de 1928, a assumir o cargo de Ministro das Finanças...*”. Artigo citado, página 168.

²⁷ Cfr. Paulo Otero, artigo citado, página 172.

²⁸ Cfr. Paulo Otero, artigo citado, página 175. Na parte inicial deste artigo, o autor diz mesmo que “...*se todos os Ministros são iguais, a verdade é que o Ministro das Finanças é mais igual do que todos os outros Ministros...*”, página 165.

*Ministros competentes em razão da matéria sobre os diplomas governamentais*²⁹, acabando por se fazer prevalecer esta disposição no que diz respeito ao Ministro das Finanças sobre o próprio elenco geral de funções dos Ministros previsto no artigo 201.º, n.º 2...³⁰.

Demonstrado que está que o poder de veto do Ministro das Finanças tem uma sólida base histórica (e política), deve-se procurar recortar o respectivo regime jurídico. E sobre esta matéria, começo por dizer que o “...princípio geral é que todo e qualquer acto do Governo carece de intervenção do Ministro das Finanças, desde os decretos-leis e das propostas de leis a apresentar à Assembleia da República até aos regulamentos, actos administrativos e contratos da Administração Pública...”, sendo certo que “...perde qualquer relevância determinar se o acto governamental é o resultado da actuação singular ou conjunta dos membros do Governo ou, pelo contrário, o produto da sua actuação colegial através do Conselho de Ministros. Todo e qualquer acto do Governo que envolva os mencionados efeitos financeiros estará sempre sujeito à intervenção do Ministro das Finanças...”.

Mas mais, “...a circunstância da exigência de intervenção do Ministro das Finanças sobre os actos do Governo com reflexos financeiros se configurar como verdadeiro princípio integrante da Constituição financeira determina a proibição de se introduzir qualquer excepção individual: definido por via legal o âmbito de operatividade da intervenção do Ministro das Finanças, uma lei individual não pode derrogar essa exigência relativamente a certo acto concreto do Governo que envolve aumento de despesas ou diminuição de receitas (...)

Neste sentido, a norma legal que fixa a exigência de intervenção do Ministro das Finanças assume uma natureza reforçada, só podendo ser modificada por via normativa através de um acto legislativo de valor igual ou superior...”³¹.

Visto o regime jurídico do poder de veto que estou a analisar, e

²⁹ Cfr. CRP, artigo 200º, n.º 1, alínea f).

³⁰ Cfr. Paulo Otero, artigo citado, página 175. Note-se que o Conselho de Ministros tem competência para aprovar todos os actos do Governo com efeitos financeiros (cfr. artigo 200.º, n.º 1 da CRP). Mas o legislador ordinário, como adverte Paulo Otero, quis fazer depender do Ministro das Finanças a aprovação de dois actos integrados naquela competência: aumento de despesas ou diminuição de receitas.

³¹ Cfr. Paulo Otero, artigo citado, páginas 177 e 178.

seguindo o artigo de Paulo Otero que venho citando (e em parte reproduzindo), importa determinar qual o fim subjacente a esta intervenção do Ministro das Finanças.

“...Em primeiro lugar, deve entender-se que a mencionada competência de intervenção do Ministro das Finanças lhe permite exercer um controlo da legalidade sobre os efeitos financeiros dos actos do Governo sujeitos a essa mesma intervenção, designadamente aferindo da sua validade relativamente à Lei do orçamento, aos respectivos diplomas e às vinculações comunitárias...”

Em segundo lugar, e para efeitos do posição que venho sustentando este aspecto é fundamental, *“...a intervenção do Ministro das Finanças não se poderá circunscrever a aspectos de mera legalidade, compreendendo também o exercício do um controlo do mérito sobre a expressão financeira dos actos governamentais, isto segundo regras de economicidade e de boa administração da decisão pública. Por outras palavras, a intervenção do Ministro das Finanças sobre os actos do Governo constitui instrumento de garantia da unidade e compatibilidade das decisões dos diversos ministérios com a política financeira globalmente seguida pelo Governo e protagonizada pela acção do Ministro das Finanças...”*

Concluindo, *“...o controlo jurídico e político da solução financeira ou dos efeitos financeiros (efectivos ou presumíveis) do acto do Governo constitui o fim que preside ao exercício da competência de intervenção do Ministro das Finanças sobre tais actos que envolvem aumento de despesas ou diminuição de receitas...”*³².

Para terminar esta breve análise do poder de veto do Ministro das Finanças, importa determinar qual a consequência jurídica para a falta de intervenção do Ministro das Finanças e qual a natureza jurídica daquele poder de veto. Dentro da economia do presente artigo, direi apenas que subscrevo a posição de Paulo Otero para quem a intervenção do Ministro das Finanças surge como requisito de eficácia dos actos em

³² Cfr. Paulo Otero, artigo citado, páginas 178 a 180. A este propósito refira-se ainda que Paulo Otero defende que o controlo do mérito financeiro dos actos sujeitos à intervenção do Ministério das Finanças implica ainda *“...um juízo de prognose sobre as implicações futuras de tais actos em termos orçamentais no quadro da política financeira do Governo...”*.

causa, razão pela qual a sua falta origina a ineficácia do respectivo acto do Governo³³.

Já quanto à natureza do acto e para efeitos do presente artigo, importa proceder a uma análise mais aprofundada. É que, ao defender que o regime das PPP, designadamente os poderes de intervenção do Ministério das Finanças nele previsto, surgiu mais por razões de ordem política do que por necessidade de regulação jurídica da matéria em causa e, ao sustentar que mesmo criando um regime jurídico-legal que enquadrasse o recurso do Estado às PPP, o legislador não tinha que prever um regime procedimental tão “pesado”, burocratizante e fortemente dependente do Ministro das Finanças, tem toda a importância saber se o poder de veto em causa traduz o exercício de um poder político ou um poder de natureza diversa.

De facto, se estivermos perante um poder de natureza política, isso significa, na minha leitura e dentro da posição que venho sustentando, que em termos de “peso” político o regime das PPP pouco ou nada veio acrescentar ao Ministro das Finanças e, por consequência, ao Ministério das Finanças.

Dito isto, julgo que é evidente que não podemos estar perante um poder de natureza administrativa, ou dizendo melhor, um poder que se reconduza ao exercício da função administrativa. É que, como bem nota Paulo Otero, isso equivaleria a admitir que actos de natureza legislativa, como decretos-leis aprovados pelo Conselho de Ministros, estariam subordinados a uma decisão administrativa (recorde-se que o poder de veto do Ministro das Finanças recai sobre todo e qualquer acto de Governo que implique aumento de despesas ou diminuição de receitas).

Assim sendo, estamos perante um acto de natureza política, eu diria mesmo, que estamos perante a expressão política mais aguda do papel de proeminência que o Ministro das Finanças está legalmente vinculado a cumprir, ou seja, é a própria lei que reconhecendo o poder

³³ Para maiores desenvolvimentos, ver o artigo citado, páginas 181 a 186, especialmente a parte em que Paulo Otero afasta a possibilidade de tal falta de intervenção gerar anulabilidade dos actos em causa.

³⁴ Note-se aliás, que “...a própria qualificação ou determinação se um acto envolve aumento de despesas ou diminuição de receitas constitui ainda uma competência pertencente em termos exclusivos ao próprio Ministro das Finanças...”. Cfr. Paulo Otero, artigo citado,

de veto do Ministro das Finanças nos termos que tenho vindo a expor (seguindo, como já referi, o artigo de Paulo Otero), “convida” e vincula o Ministro das Finanças a assumir o poder em causa³⁴.

Este poder vem traduzir, na verdade, a subordinação da decisão económica à decisão financeira. “...*Na realidade, o procedimento de decisão intragovernamental de natureza económica com reflexos financeiros envolve em termos lógicos duas fases distintas:*

i) Numa primeira fase, o procedimento decisório desenvolve-se no âmbito da estrutura governamental competente sobre a respectiva área material do sector económico envolvido, competindo-lhe a tomada de decisão final;

*ii) Aprovado o acto pelo competente órgão do Governo, segue-se uma segunda fase procedimental, exigindo-se agora a intervenção do Ministro das Finanças através de um acto de “aprovação”, enquanto requisito de eficácia dos actos que envolvem aumento de despesas ou diminuição de receitas”*³⁵.

Nesta medida, aliás, o regime das PPP vem alargar ainda mais este poder de veto do Ministro das Finanças. Em rigor, o Ministro das Finanças tem agora o poder de, “...*em todas as etapas...*”, condicionar o desenvolvimento das PPP preparadas e estudadas por outros Ministérios, exercendo uma espécie de “poder de veto contínuo”, que ora suspende, ora declara, digamos assim.

Tudo visto, e em conclusão, julgo defensável o ponto de vista segundo o qual foram sobretudo mas não só, claro, razões de ordem política, de exercício da acção governativa, que levaram o Governo a criar normas gerais aplicáveis às PPP. A criação das mesmas foi, na verdade e conforme julgo ter demonstrado, o pretexto para condicionar e subordinar o recurso às PPP ao Ministério das Finanças, ao qual, a final, caberá emitir um juízo de mérito do Ministério que influencia “...*mesmo os termos e conteúdo da mesma...*”^{36 37}.

³⁵ Cfr. Paulo Otero, artigo citado, página 191.

³⁶ Cfr. Pedro Siza Vieira, artigo citado, página 146.

³⁷ Em reforço deste ponto, pode ler-se no Despacho Normativo n.º 35/2003, de 25 de Julho (publicado no DR n.º 191, I Série B, de 20 de Agosto de 2003), que de acordo com o regime estabelecido no regime das PPP, “...*cabem ao Ministro das Finanças importantes responsabilidades nos domínios da avaliação prévia, da definição das condições de lançamento, da conclusão do procedimento pré-contratual e da fiscalização e controlo da execução...*”.

E assim se decidiu porque, conforme já referi, o Ministério das Finanças pressentiu que não conseguiria disciplinar, controlar e fiscalizar o processo de criação da despesa pública no âmbito das PPP. Ou, dizendo melhor, percebeu que esse “combate” – na ausência de legislação específica e condicionadora –, seria travado no campo aberto das opções políticas, tornando-o, portanto, subjectivo, imprevisível e possivelmente incontrolável para o Ministério das Finanças.

É verdade que se pode contra-argumentar que esse “combate” continuará a ser travado no campo aberto das opções políticas: haverá sempre Ministros que pressionam do lado da despesa (todos os outros). Mas, com o regime das PPP, a natureza e a visibilidade desse “combate” mudou. É que agora o poder do Ministério das Finanças surge diluído num intrincado, complexo e burocratizante regime procedimental, perdendo a exposição (e conseqüente pressão mediática e política associada) que um instrumento normativo que tivesse em vista permitir, por exemplo, a construção de um Hospital numa zona necessitada, teria quando fosse a Conselho de Ministros. Agora, o poder de veto do Ministério das Finanças pode bloquear o processo de (eventual) criação de despesa pública, logo na sua fase inicial, conforme resulta dos artigos 8.º e seguintes do regime das PPP³⁸.

³⁸ Em sentido diferente à posição que venho sustentando, ver Teodora Cardoso, artigo citado, página 86 e 87. Esta autora retira do princípio de que o Estado não deve recorrer às PPP apenas para “...escamotear a realização de despesas públicas...”, mas sim em “...função da sua melhor adequação à finalidade em vista...”, a conseqüência ou conclusão de que o Ministério das Finanças deve intervir em “...todo o processo de decisão relativo a PPP: o facto de ele perder a capacidade de limitar as despesas no momento da sua realização, dados estas serem previamente contratualizadas, implica que intervenha na avaliação dos contratos e na própria opção pela parceria...”. Com o devido respeito, esta posição não colhe. Em primeiro lugar, o Ministério das Finanças não perde a capacidade de limitar as despesas no momento da sua realização, por estas serem previamente contratualizadas: não só este tipo de contratos são normalmente subscritos pela tutela financeira, como mantém sempre o poder de veto, actualmente previsto no artigo 27.º da Lei Orgânica do Governo. De resto, e em segundo lugar, o Ministério das Finanças está sempre presente em todas as PPP, como aliás não poderia deixar de ser.

b) O DECRETO-LEI 86/2003, DE 26 DE ABRIL E RESPECTIVA LEGISLAÇÃO COMPLEMENTAR.

ORGANIZAÇÃO SISTEMÁTICA DO DIPLOMA

i) O Decreto-Lei n.º 86/2003, de 26 de Abril está organizado em quatro capítulos, nos termos que a seguir descrevo.

ii) *O Capítulo I trata das disposições gerais do diploma* e integra o artigo 1.º (objecto), o artigo 2.º (Definição de parceria público-privada e âmbito de aplicação), o artigo 3.º (prevalência do regime geral e abertura à existência de regimes sectoriais especiais), o artigo 4.º (finalidades essenciais a prosseguir pelos parceiros públicos quando recorrem às PPP), o artigo 5.º (fixação da regra fundamental na repartição de responsabilidades entre o parceiro público e o parceiro privado), o artigo 6.º (pressupostos a que devem obedecer o lançamento e a contratação de qualquer parceria público-privada) e o artigo 7.º (fixa os princípios a que deve obedecer a partilha de riscos entre o parceiro público e privado, determinando a obrigatoriedade da sua identificação e contratualização).

iii) *O Capítulo II diz respeito à avaliação das parcerias* e é composto pelo artigo 8.º (preparação e estudo das parcerias), o artigo 9.º (regras sobre a comissão de avaliação das propostas), o artigo 10.º (regras formais e substantivas sobre o lançamento da parceria) e o artigo 11.º (regras sobre a adjudicação e previsão de uma reserva de não atribuição).

iv) *O Capítulo III prevê as regras sobre a fiscalização* e acompanhamento das parcerias, sendo constituído pelo artigo 12.º (fiscalização das parcerias), o artigo 13.º (acompanhamento global das parcerias) e pelo artigo 14.º (regras aplicáveis nas alterações às parcerias).

v) *O Capítulo IV cuida das disposições finais*, integrando o artigo 15.º (abertura à delegação e subdelegação de competências), o artigo 16.º (aplicação imediata), o artigo 17.º (alterações ao Decreto-Lei n.º 185/2002, de 20 de Agosto), o artigo 18.º (norma revogatória) e o artigo

19.º (entrada em vigor).

vi) Na exposição e análise que farei de seguida, vou procurar seguir a sistematização adoptada pelo legislador, embora nem sempre seja possível. Com efeito, para dar um exemplo, o legislador previu e concretizou no artigo 6.º os pressupostos a que deve obedecer o lançamento e contratação de qualquer PPP (Capítulo I). Mas, no artigo 8.º, n.º 2, previu e concretizou outro desses pressupostos (Capítulo II).

CAPÍTULO I – AS DISPOSIÇÕES GERAIS

i) No artigo 1.º (que tem de ser lido e interpretado em conjugação com o artigo 2.º), fixou-se que o “...*presente diploma tem por objecto a definição de normas gerais aplicáveis à intervenção do Estado na definição, concepção, preparação, concurso, adjudicação, alteração, fiscalização e acompanhamento global das PPP...*”.

Neste artigo 1.º é importante, desde logo, o seguinte: o acento tónico está na definição de normas gerais aplicáveis à intervenção do Estado e, sublinhe-se, à intervenção do Estado. É por esta razão que alguns autores referem que o legislador limitou-se a “...*regular aspectos procedimentais das PPP...*”³⁹. Ainda que, com o devido respeito, esta afirmação não resista a uma leitura mais atenta do diploma⁴⁰, a mesma permite-me chamar a atenção, novamente, para o seguinte aspecto: a criação do Decreto-Lei n.º 86/2003, de 26 de Abril, não obedeceu tanto a uma necessidade de regulação jurídica da matéria em causa, mas a razões de ordem política já referidas.

Com efeito, a Lei de Enquadramento Orçamental já exigia que todas as decisões de lançamento de procedimentos com vista ao estabelecimento de PPP, fossem objecto de prévia comparação com o recurso ao modelo clássico de gestão pública. Mas, fê-lo numa lógica estritamente financeira, para utilizar uma expressão do Prof. Eduardo Paz Ferreira e

³⁹ Cfr. Eduardo Paz Ferreira e Marta Rebelo, artigo citado, página 6.

⁴⁰ Cfr. refere Pedro Siza Vieira, “...*O Decreto-Lei n.º 86/2003 contém, relativamente aos contratos que qualifica como PPP, regras de natureza orgânica, procedimental e material...*”. Para indicar um exemplo, os princípios sobre partilha de riscos são inequivocamente de natureza material (artigo 7.º).

da Dra. Marta Rebelo. Ora, “...*O Decreto-Lei nº 86/2003 pretende, no entanto, ir mais longe e estabelecer os termos concretos em que deverá ser efectuada aquela comparação – o que procura lograr estabelecendo a obrigatoriedade do envolvimento institucional do Ministério das Finanças na realização dos estudos preparatórios com vista ao lançamento de qualquer parceria ou de alteração das existentes e, em geral, com a institucionalização de uma entidade concretamente determinada para essa tarefa...*”⁴¹. Ou seja, a preocupação essencial do diploma é assegurar a intervenção em todo o processo do Ministério das Finanças. É também esta a razão pela qual as regras de natureza orgânica e procedimental são formuladas em termos mais estritos e vinculativos, ao passo que as regras de natureza material têm “...*conteúdo mais vago e indeterminado, conferindo à Administração alguma margem de livre apreciação e decisão na sua aplicação às diversas circunstâncias...*”^{42 43}.

A leitura e interpretação do regime das PPP olhada desta perspectiva permite, também, ultrapassar uma outra observação crítica que tem sido feita: “...*a de que o regime português não presta a suficiente atenção ao financiamento dos programas de parceria, que constitui um aspecto central destas operações...*” Com efeito, a “...*ausência de uma previsão das várias fontes de financiamento aceitáveis é, porventura,*

⁴¹ Cfr. Pedro Siza Vieira, artigo citado, página 133.

⁴² Cfr. Pedro Siza Vieira, artigo citado, página 146.

⁴³ Contudo, em termos conceptuais, faz todo o sentido que as normas substantivas, no fundo aquelas que vão conformar cada relação contratual que se estabeleça no quadro de uma PPP, sejam apenas tendencialmente vinculativas: é que na própria negociação o acordo de vontades pode determinar uma partilha de riscos que, à partida, poder-se-ia pensar não alcançável. Aliás, parece que é a cogitar neste tipo de situações, que o legislador estabeleceu no artigo 7.º, alínea c) que “...*deverá ser evitada a criação de riscos que não tenham adequada justificação na redução significativa de outros riscos existentes...*”, isto é, o legislador teve a percepção de que não deveria “amarar” a negociação das PPP em concreto, sob pena de, no limite, impedir que diferentes combinações de risco permitissem alcançar um resultado mais positivo para ambos os parceiros. No mesmo sentido, pode ler-se no Livro Verde da Comissão sobre as PPP e o Direito Comunitário em Matéria de Contratos Públicos e Concessões que “...*a distribuição precisa dos riscos efectuar-se-á caso a caso, em função das capacidades respectivas das partes em causa para os avaliar, controlar e gerir...*” (livro disponível em http://europa.eu.int/comm/internal_market/publicprocurement/ppp_en.htm).

uma falha da lei quadro nesta matéria, assim como se pode admitir que houvesse lugar ao tratamento da fiscalidade das PPP, designadamente através da previsão de benefícios fiscais..."⁴⁴.

De facto, para o Ministério das Finanças pouco releva saber, digamos assim, o modo e a forma como os parceiros privados vão financiar o objecto da parceria. Decisivo é sim que o Ministério das Finanças possa condicionar o desenvolvimento da parceria, de acordo com os pressupostos, regras e objectivos fixados no regime das PPP. Isto é, não é pela ausência de regras atinentes ao financiamento dos programas de parceria que o Ministério das Finanças vê diminuída a sua capacidade de conformação do desenvolvimento da mesma. Aliás, autores há – como Pedro Siza Vieira – que afirmam mesmo que “...apesar de se formularem um conjunto de pressupostos ou de objectivos para as PPP, eles não são absolutos e admitem excepções; ponto é que o Ministro das Finanças possa concordar com essas excepções...”.

Contudo, outra questão é se, estando o(s) Governo(s) em algumas Parcerias Público Privadas confrontado(s) com projectos que oneram sucessivos Orçamentos de Estado e gerações (p. ex., SCUTS), os instrumentos que viabilizam as mesmas não deveriam, pelo menos, passar pelo crivo da Assembleia da República e do Presidente da República, propiciando um maior controlo da despesa pública, por um lado; e por outro lado, uma maior legitimação política e democrática à decisão política do executivo subjacente ao recurso a cada uma das PPP em concreto^{45 46 47}.

⁴⁴ Cfr. Eduardo Paz Ferreira e Marta Rebelo, artigo citado, página 24.

⁴⁵ E não se diga que, tendo o partido que suporta o Governo maioria absoluta no Parlamento, de pouco servirá o crivo parlamentar. Se, do actual sistema eleitoral e político uma das possibilidades – tidas como aceitáveis do ponto de vista da legitimidade democrática e política – é a formação de uma maioria absoluta de um só partido, então o Parlamento não vê, em circunstância nenhuma, o seu papel diminuído.

⁴⁶ A este respeito, o Governador do Banco de Portugal, Dr. Vítor Constâncio, afirmou recentemente que “...os encargos plurianuais assumidos pelo Estado sejam “transparentes e conhecidos publicamente desde o início dos projectos...” (...) sendo “...também desejável a definição prévia de limites aos montantes que o Estado pode comprometer para o futuro, por forma a preservar margem de liberdade à política de investimento futura...”. Estas afirmações foram feitas no âmbito do VI Congresso Nacional de Transporte Rodoviário, conforme nos relata o “Público”, edição de 15 de Março de 2005.

⁴⁷ Sobre os (eventuais) problemas de desorçamentação e suas implicações a que o recurso às PPP pode estar associado, ver Eduardo Paz Ferreira e Marta Rebelo, artigo citado, páginas 10 a 13. Para um breve ensaio sobre dimensão mais política deste problema, ver o artigo escrito por Gaspar Arinõ Ortiz, “Aspectos Jurídico-Políticos del Problema”, in “La Financiación Privada de Obras Publicas, Editorial Civitas, 1997, páginas 21 a 28.

O segundo aspecto que importa determinar, é saber em que sentido é que a palavra Estado está usada: em sentido amplo (abrangendo também, portanto, a Administração Autónoma, logo, as Autarquias Locais) ou em sentido restrito? A resposta a esta interrogação só pode ser encontrada recorrendo ao artigo 2.º. Neste artigo, o legislador estabelece que parceiros públicos são o Estado e entidades públicas estaduais, os fundos e serviços autónomos e as empresas públicas e as entidades por elas constituídas com vista à satisfação de interesses comuns. Assim, como é bom de ver, a palavra Estado está utilizada em sentido restrito porque, se assim não fosse, o legislador não teria necessidade de prever que parceiros públicos são também outras entidades de natureza estadual: já estariam incluídos.

ii) No artigo 2.º, devemos começar por analisar a própria definição de PPP encontrada pelo legislador. Neste ponto importa dizer que um conceito tão lato de PPP pode ser justificado, por exemplo, para evitar limitar a criatividade de todos os “actores” envolvidos neste tipo de processos, como defendem Eduardo Paz Ferreira e Marta Rebelo. Ou, em alternativa, pode ser apenas mais uma manifestação da necessidade de o Ministério das Finanças controlar o processo de criação de despesas pública: “quanto lá mais couber, tanto melhor”⁴⁸.

Contudo, para além disso, importa destacar os três aspectos seguintes:

Em primeiro lugar, “...a definição legal não atende ao modo de remuneração do parceiro privado. Assim, pode estar-se na presença de

⁴⁸ Pedro Siza Vieira (artigo citado, página 151) observa certamente se “...valerá a pena questionar se se justifica uma definição tão abrangente relativamente a contratos ou modalidades de contratação que correspondem, afinal, a modos tradicionais de contratação administrativa, uma vez que o regime instituído pelo diploma determina necessariamente a dilação no tempo da decisão de abertura de procedimento de contratação e de celebração do contrato e, por outro lado, o aumento de encargos em que a Administração – e os particulares – incorrem com a celebração de tais contratos...”. A constatação desta “incongruência” serve também para reforçar a tese principal deste artigo, segundo a qual a criação de normas gerais aplicáveis às PPP deveu-se sobretudo a razões de ordem política.

uma PPP quer o parceiro privado seja remunerado pelos utentes, quer o seja pela entidade pública contratante, quer por ambos..."^{49 50}.

Em segundo lugar, o legislador optou por não ver nas PPP qualquer nova forma de contrato, como resulta quer do n.º 4 do artigo 2.º, onde se previram os vários tipos contratuais abrangidos pelo diploma em causa^{51 52}, quer do artigo 10.º onde se estabeleceu que o lançamento da parceria será feito nos "...*termos do procedimento prévio à contratação aplicável...*";

Em terceiro lugar, a definição encontrada pelo legislador pode ser desdobrada em quatro elementos⁵³, a saber:

– Duração da relação contratual – as PPP corporizam-se através de contratos de execução continuada;

– Objecto das parcerias Público Privadas – Desenvolvimento, pelo parceiro privado⁵⁴, de uma actividade apta a satisfazer uma necessidade colectiva;

– Satisfação de uma necessidade colectiva;

– Meios – O financiamento e a responsabilidade pelo investimento e pela exploração incumbem, no todo ou em parte, ao parceiro privado.

iii) No n.º 3 do artigo 2.º, o legislador português criou uma figura que já foi designada por *Parceria Público-Públicas*⁵⁵.

⁴⁹ Cfr. Pedro Siza Vieira, artigo citado, página 137.

⁵⁰ Em sentido contrário, ver Rui Chancerelle de Machete, "O âmbito de aplicação das Parcerias Público – Privadas", artigo que pode ser consultado em www.plmj.com.

⁵¹ Sobre os tipos contratuais subjacentes ao Decreto-Lei n.º 86/2003, de 26 de Abril, Cfr. o artigo de Pedro Siza Vieira, em especial páginas 143 a 146.

⁵² No mesmo sentido, Pedro Siza Vieira e Eduardo Paz Ferreira/ Marta Rebelo, artigos citados.

⁵³ Sigo aqui a análise feita por Pedro Siza Vieira, artigo citado. Para maiores desenvolvimentos sobre este aspecto, ver o artigo em causa, em especial páginas 136 a 142.

⁵⁴ Contudo, ver o n.º 3 do artigo 3.º, onde legislador fixou que "*o presente diploma é igualmente aplicável a todas as parcerias em que o equivalente ao parceiro não público seja uma empresa pública, uma cooperativa ou uma instituição privada sem fins lucrativos*".

⁵⁵ Cfr. Alexandra Pessanha e Fernando Xarepe Silveiro, "Estudo do Decreto-Lei n.º 86/2003, de 26 de Abril, regime jurídico procedimental das PPP", in *Revista do Tribunal de Contas* n.º 40, página 54. Note-se que os artigos publicados nesta revista "...*SÃO ÚNICA E EXCLUSIVAMENTE DA RESPONSABILIDADE DOS SEUS AUTORES...*", conforme adverte a Direcção da Revista do Tribunal de Contas.

A criação desta figura, num diploma que foi pensado em função da associação entre um ente público e um ente privado, causa alguma perplexidade, perplexidade reforçada pelo facto de o legislador – inexplicavelmente – não ter sentido necessidade de clarificar o modo como alguns princípios do regime das PPP seriam aplicados. É que, como notam bem Alexandra Pessanha e Fernando Xarepe Silveiro, “...*princípios como a repartição de responsabilidades, partilha de riscos e o acréscimo de eficiência na afectação de recursos públicos colocam questões de resolução difícil quando estivermos em presença de parcerias público-públicas, sujeitas à aplicação deste decreto-lei...*”^{56 57}.

A explicação para a criação desta figura “anómala” não é evidente. Mas não custa tentar encontrar algumas pistas de solução recorrendo, para este efeito, a dois exemplos.

O primeiro exemplo foi suscitado por Alexandra Pessanha e Fernando Xarepe Silveiro e tem que ver o regime jurídico do sector empresarial do Estado e das empresas públicas, Decreto-Lei nº 558/99, 17 de Dezembro. Dizem-nos estes autores que “...o diploma que corporiza actualmente o regime jurídico do sector empresarial do Estado faz referência à existência de “empresas encarregadas da gestão de serviços de interesse económico geral...”, sendo que “...os termos em que esta gestão é atribuída e exercida constarão do contrato de concessão...”. Ora, daqui concluem que “...atendendo, por um lado, a que o novo regime geral das PPP (...) se aplica também às denominadas parcerias público-públicas (...), e por outro lado, que de entre os instrumentos de regulação jurídica das parcerias constam quer o contrato de concessão de serviço público, quer o contrato de gestão, parece não se

⁵⁶ Cfr. Alexandra Pessanha e Fernando Xarepe Silveiro, artigo citado, página 55.

⁵⁷ Parece que, num âmbito de uma Parceria Público – Pública entre, por exemplo, o Estado e a Caminho de Ferro Portugueses, S.A., o Estado não poderá avaliar ou de qualquer modo servir de suporte aos investimentos ou financiamento sufragados pelo parceiro, sob pena de esvaziamento total do regime das PPP. Esta circunstância, atenta a dimensão social do nosso Estado de Direito que, no domínio dos transportes públicos, é prosseguida através de empresas públicas que prestam Serviços de Interesse Económico Geral, aconselha a que se elimine a criação das Parcerias Público-Públicas: cumpra-se e “regulamente-sc” convenientemente o Decreto-Lei n.º 558/99, de 17 de Abril, designadamente o artigo 19.º e o artigo 21.º, em especial o seu n.º 4 onde se prevê que “o regime das indemnizações compensatórias consta de decreto-lei especial”.

encontrar outra resposta cabal que a não a de considerar que também estes contratos se afiguram como verdadeiras parcerias, nestes casos, entre entes públicos...”.

Prosseguindo o seu raciocínio, os referidos autores referem que “...a verdadeira parceria se corporiza através do contrato de concessão a que se refere o art. 19.º, n.º 2 do Decreto-Lei n.º 558/99, sendo este contrato de concessão que terá de seguir os procedimentos a que se refere o Decreto-Lei n.º 86/2003...”, sendo certo que “...os contratos mencionados no art. 21.º do regime jurídico do sector empresarial do Estado, i.e., os contratos através dos quais o Estado atribui indemnizações compensatórias às empresas encarregadas da gestão de serviços de interesse económico geral (...) nunca poderão deixar de estar previstos no contrato de concessão (que identificámos como a parceria), pois são uma componente identificadora dos termos em que esta é atribuída e exercida...”^{58 59}.

Este primeiro exemplo serve para demonstrar o seguinte: no recurso às PPP, o Estado está obrigado a cumprir a exigência constante do n.º 2 do artigo 16.º da Lei de Enquadramento Orçamental (Princípio do Comparador do Sector Público), devendo referir-se, novamente, a possibilidade do Ministro das Finanças vetar qualquer acto que implique aumento de despesas ou diminuição de receitas.

Como procurei demonstrar, o Ministério das Finanças promoveu a criação das normas gerais aplicáveis às PPP, de forma a controlar e conformar todo o processo de criação de despesa pública no âmbito destes procedimentos, isto é, os poderes do Ministro das Finanças não eram suficientes porque, como afirmou o Dr. Miguel Frاسquilho “...apesar de até aqui o Ministério das Finanças se encontrar presente em todos os projectos de “project finance” ou PPP, tal não acontecia quer em todas as etapas, quer por uma equipa competente e com know-how adequado para esse efeito...”.

⁵⁸ Cfr. Alexandra Pessanha e Fernando Xarepe Silveiro, artigo citado, páginas 31 e 32.

⁵⁹ Nesta matéria, tenha-se presente que não são apenas as empresas públicas que prestam serviços de interesse económico geral. Com efeito, “...o legislador expressamente previu a gestão de serviços de interesse económico geral por parte de empresas que não são entidades públicas empresariais, nem tão pouco empresas públicas...” — Rui Guerra da Fonseca, “Autonomia Estatutária das Empresas Públicas e Descentralização Administrativa”, Almedina, 2005, página 133. A Fertagus (“o comboio da ponte”) é, porventura, o exemplo mais qualificado desta realidade.

Ora, no referido artigo 21.º, no seu n.º 3, previu-se que “os contratos a que se refere o presente artigo, que envolvam a assunção de obrigações ou de compromissos financeiros por parte do Estado ou de outras entidades públicas, deverão prever a respectiva quantificação e validação, cabendo aos serviços competentes do Ministério das Finanças a emissão de parecer prévio à sua celebração, bem como o acompanhamento geral das suas cláusulas financeiras.” Mas, também isto não foi considerado suficiente porque, como resulta do teor do mesmo, o Ministério das Finanças não acompanha o processo em todas as suas fases. A partir do regime das PPP, já acompanha, conforma, limita, condiciona e, a final, emite um juízo de mérito que pode condicionar os termos e conteúdo dos contratos em causa^{60 61 62 63}.

O segundo exemplo para tentar compreender a criação de Parceria Público-Públicas prende-se com a resposta à seguinte questão: o parcei-

⁶⁰ Contudo, aparentemente contrariando a posição defendida no texto, ver a Resolução de Conselho de Ministros n.º 150/2004, n.º 9, publicada no DR, I Série B, n.º 256, de 30.10.2004, nos termos do qual se estabelece que os conselhos de administração das empresas públicas de transportes têm 75 dias para propor à tutela os modelos para celebração dos “...contratos de gestão previstos no Decreto-Lei n.º 558/99, de 17 de Dezembro...” — alínea a —, e a tutela tem 90 dias para outorgar os contratos em causa — alínea b). Como é bom de ver, estes prazos parecem ser incompatíveis com a tramitação complexa prevista no regime das PPP.

⁶¹ Do ponto de vista financeiro, o impacto que esta assunção de despesa representa para o Estado não parece ter sido nem pressentido e, claro está, nem quantificado (logo orçamentado) situação que não deixa de ser paradoxal num diploma que tem, entre outros objectivos, extrair das PPP “...todo o valor implícito, em termos de racionalização, previsibilidade e legitimação da realização de despesa pública...”.

⁶² A contratualização das denominadas “obrigações de serviço público” é uma medida positiva, não é isso que contesto. O ponto aqui é outro: a pretexto de um diploma sobre PPP, o legislador criou uma figura nova — a Parceria Público-Públicas — alargando assim o campo de intervenção do Ministério das Finanças sobre a determinação do montante e do modo de atribuição das “indenizações compensatórias”. Assim, para efeitos do presente artigo, isto serve para ilustrar que foram sobretudo razões de ordem política — já descritas — que estiveram na base da criação do regime das PPP.

⁶³ Contudo, contrariando a posição defendida no texto, a atribuição de indemnizações compensatórias às empresas que prestam Serviços de Interesse Económico Geral, já depois da publicação do regime das PPP continuou a ser feita por Resolução de Conselho de Ministros, sem obediência a qualquer outro critério que não o das necessidades financeiras das empresas abonadas, independentemente de qualquer tipo de contratualização e claro, sem seguir o regime procedimental previsto no regime das PPP.

ro público – empresas públicas – também inclui as empresas públicas municipais⁶⁴?

A questão não é meramente académica se pensarmos que nos termos do n.º 3, alínea a) do artigo 3.º da Lei n.º 58/98, de 18 de Agosto (Lei-Quadro das Empresas Municipais, Intermunicipais e Regionais), consideram-se “...*Empresas Públicas, aquelas em que os municípios, associações de municípios ou regiões administrativas detenham a totalidade do capital...*”, isto é, o legislador parece também ter querido abarcar esta realidade. Mas em que sentido? Na minha leitura, julgo que uma interpretação aceitável é considerar que nas situações em que o regime das PPP se aplique, uma associação entre o Estado e uma Empresa Pública Municipal estará sujeito ao Decreto-Lei n.º 86/2003, de 26 de Abril.

Neste contexto, e presente o impacto financeiro que este tipo de contratualização pode representar (até pelo leque muito vasto de empresas públicas municipais), julgo ser defensável que, também aqui, o Ministério das Finanças quis encontrar uma forma de controlar o processo de (eventual) criação de despesa pública.

Assim, também este segundo exemplo serve para ilustrar que a razão principal para a criação do regime das PPP não se prendeu (tanto) com a necessidade de regulação jurídica da matéria, mas sim com razões de ordem política já identificadas e explicadas.

⁶⁴ Na minha leitura, o regime das PPP não se aplica às empresas públicas municipais quando estas, por exemplo, se associam a uma empresa de capitais públicos, na acepção do n.º 3, alínea b), do artigo 1.º da Lei n.º 58/98, de 18 de Agosto. Uma “subordinação” ao Ministério das Finanças como a prevista no regime das PPP, não será certamente compatível com o princípio da autonomia do poder local consagrado constitucionalmente. Para maiores desenvolvimentos teóricos sobre estas matérias (SIEG, EP e EPM) ver Carlos Soares Alves “Os Municípios e as parcerias Público-Privadas: Concessões e Empresas Municipais”, edição da Associação dos Técnicos Administrativos Municipais (www.atam.pt); Rui Guerra da Fonseca, obra citada; João Pacheco de Amorim, “As Empresas Públicas no Direito Português, em especial as Empresas Municipais”, Almedina 2000; J. M. Coutinho Abreu “Privatização de Empresas Públicas e Empresarialização Pública”, in *Miscelâneas*, n.º 3, Almedina 2004 e “Sobre as novas empresas públicas – notas a propósito do DL n.º 558/99 e da L 58/98, Coimbra Editora 2002; “Estudos sobre o Novo Regime do Sector Empresarial do Estado”, Almedina 2000, e “Estudos de Regulação Pública I”, Coimbra Editora, 2004.

iv) Para terminar a análise sobre o artigo 2.º, importa referir que no seu n.º 5, o legislador previu a exclusão da aplicação do regime das PPP às empreitadas de obras públicas – alínea a) –, aos arrendamentos – alínea b) –, aos contratos públicos de aprovisionamento – alínea c) – e a todos os outros contratos de fornecimento de bens ou de prestação de serviços, com prazo de duração igual ou inferior a três anos, que não envolvam a assunção automática de obrigações para o parceiro público no termo ou para além do contrato – alínea e) –. Esta última situação e a prevista na alínea d) merecem uma análise mais demorada.

Na situação de exclusão de aplicação do regime das PPP prevista na alínea e), do n.º 5 do artigo 2.º, é preciso clarificar o seguinte.

O regime das PPP só não se aplica se os contratos em causa⁶⁵ não envolverem a assunção automática de obrigações para o parceiro público no termo ou para além do contrato. Caso contrário, o regime das PPP aplica-se (interpretação *a contrario*).

Esta interpretação – que julgo defensável face ao texto da lei – contraria aparentemente a definição de PPP fixada pelo legislador, mais concretamente o carácter duradouro das obrigações do parceiro privado para com o parceiro público. Como explicar esta aparente contradição?

Na minha leitura, este é mais um dos exemplos que demonstra a natureza fundamentalmente política do regime das PPP, nos termos que já procurei evidenciar. Com efeito, a sujeição ao regime das PPP de contratos que apesar de serem inferiores a três anos – e em que à partida o legislador parece presumir que não envolverão um encargo acumulado actualizado igual ou superior a 10 milhões de euros ou um investimento igual ou superior a 25 milhões de euros, excluindo-se destes montantes os provenientes de fundos comunitários – n.º 5 alínea d) do artigo 2.º – justifica-se, segundo a óptica do legislador, quando no termo ou para além do termo do contrato envolverem para o parceiro público a assunção automática de obrigações. Na realidade, aqui o legislador “deixa cair” um dos elementos da definição prevista no n.º 1 do artigo 2.º – o carácter duradouro das obrigações do parceiro privado para com

⁶⁵ Para além dos previstos no n.º 4 do mesmo artigo, a saber, Contrato de Fornecimento Contínuo e Contrato de Prestação de Serviços (o legislador refere “...*todos os outros contratos de fornecimento de bens ou de prestação de serviços...*”).

o parceiro público – relevando sobretudo a extensão das obrigações daquele (para com o parceiro privado) no termo ou para além do termo do contrato. Quando assim for, o processo de criação dessa despesa pública tem que estar subordinado à presença dominante e prevalente do Ministério das Finanças⁶⁶.

A alínea d) do n.º 5 do artigo 2.º é de grande importância. Relembro o seu conteúdo transcrevendo-a: “...*Excluem-se do âmbito de aplicação do presente diploma (...) todas as parcerias público-privadas que envolvam um encargo acumulado actualizado inferior a 10 milhões de euros ou um investimento inferior a 25 milhões de euros, excluindo-se destes montantes os provenientes de fundos comunitários...*”.

A primeira nota que deve ser salientada é a de que, ao contrário das restantes alíneas do n.º 5 do artigo 2.º, esta é a única situação de exclusão de aplicação genérica, isto é, enquanto todas as outras se referem a situações específicas (arrendamentos, empreitadas de obras públicas, contratos públicos de aprovisionamento, etc.), esta norma aplica-se a todo o tipo de contratos em que se podem traduzir ou corporizar as PPP.

A segunda nota revela que para o legislador a qualificação como PPP não depende de estarmos perante um encargo acumulado actualizado igual ou superior a 10 milhões de euros ou um investimento igual ou superior a 25 milhões de euros. De facto, mesmo quando assim não é, o legislador continua a qualificá-las como PPP. Simplesmente exclui-as da aplicação do regime das PPP.

Esta situação não tem interesse meramente intelectual ou académico. É que isto significa que o conceito de PPP previsto no artigo 2.º é e será operacional, quando for caso disso, fora do quadro próprio do

⁶⁶ Note-se que esta minha interpretação parte do pressuposto de que nos casos previstos – *a contrario* – na alínea e) do n.º 5 do artigo 2.º, isto é, quando no fim do contrato ou para além do seu termo o parceiro público assumir automaticamente obrigações (que leio como tratando-se fundamentalmente de encargos financeiros), essa situação só determinará a sujeição ao regime das PPP se e quando os encargos envolverem um encargo acumulado actualizado igual ou superior a 10 milhões de euros ou um investimento igual ou superior a 25 milhões de euros. Se assim não fosse, isso significaria que a alínea e) consagraria uma excepção à excepção, isto é, o regime das PPP aplicar-se-ia, mesmo se coubesse dentro da excepção prevista na alínea d) do n.º 5 do artigo 2.º. Ora, não parece ter sido esta a intenção do legislador.

regime das PPP. Um exemplo: se e quando o legislador decidir legislar sobre as formas de financiamento aceitáveis no quadro das PPP prevenindo, por exemplo, o recurso ao mercado obrigacionista por parte dos parceiros privados; a concessão de benefícios fiscais, etc., o conceito que terá de adoptar para esse efeito é o previsto no artigo 2.º. Esta posição – que julgo razoável – é reforçada pela circunstância de o legislador ter previsto no n.º 1 do artigo 3.º que “...o disposto no presente diploma prevalece sobre quaisquer outras normas, relativas a parcerias público-privadas, tal como definidas no artigo 2.º...”⁶⁷.

A terceira nota prende-se com a necessidade de clarificar o que se deve entender por “...encargo actualizado inferior a 10 milhões de euros...” e “...investimento inferior a 25 milhões de euros...”.

Com efeito, e “socorrendo-me” do que a este respeito já se escreveu⁶⁸, o legislador apela aqui a “...critérios de esforço económico e financeiro...”, sendo que se trata de “...expressões cuja utilização não é prática na linguagem utilizada nas finanças públicas...”. Contudo, encargo acumulado “...traduz o esforço que é pedido aos dinheiros públicos no decurso da totalidade da parceria público-privadas...” e investimento parece significar a “...totalidade dos montantes envolvidos na parceria, i.e., o esforço conjunto que representa a participação quer dos privados, quer mesmo dos entes públicos. Ou seja, o que aqui se representa é o montante total envolvido na realização do projecto e não apenas o correspondente, num sentido mais técnico ou contabilístico, à formação bruta de capital fixo...”.

v) No artigo 3.º, e para além da regra da prevalência já referida anteriormente (prevista no n.º 1), importa destacar a abertura à criação de regimes sectoriais especiais (prevista no n.º 2), desde que não criem normas que colidam com “...as disposições do presente diploma...”.

Neste contexto, um qualquer regime sectorial poderá ser criado

⁶⁷ Assim sendo, a primeira parte do n.º 1 do artigo 2.º tem que ser lida e interpretada de forma sistemática, não podendo, portanto, ser interpretada de forma literal, “para os efeitos do presente diploma, entende-se por parceria público-privada...”. De facto, este segmento da norma tem que ser lido de forma conjugada com a alínea d) do n.º 5 do mesmo artigo, e com o n.º 1 do artigo 3.º, conforme procurei evidenciar.

⁶⁸ Cfr. Alexandra Pessanha e Fernando Silveiro, artigo citado, página 49.

quando: (1) a especificidade de determinado sector o justifique (2) e se o mesmo se revele necessário ou conveniente, (3) em virtude das características particulares do sector em causa, (4) para assegurar a prossecução dos fins (5) e o cumprimento dos pressupostos gerais de constituição das parcerias público-privadas. Convenhamos que esta formulação legal é suficientemente vaga e indeterminada para, porventura, inibir qualquer iniciativa nesse sentido. E, bem vistas as coisas, a margem de manobra parece ser mais reduzida do que à primeira vista se poderia supor⁶⁹. Senão vejamos.

O legislador permite a criação de regimes sectoriais especiais, mas com uma limitação de grande alcance: desde que os regimes não contenham normas (e parece que também princípios) que não colidam com as disposições do regime das PPP. Para se perceber melhor o alcance desta abertura pode-se (ou deve-se) recorrer ao preâmbulo.

De facto, no preâmbulo o legislador refere que: “...*optou-se por uma concepção em que o regime ora aprovado funcionará como um regime de cúpula, que se atém ao essencial da disciplina que se pretende instituir (...) contendo numerosas normas de natureza supletiva...*”. Logo a seguir refere que “...*prevê-se, assim, a existência de regimes sectoriais, mas que surgirão com uma função complementar deste e não derogatória...*”. Ora se o regime se atém ao essencial da disciplina e os regimes sectoriais têm uma função complementar e não derogatória, o que for estruturante do regime das PPP não pode ser contrariado. Logo, num diploma com 19 artigos, existirão, ao que parece, numerosas normas de natureza imperativa. Acresce que algumas normas que indiciam ser supletivas são na verdade imperativas, como por exemplo o disposto no artigo 5.º, como procurarei explicar mais adiante.

Assim sendo, parece que um qualquer regime sectorial não poderá por em causa o seguinte: a definição de PPP prevista no artigo 2.º; os fins previstos no artigo 4.º; a repartição de responsabilidades previstas

⁶⁹ Tentando clarificar melhor este argumento. A minha posição não é a de desvalorizar a possibilidade aberta pelo legislador: julgo que é positiva e poderá ser muito virtuosa em alguns aspectos, como procurarei demonstrar já de seguida. O que tento evidenciar é que grande parte do regime das PPP não pode ser contrariado, excepcionado, mas tão só complementarizado. Um exemplo: não me parece que a regra, segundo a qual a partilha de riscos entre as entidades públicas e privadas deve estar claramente identificada contratualmente possa ser afastada (e ainda bem que assim é).

no artigo 5.º; os pressupostos fixados no artigo 6.º; os princípios sobre a partilha de riscos definida no artigo 7.º; o regime jurídico procedimental fixado no diploma, isto é, o papel do Ministério das Finanças nesse regime, designadamente o previsto no artigo 8.º e 14.º. A não ser assim, o regime das PPP deixaria de ser o regime de aplicação principal e, no limite e perante a existência de vários regimes sectoriais especiais, passaria a ser um regime de aplicação subsidiária. Ora, com base no acima exposto, não parece ter sido esta a intenção do legislador⁷⁰.

Contudo, no n.º 3 da disposição legal em causa, o legislador prevê que os regimes sectoriais referidos no número anterior podem compreender:

- Princípios e regras económicos, financeiros e técnicos;
- Normas procedimentais específicas;
- A atribuição a uma entidade sob tutela sectorial das competências de identificação, preparação, avaliação prévia, acompanhamento e avaliação de constituição de projectos de parcerias.

Neste contexto, e presente a posição manifestada no ponto anterior, importa determinar o campo de aplicação das várias situações que os regimes sectoriais podem eventualmente abranger.

Quanto aos princípios e regras económicos, financeiros e técnicos, trata-se de uma medida que pode ter um grande alcance prático, segundo julgo perceber. Na realidade, pode estar aqui aberta a porta para nos regimes sectoriais serem criados, por exemplo, regras sobre as fontes de financiamento aceitáveis ou sobre concessão de benefícios fiscais.

Nesta abertura, podem também caber regras sobre a obrigatoriedade de os concorrentes a uma PPP se apresentarem de uma determinada forma (associação de várias empresas, seja qual for a forma jurídica,

⁷⁰ No mesmo sentido se parecem pronunciar, Alexandra Pessanha e Fernando Xarepe Silveiro. Estes autores, analisando o disposto no artigo 17.º do regime das PPP, defendem que “...qualquer dúvida interpretativa no que ao disposto em regimes sectoriais no âmbito das parcerias público privadas – e, por identidade de razão, no caso do Decreto-Lei n.º 185/2002 – deve ser resolvida por recurso às regras e princípios gerais constantes do Decreto-Lei n.º 86/2003...”, sendo certo, prosseguem os autores em causa que “... qualquer incompatibilidade de regimes jurídicos, potencialmente de aplicação cumulativa, deve culminar com a cedência do disposto no regime sectorial contraditório com o que se consagrou em sede de regime geral...”. Para maiores desenvolvimentos, ver o artigo citado, páginas 49 a 54.

que congreguem as várias valências necessárias ao bom desempenho “operacional”, económico, financeiro e técnico do projecto), ou regras sobre exclusividade dos consultores externos contratados para auxiliar o parceiro público num processo de lançamento de uma PPP ou de renegociação de uma PPP já existente (um consultor externo contratado pelo Estado para preparar o lançamento de uma PPP não parece poder, lançada a PPP, ser contratado por um dos consórcios concorrentes).

Nesta possibilidade aberta pelo legislador, parece que também podem caber regras sobre os procedimentos a adoptar na definição em concreto da partilha dos riscos (por exemplo, obrigatoriedade de listar todos os parceiros envolvidos no projecto, por forma a identificar o parceiro mais adequado para gerir o risco; obrigatoriedade de comparar o custo de reter e gerir tal risco com o custo da sua transferência; obrigatoriedade de determinar o justo preço de transferência do risco), ou também regras sobre a previsão dos critérios para aferir do “Value for Money” da PPP em causa, etc.

No campo da criação das normas procedimentais específicas, não me parece que as mesmas possam por em causa o papel decisivo do Ministério das Finanças no âmbito do regime procedimental previsto no regime das PPP. É que este regime faz depender o avanço do processo da posição (e do controlo) daquele Ministério. Com efeito, e para dar dois exemplos, quando um Ministério quiser lançar uma PPP tem que notificar o Ministério das Finanças ou a entidade que este designar (artigo 8.º n.º 1) e, ainda mais decisivo, nos termos do artigo 8.º n.º 8, o parecer dos membros nomeados pelo Ministério das Finanças analisa em especial a conformidade da versão definitiva do projecto de parceria com o disposto no artigo 6.º, n.º 1 (Pressupostos a que deve obedecer o lançamento e contratação de uma parceria) e no artigo 7.º (princípios sobre a partilha de riscos)⁷¹.

Finalmente, a possibilidade de atribuição a uma entidade sob tutela sectorial das competências de identificação, preparação, avaliação prévia, acompanhamento e avaliação de constituição de parcerias parece permitir ao Ministro das Obras Públicas, Transportes e Comunicações

⁷¹ Em sentido aparentemente coincidente, ver Pedro Siza Vieira, artigo citado, para quem as regras de natureza orgânica e procedimental são formuladas em termos mais estritos e vinculativos.

- para dar um exemplo – dotar uma qualquer entidade sob sua tutela das “mesmas” atribuições que o Ministério das Finanças dotou a Parpública – Participações Públicas (SGPS), S.A. (Parpública) Com efeito, nos termos do Despacho Normativo n.º 35/2003, de 25 de Julho, publicado no DR n.º 191, I Série B, de 20 de Agosto de 2003, mais concretamente no seu n.º 1, a Parpública ficou “...*incumbida da prestação de apoio técnico ao Ministério das Finanças no contexto dos procedimentos de definição, concepção, preparação, concurso, adjudicação, alteração e acompanhamento global das parcerias público-privadas reguladas pelo Decreto-Lei n.º 86/2003, de 26 de Abril...*” ⁷².

É importante salientar a este propósito que uma atribuição desta natureza e com o âmbito que o referido Despacho Normativo contemplou, tem cobertura não só na norma que estou a analisar, mas também no disposto no artigo 13.º, sobretudo no seu n.º 2, quando prevê que “*os Ministros das Finanças e da tutela sectorial tomam as providências necessárias para uma eficaz divulgação dos conhecimentos adquiridos pelas entidades incumbidas do acompanhamento das parcerias, bem como para uma crescente colaboração entre elas...*” ⁷³.

vi) No artigo 4.º do regime das PPP, o legislador estabeleceu o seguinte: “*Constituem finalidades essenciais das parcerias público-privadas o acréscimo de eficiência na afectação de recursos público e a melhoria qualitativa e quantitativa do serviço, induzida por formas de controlo eficazes que permitam a sua avaliação permanente por parte*

⁷² Outra questão é saber se essas atribuições podem ser delegadas em mais que uma entidade. Na minha leitura, esta regra de atribuição a uma só entidade é de natureza supletiva. Para dar um exemplo, no domínio do campo de actuação do Ministro dos Transportes (que é também das Obras Públicas e das Comunicações), fará todo o sentido que a delegação em causa seja feita a três tipos de entidades, consoante a natureza e o modo de transporte. Concretizando: no campo do transporte aéreo, ao Instituto Nacional da Aviação Civil; no campo do transporte ferroviário, ao Instituto Nacional do Transporte Ferroviário; no campo do transporte rodoviário, parece que a entidade mais vocacionada será o Instituto de Estradas de Portugal, Entidade Pública Empresarial e, nos restantes modos de transporte terrestre (onde incluo o fluvial), a Direcção Geral dos Transportes Terrestres e Fluviais.

⁷³ Este argumento sai reforçado, se percebo bem, pela circunstância de as atribuições conferidas à Parpública serem feitas ao abrigo, ente outros, do artigo 13.º, n.º 2 do regime das PPP.

dos potenciais utentes e do parceiro público”.

Esta norma, para efeitos de análise e interpretação, pode ser desdobrada em três elementos, a saber:

- Acréscimo de eficiência na afectação de recursos públicos;
- Melhoria qualitativa e quantitativa do serviço;
- Criação de formas de controlo eficazes que permitam a sua avaliação permanente por parte dos potenciais utentes e do parceiro público, induzindo assim o cumprimento dos objectivos referidos nos dois pontos anteriores.

1. Acréscimo de eficiência na afectação de recursos públicos – Na minha leitura o que aqui está em causa é o denominado “Value for Money”, conceito que não pode ser entendido como querendo significar que o Estado ou outro parceiro público, recorrendo ao sector privado no âmbito de uma PPP, gasta menos em termos quantitativos: o Estado até pode gastar mais, gasta é melhor (em termos de qualidade), daí o acento tónico no acréscimo de eficiência, é esta a “palavra do jogo”⁷⁴.

Neste contexto, “Value for Money” exprime a “...*relação custo-benefício do projecto, ou seja, o benefício que se espera obter pela afectação de determinados recursos financeiros...*”⁷⁵. Este benefício deve representar um acréscimo de ganhos em termos de boa gestão financeira, situação que só pode ser determinada através da comparação do recurso à PPP com a alternativa do sector público (Princípio do Comparador do Sector Público)⁷⁶.

Contudo, julgo que a avaliação do “Value for Money”⁷⁷ ou mesmo

⁷⁴ Sintetizando esta ideia, João Pontes Amaro afirma que “...*se conseguirmos aplicar a eficiência de gestão do sector privado aos serviços públicos utilizando os mesmos recursos podemos prestar um leque maior de serviços de melhor qualidade, melhorando o value for money...*”. Esta ideia está traduzida no artigo que este autor escreveu sobre “Modelos de Parceria Público-Privada”, in *Manual Prático das Parcerias Público Privadas*, 2004, NPF, Pesquisa e Formação, Publicações, páginas 102 a 126.

⁷⁵ Cfr. Gabriela Figueiredo Dias, “Project Finance (Primeiras Notas)”, in *Miscelâneas*, n.º 3, Almedina 2004, páginas 115 a 160.

⁷⁶ Esta situação parece aconselhar que, quer do ponto de vista legal e conceptual, quer do ponto de vista comercial, o Estado ou qualquer outro parceiro público, deve estar sempre preparado para optar pela produção directa do serviço público com vista à satisfação da necessidade colectiva. Caso contrário, ver-se-á na contingência de assinar maus contratos, simplesmente por falta de alternativa.

o seu conceito, pelo menos no âmbito do regime das PPP, não pode excluir a análise do custo-benefício social. Com efeito, “...entenda-se por “Vfm – Value for Money” o valor da relação entre os custos globais relativos a toda a vida do projecto e a qualidade ou benefícios financeiros, económicos e sociais do mesmo...”⁷⁸.

Esta dimensão social do conceito resulta da própria justificação para o recurso às PPP pelos Estados modernos: a necessidade de continuar a responder ao aumento da quantidade (e com mais qualidade) dos serviços sociais que os cidadãos esperam do Estado, desde a educação, saúde, infra-estruturas, ambiente, transportes, face aos limites do endividamento e da carga fiscal que os contribuintes estão dispostos a aceitar⁷⁹.

Para dar um exemplo, é por esta(s) razão(ões) que onde um serviço rodoviário poderia ser considerado suficiente para assegurar a prestação do serviço público de transporte a uma determinada população, o Estado opta por criar ou prolongar um serviço ferroviário já existente porque, entre outras razões, essa opção pode criar pólos de desenvolvimento industrial, criar novos centros populacionais, etc.⁸⁰.

2. Melhoria qualitativa e quantitativa do serviço – O objectivo aqui fixado é o de que do recurso a uma PPP para a satisfação de uma necessidade colectiva, tem que resultar um aumento da qualidade da prestação do serviço público até então prestado pelo Estado ou qualquer outro parceiro público, isto quanto à dimensão qualitativa.

Quanto à dimensão quantitativa, julgo que o legislador estaria a pensar em situações como a de construção de novos hospitais ou escolas. Por exemplo, o recurso a uma PPP para a construção de um hospital

⁷⁷ Sobre as “cinco questões” para avaliar o “Value for Money”, ver João Pontes Amaro, artigo citado, página 111.

⁷⁸ Cfr. António A. Figueiredo B. Pombeiro, “As PPP/PFI Parcerias Público Privadas e a sua Auditoria”, Áreas Editora, Novembro de 2003, página 51.

⁷⁹ Cfr. Teodora Cardoso, artigo citado, páginas 88 e 89.

⁸⁰ É conhecido como a construção de grandes infra-estruturas de transporte, como as linhas ferroviárias e a extensão das linhas do Metropolitano de Lisboa, permite fixar as populações e estimular o desenvolvimento económico das zonas em causa. Um exemplo qualificado desta situação era a reivindicação da “Autoeuropa” da extensão do serviço prestado pela Fertagus a Coima.

tem que representar - em comparação com a alternativa do sector público – a existência de mais camas disponíveis, o aumento das especialidade médicas disponíveis, isto é, a maior abrangência dos cuidados médicos disponíveis. No caso da construção de uma escola, para dar outro exemplo, o parceiro privado deve disponibilizar mais salas de aulas, mais lugares disponíveis por sala, etc.⁸¹.

3. Criação de formas de controlo eficazes que permitam a sua avaliação permanente por parte dos potenciais utentes e do parceiro público, induzindo assim o acréscimo de eficiência na afectação de recursos públicos e a melhoria quantitativa e qualitativa do serviço prestado – O que parece estar aqui em causa é a criação de condições materiais, digamos assim, para que os objectivos fixados no regime das PPP sejam cumpridos, ou seja, da obrigação do Estado dotar-se dos meios humanos, técnicos, logísticos e financeiros de modo a assegurar o cumprimento integral dos pressupostos, regras e objectivos fixados no regime das PPP.

No quadro do regime das PPP e no contexto da posição que adoptei sobre o papel do Ministério das Finanças, esta norma significa fundamentalmente “...a necessidade do Ministério das Finanças se dotar de capacidades técnicas específicas que lhe permitam cumprir essas tarefas; as principais especificidades resultam de elas não poderem reduzir-se ao cumprimento formal de preceitos legais taxativos e de terem de subordinar-se a princípios legais taxativos que respeitem simultaneamente as regras de funcionamento dos sectores público e privado; embora a lei seja sempre a base em que se inserem as decisões, a complexidade e variedade destas exige uma capacidade de avaliação que excede largamente a tradicionalmente aplicada em matéria de contas públicas...”⁸².

Esta norma está de alguma forma relacionada com o disposto no

⁸¹ Contudo, parece que situações haverá em que não será possível aumentar a quantidade, mas as vantagens do ponto de vista financeiro e a melhoria qualitativa do serviço público prestado impõem – sempre por comparação com a alternativa do sector público – o recurso a uma PPP. Isto quer dizer, que nesta avaliação deve estar presente um juízo de proporcionalidade entre a variante qualitativa e quantitativa do serviço prestado.

⁸² Cfr. Teodora Cardoso, artigo citado, páginas 86 e 87. A autora não está a referir-se especificamente à norma que estou a analisar, mas sim a enunciar ou determinar as consequências práticas da sua posição quanto à necessidade de intervenção do Ministério das Finanças em todo o processo de decisão relativo às PPP. Neste contexto, julgo adequada a citação feita, sem perigo de adulterar ou desvirtuar o pensamento transcrito.

artigo 13.º, n.º 1, nos termos do qual “*incumbe aos Ministros das Finanças e da tutela sectorial, proceder ao acompanhamento permanente das parcerias tendo por objectivo avaliar os seus custos e riscos e melhorar o processo de constituição de novas parcerias...*”. Na prática, a articulação entre as duas normas parece revelar que – em termos formais – o cumprimento do disposto no artigo 3.º, n.º 3, alínea a) é da competência do Ministério das Finanças e do Ministério da tutela sectorial, o qual varia em função da parceria em causa. Por exemplo, se for a construção de um Hospital, é o Ministério da Saúde; se for a construção de uma prisão, é o Ministério da Justiça⁸³.

vii) Nos termos do artigo 5.º, está fixada a regra segundo a qual “*no âmbito das parcerias público privadas, preferencialmente, incumbe ao parceiro público o acompanhamento e o controlo da execução do objecto da parceria, por forma a garantir que são alcançados os interesses públicos subjacentes, e ao parceiro privado cabe o financiamento e o exercício e a gestão da actividade contratada*”.

Esta disposição deve ser lida com especial atenção, pois, interpretada literalmente, ela parece indiciar que se trata de uma norma supletiva. Mas, segundo entendo, outra deve ser a interpretação. Com efeito, julgo que o acompanhamento e o controlo da execução do objecto da parceria devem sempre incumbir ao parceiro público, e não apenas “...*preferencialmente...*” como parece induzir a norma em causa. Senão vejamos.

Nos termos deste artigo, o acompanhamento e o controlo da execução do objecto da parceria visam “...*garantir que são alcançados os fins de interesse público subjacentes...*”. Ora, se assim é, parece que apenas o parceiro público pode ser incumbido dessa tarefa. Acresce que este aspecto está directamente relacionado com os fins previstos no artigo 4.º já que, em rigor, os fins de interesse público subjacentes são, no mínimo, os fins previstos naquele artigo (acréscimo de eficiência na afectação de recursos públicos e a melhoria qualitativa e quantitativa do serviço prestado).

Já quanto ao parceiro privado, a regra de que lhe incumbe preferencialmente o financiamento, gestão e o exercício da actividade contra-

⁸³ E, como vimos, estas competências podem ser atribuídas a um entidade sob tutela sectorial, nos termos e para os efeitos previstos no artigo 3.º, n.º 3, alínea c).

tada, indicia uma supletividade que julgo corresponder à realidade. De facto, na definição de PPP fixada pelo legislador no artigo 2.º, podemos constatar que se previu que “...o financiamento e a responsabilidade pelo investimento e pela exploração incumbem, no todo ou em parte, ao parceiro privado...”.

viii) No artigo 6.º estão previstos os pressupostos a que deve obedecer o lançamento e a contratação de qualquer parceria. Esta será, porventura e do ponto de vista procedimental (mas não só), uma das normas mais importantes do regime das PPP, razão pela qual vale a pena transcrevê-la:

Artigo 6.º **Pressupostos**

I. O lançamento e a contratação da parceria público-privada pressupõem:

a) O cumprimento, quando for o caso, das normas relativas à programação financeira plurianual constantes de lei de enquadramento orçamental;

b) A clara enunciação dos objectivos da parceria, definindo os resultados pretendidos e permitindo uma adequada atribuição das responsabilidades das partes;

c) A configuração de um modelo de parceria que apresente para o parceiro público vantagens relativamente a formas alternativas de alcançar os mesmos fins, avaliadas nos termos previstos no artigo 16.º, n.º 2, da Lei de Enquadramento Orçamental e que, simultaneamente, apresente para os parceiros privados uma expectativa de obtenção de remuneração adequada aos montantes investidos e ao grau de risco em que incorrem;

d) A prévia adequação às normas legais e demais instrumentos normativos, bem como a obtenção das autorizações e pareceres administrativos exigidos, tais como, entre outros, os de natureza ambiental e urbanísticos, dos quais dependa o desenvolvimento do projecto, de modo a permitir que todo o risco seja ou possa ser transferido para o parceiro privado;

e) A concepção de modelos de parceria que não impliquem ou evitem, sempre que possível e salvo fundamentação adequada, a assunção, perante os parceiros privados, de quaisquer cláusulas ou regimes indemnizatórios de

longo prazo, aplicáveis a quaisquer formas, legalmente permitidas, de modificação unilateral dos contratos determinadas pelo Estado, que comprometam materialmente o normal exercício do dever de apreciação do interesse público e correspondente prossecução, em virtude da excessiva ou injustificada onerosidade, ou da respectiva inadequação por força da imprevisibilidade da matéria ou da duração do compromisso;

f) A adopção, na fase prévia à contratação, das diligências e a consagração das exigências que se revelem adequadas à obtenção de um resultado negocial economicamente competitivo;

2. Os estudos económicos e financeiros de suporte ao lançamento da parceria utilizam os parâmetros macroeconómicos definidos por despacho do Ministro das Finanças, o qual determina, designadamente, a taxa de desconto, para efeitos de actualização, e as projecções de inflação⁸⁴.

3. A verificação da conformidade do projecto de parceria com os pressupostos referidos no n.º 1 deve ser realizada com o maior grau de concretização possível em função da fase em que o projecto se encontre.

Os pressupostos referidos no n.º 1, alíneas e) e d) merecem uma análise ou referência particular, nos termos que a seguir enuncio.

No que respeita à adequação às leis e à prévia obtenção de autorizações e pareceres administrativos, “...esta é tributária da intenção de transferência para o sector privado do risco inerente à execução do projecto...”. Mas, segundo Pedro Siza Vieira, “...se este é o motivo subjacente ao disposto no art.º 6.º, n.º 1, al. d), a verdade é que o diploma não impõe a prévia obtenção de todas as autorizações ou pareceres necessários como condição necessária ao lançamento e à adjudicação da parceria. Ponto é que seja transferido para o sector privado o risco inerente a essas autorizações. E, nalguns casos mesmo, é o sector privado que está em melhores condições para gerir esse risco, quando as autorizações em questão sejam típicas da actividade dos promotores privados do projecto...”⁸⁵.

Com o devido respeito, a letra da lei não parece autorizar a inter-

⁸⁴ Despacho n.º 13 208/2003, de 25 de Junho (Dr., II Série, n.º 154 de 7 de Julho de 2003). Sobre a taxa de desconto e sua importância, ver Teodora Cardoso, artigo citado, páginas 99 e 100.

⁸⁵ Artigo citado, página 148.

pretação sufragada pelo autor referido. Com efeito, o artigo 6.º, n.º 1 alínea d), faz depender do lançamento da parceria a obtenção prévia desses pareceres ou autorizações. É verdade – e pode ser este o ponto em que Pedro Siza Vieira se apoia – que o objectivo dessa obtenção prévia é o de “...*permitir que todo o risco da execução seja ou possa ser transferido para o sector privado...*”, logo, se o parceiro privado assumir esse risco, deixa de fazer sentido a exigência constante da referida alínea. Mas esta interpretação faz “esquecer” que, na medida em que o parceiro privado assuma esse risco – e como Pedro Siza Vieira faz notar no artigo que venho citando, caso essas autorizações ou pareceres não sejam obtidos previamente, a experiência recente demonstra que eles são bem reais –, ele vai procurar contrabalançar na transferência de outros riscos para o parceiro público ou, porventura, na negociação de Taxas Internas de Rentabilidade (TIR) mais altas para os accionistas. Ora, na minha leitura, é também este tipo de situações que o legislador pretende evitar.

No que toca à alínea e), e seguindo de perto Pedro Siza Vieira cuja posição sobre esta matéria partilho em grande medida, “...*estão em causa as denominadas cláusulas de reposição do equilíbrio financeiro dos contratos, que visam regular os modos pelos quais se há-de restabelecer o equilíbrio financeiro do contrato quando este seja perturbado por intervenção do Estado que, na prossecução do interesse público, altere os termos em que o contrato há-de ser executado pelo parceiro privado.*”

Na norma em questão, parece assumir-se que tais cláusulas – obrigando o Estado a compensar ou repor o equilíbrio financeiro que ele próprio perturbou – poderão “comprometer materialmente o normal exercício do dever de apreciação do interesse público e da correspondente prossecução, em virtude da excessiva ou injustificada onerosidade”.

Ora, prossegue o autor, “...*as cláusulas de reposição do equilíbrio financeiro constantes dos contratos de parcerias mais recentes do nosso país correspondem à inclusão no texto do contrato de um princípio geral do direito dos contratos administrativos segundo o qual ao poder de modificação unilateral de que goza o Estado corresponde o dever de restabelecer o respectivo equilíbrio económico e financeiro (cfr, art. 180.º, al. a), Código do Procedimento Administrativo). Este princípio*

geral, por sua vez, decorre do princípio da igualdade perante os encargos públicos, de consagração constitucional, pelo que nem sequer pode ser afastado pela lei ordinária...”.

Acresce que, como Pedro Siza Vieira chama a atenção, “...essas cláusulas introduzem algo de novo relativamente ao modelo tradicional de funcionamento da administração. Quando a decisão política determina alteração de orientações no funcionamento de serviços públicos ou empresas públicas, os respectivos custos financeiros só mais tarde serão apurados e suportados. Pelo contrário, na relação com parceiros privados, essas cláusulas criam mecanismos de avaliação imediata dos custos para o Estado de uma mudança de orientação administrativa. Tais cláusulas, portanto, não tornam excessivamente onerosos os custos de uma modificação de orientações políticas – tornam-nos apenas mais visíveis.

É difícil fugir a essas cláusulas. Uma parceria carece, para interessar os privados, de os proteger contra a própria actuação do Estado. E quando um investimento vultoso se faz com recursos a capitais alheios – designadamente de instituições financeiras – as cláusulas de reposição do equilíbrio financeiro visam salvaguardar a possibilidade de, mesmo perante uma modificação pelo Estado, a entidade privada poder continuar a pagar o financiamento...”.

Neste contexto, “...a norma em questão deve ser apreciada com particular delicadeza por parte das entidades públicas, porque tomá-la demasiado à letra ou ter dela uma leitura demasiado restritiva pode conduzir à fragilização dos processos de PPP em Portugal...”^{86 87}.

Finalmente, importa chamar a atenção para o seguinte aspecto. Para além dos pressupostos previstos no artigo em questão, parece que devemos acrescentar a “...conveniência de averiguação prévia do posicionamento do sector privado relativamente ao tipo de parceria em análise, tendo em vista, designadamente, a constatação dos potenciais interessados e das condições de mercados existentes...”⁸⁸.

De facto, a averiguação prévia da posição do mercado – é isso que

⁸⁶ Cfr. Pedro Siza Vieira, artigo citado, páginas 149 a 151.

⁸⁷ Contudo, e não obstante o que fica dito no texto, julgo que a intenção do legislador – ainda que traduzida imperfeitamente – foi prevenir a inserção nas PPP de cláusulas ou regimes indemnizatórios sem qualquer justificação ou carecidos de adequada e completa fundamentação.

⁸⁸ Cfr. artigo 8.º, n.º 2. Mas que tem de ser lido e interpretado com o n.º 1.

julgo estar em causa – é um pressuposto essencial para que o Estado lance uma PPP em condições de obter um bom resultado, pois é imprescindível garantir à partida a existência de interessados (vários) na adjudicação do contrato em que se traduz aquela. Isto é, é fundamental garantir a concorrência.

ix) No artigo 7.º do regime das PPP, o legislador fixou os princípios a que devem obedecer as PPP na partilha de riscos. No corpo do artigo fixou-se logo – a meu ver, bem – a obrigatoriedade da repartição de riscos estar claramente identificada contratualmente, criando-se assim uma regra fundamental na elaboração e conformação dos contratos em que se traduzem as PPP.

Assim, na alínea a) do artigo 7.º, fixou-se um princípio que é aceite universalmente nas PPP, a saber, o princípio segundo o qual deve gerir o risco quem tem melhor capacidade para o efeito.

Para dar um exemplo, os riscos políticos devem ser assumidos pelo Estado. Já o risco tecnológico (risco associado à probabilidade de um equipamento se vir a tornar obsoleto ao longo da vida de um projecto, afectando dessa forma a qualidade do serviço prestado) deve ser assumido, regra geral, pelo parceiro privado.

Contudo, existem riscos sobre os quais não é fácil determinar quem deverá ser o responsável. O melhor exemplo para ilustrar esta realidade são os riscos associados à produção de legislação pelo Estado. Assim, tem-se entendido que os riscos de legislação geral, ou seja, legislação que não é dirigida especificamente ao sector de actividade objecto da PPP entre as partes, deve ser assumido pelo parceiro privado. Se assim não fosse, segundo parece, o Estado, por via de uma PPP, estaria sempre condicionado na sua função política e legislativa pelos impactos financeiros que um qualquer acto legislativo pudesse ter numa PPP. Todavia, já quanto aos riscos associados à produção de legislação específica, tem-se entendido que o Estado deve assumir o risco. É que se este decide legislar sobre uma matéria que afecta directamente a PPP, então deve ser responsabilizado.

Mas será sempre assim? É que o Estado pode produzir legislação específica que afecte directamente uma PPP não por sua iniciativa própria, mas por via de transposição obrigatória de uma Directiva Comunitária. Nestas situações, parece que o melhor é aferir em face do caso

concreto, quem está em condições de gerir melhor os riscos que o acto legislativo transposto pode trazer para a PPP.

Na alínea b) previu-se que “*o estabelecimento da parceria deverá implicar uma significativa e efectiva transferência do risco para o sector privado*”.

Aqui deve ter-se presente que não vale a pena transferir para o sector privado todos os riscos. É que nas PPP estão normalmente em causa a prestação de serviços públicos com vista à satisfação de necessidades colectivas e, nestas, revelando-se a PPP um fracasso, o Estado não pode demitir-se da sua função, ou seja, se transferir para o sector privado um risco que este não é capaz de gerir, o Estado vai ter que assumir as consequências financeiras da (eventual) má gestão do mesmo. Para além disso, ao fazê-lo, o Estado desvirtua a dimensão da sua responsabilidade financeira pois não vai avaliar os custos financeiros desse risco, isto na perspectiva dos encargos em que terá de incorrer.

Assim sendo, o bom princípio é o da optimização dos riscos e, segundo julgo perceber, foi isto mesmo que o legislador quis consagrar quando mencionou “...*significativa e efectiva transferência do risco...*”⁸⁹.

Na alínea d) o legislador determinou que o risco da insustentabilidade financeira da parceria, quando não causada pelo parceiro público ou situação de força maior, deve ser, “...*tanto quanto possível, transferido para o parceiro privado...*”.

Neste segmento da norma, parece que o legislador estaria a pensar no risco comercial da PPP. Este tipo de risco está sobretudo associado à “performance” do parceiro privado. Mais precisamente, à boa gestão técnica, operacional e comercial da sua prestação, digamos assim.

Este tipo de risco deve ser assumido, via de regra, pelo parceiro privado. Mas nem sempre de forma integral, como o legislador “presentiu” ao fixar que a transferência do risco em causa deveria ser feita para o sector privado, “...*na medida do possível...*”.

Para dar um exemplo, o risco de procura (risco associado à volatilidade do fluxo de tráfego num projecto de infra-estruturas de transporte), é um risco que não está na disponibilidade nem no controlo do

⁸⁹ Entenda-se por “efectiva” uma transferência realista do risco. E por “significativa”, uma transferência óptima ou optimizada do risco.

sector público ou privado. Mas tratando-se de um risco comercial, ele deve ser assumido pelo sector privado.

Contudo, porque é muito difícil determinar o volume de utilização de uma determinada operação ferroviária ou de uma auto-estrada, é comum aceitar-se que este risco possa também ser repartido entre o sector privado e o público⁹⁰.

Para terminar a análise desta disposição legal e do Capítulo I do regime das PPP, deixei propositadamente para ultimo lugar o disposto na alínea c). Esta disposição é da maior importância porque ela consagra, segundo a leitura que faço, a ideia segundo a qual nas PPP a repartição de riscos, para além de obedecer a determinados princípios básicos, deve ser feita sempre em função do caso concreto. Com efeito, ao prever que “...deverá ser evitada a criação de riscos que não tenham adequada justificação na redução significativa de outros riscos existentes...”, o legislador, para além de determinar que o parceiro público não deve aceitar a gestão de riscos novos sem ser “compensado” pela redução significativa de outros riscos já existentes e por si geridos e controlados, consagra, implicitamente, que “...cada PPP deve ser adaptada ao caso concreto...”^{91 92}.

Terminada a análise desta disposição legal, julgo que o legislador fixou outro princípio a seguir na determinação da partilha de riscos entre o sector privado e público. Com efeito, e como já vimos, no artigo 6.º, n.º 1 alínea d), o legislador estabeleceu como um dos pressupostos de lançamento e contratação de uma PPP, a prévia adequação às normas legais e demais instrumentos normativos, bem como a obtenção das autorizações e pareceres administrativos exigidos, dos quais dependa o desenvolvimento do projecto, “...de modo a permitir que o risco da execução seja ou possa ser transferido para o parceiro privado...”.

Assim sendo, aos princípios referidos no artigo 7.º, deve acrescentar-se o referido no ponto anterior, o qual poderia ser formulado da se-

⁹⁰ Mas nesta matéria, “tudo” deve depender do caso concreto.

⁹¹ Cfr. João Pontes Amaro, artigo citado. O autor não está a referir-se especificamente à norma que estou a analisar, mas sim aos vários riscos associados às PPP. Neste contexto, julgo adequada a citação feita, sem perigo de aduñar ou desvirtuar o pensamento transcrito.

⁹² Sobre esta matéria, ver também a nota de rodapé n.º 43.

guinte forma: “O estabelecimento da parceria deverá implicar que o risco da execução seja ou possa ser transferido para o sector privado”⁹³.

CAPÍTULO II – AVALIAÇÃO DAS PARCERIAS

i) Neste capítulo (artigos 8.º a 11.º) o legislador consagrou o regime procedimental a que deve obedecer o estudo e preparação do lançamento de qualquer PPP.

Assim sendo, e antes de entrar na análise mais detalhada dos artigos que o integram (quando isso o justifique), importa começar por descrever as várias etapas que compõem o regime procedimental.

Em primeiro lugar, um Ministério que der início ao estudo e preparação do lançamento de uma PPP, deve notificar por escrito o Ministério das Finanças ou a entidade que este designar (cfr. artigo 8.º, n.º 1).

Em segundo lugar, no prazo máximo de 15 dias e após a notificação referida no ponto anterior, será constituída, por despacho conjunto dos Ministros das Finanças e da tutela sectorial, uma comissão de acompanhamento do projecto de parceria em preparação, a qual será composta por um mínimo de dois membros e um máximo de cinco em representação do Ministro das Finanças e da tutela sectorial (cfr. artigo 8.º, n.º 3).

Em terceiro lugar, quando “...a entidade encarregue pelo Ministério da tutela sectorial da preparação da PPP considerar que o mesmo se encontra em estado de prosseguir para a fase de lançamento, notificará por escrito a comissão de acompanhamento e enviará os documentos necessários para instruir o despacho referido no n.º 10.º...”

⁹³ “O Serviço de Estatística das Comunidades Europeia aprovou, em 11 de Fevereiro de 2004 uma decisão relativa ao tratamento contabilístico nas contas nacionais dos contratos subscritos pelas unidades públicas no âmbito de parcerias com as unidades privadas. A decisão especifica o impacto sobre o défice/excedente público e a dívida pública. O Eurostat recomenda que os activos ligados a uma parceria público-privada sejam classificados como activos não públicos e que não sejam, por conseguinte, registados no balanço das administrações públicas se se verificarem as duas condições seguintes: 1. o parceiro privado suporta o risco de construção e 2. o parceiro privado suporta, no mínimo, um destes dois riscos: o da disponibilidade ou o do risco associado à procura”. Cfr. o referido Livro Verde da Comissão sobre as Parcerias Público-Privadas e o Direito Comunitário em Matéria de Contratos Públicos e Concessões, página 5, nota de rodapé n.º 10.

(cfr. artigo 8.º, n.º 6).

Em quarto lugar, após a notificação referida no ponto anterior, “...é obrigatória a emissão de dois pareceres independentes não vinculativos, por parte dos membros nomeados por cada um dos ministérios, para a comissão de acompanhamento, no prazo de 30 dias...” (cfr. artigo 8.º, n.º 7).

Em quinto lugar, “...uma vez emitidos os pareceres referidos (...) os Ministros das Finanças e da tutela sectorial aprovam mediante despacho conjunto as condições de lançamento da parceria ...”, despacho esse que deve conter o programa de concurso; o caderno de encargos; a análise das opções que determinaram a configuração do projecto; a descrição do projecto e do seu modo de financiamento; a demonstração do seu interesse público; a justificação do modelo de parceria escolhida e a demonstração de comportabilidade dos custos e riscos decorrentes da parceria em função da programação financeira plurianual do sector público administrativo (cfr. artigo 8.º, n.ºs 9 e 10).

Em sexto lugar, “concluída a tramitação prevista no artigo 8.º, o ministro da tutela sectorial procede ao lançamento da parceria nos termos do procedimento prévio à contratação aplicável, mediante despacho a publicitar nos termos legais” (cfr. artigo 10.º).

ii) Descrito o regime procedimental a que deve obedecer o estudo e preparação do lançamento de qualquer PPP, importa reter algumas ideias, clarificando algumas das normas deste capítulo.

A primeira ideia que ressalta é a seguinte: nos vários prazos fixados neste capítulo, não está prevista qualquer consequência para o seu não cumprimento. Assim, se por exemplo o Ministério das Finanças, notificado por um qualquer outro Ministério do início do estudo e preparação do lançamento de uma PPP, não indicar os seus representantes para a comissão de acompanhamento do projecto de parceria em preparação, a PPP pode, eventualmente, ficar bloqueada.

Esta ausência de qualquer regra sobre o eventual não cumprimento dos prazos fixados neste capítulo é tanto mais estranha quanto o legislador se precaveu contra este tipo de situações ao fixar o regime de alteração das parcerias. Com efeito, o artigo 14.º, que no essencial se aplica a tramitação prevista no artigo 8.º (com as devidas adaptações), estabelece que após o cumprimento do disposto no artigo 8.º, n.º 7, “...

o Ministro das Finanças emite parecer vinculativo sobre a alteração da parceria, no prazo de 30 dias, findos os quais e em caso de não emissão se tem o parecer omitido por favorável..."⁹⁴.

A segunda ideia que importa ter presente, diz respeito aos poderes da comissão de acompanhamento e dos seus membros. Assim, nos termos do artigo 8.º n.º 4, "*qualquer membro da comissão de acompanhamento tem poderes para obter da entidade encarregue pelo ministério da tutela sectorial da preparação do projecto, bem como das entidades que eventualmente desempenhem funções de consultoria, assessoria, ou que, por qualquer forma, colaborem na preparação do projecto, toda a informação relativa ao decurso e evolução dos trabalhos*".

Assim, os poderes dos membros da comissão de acompanhamento são muito vastos, tanto mais que nos termos do artigo 8.º n.º 5, "*a comissão de acompanhamento poderá emitir as recomendações que considere convenientes em função da evolução dos trabalhos*".

A questão que se levanta aqui é a de saber se essas recomendações são vinculativas. À primeira vista, tudo indicaria que sim. De facto, de acordo com o artigo 8.º n.º 3, estes membros são nomeados pelo Ministro das Finanças e da tutela sectorial, representando-os. Contudo, nos termos do n.º 7 do mesmo, os pareceres emitidos pelos membros em causa, são independentes, ou seja, não parece que possam ser "condicionados" pelo Ministérios que representam.

Assim sendo, e do ponto de vista jurídico, as recomendações da comissão de acompanhamento não são vinculativas, pois que sendo os seus pareceres independentes, isso significa que a comissão e os seus membros são autónomos no exercício das suas funções.

Esta interpretação – que julgo aceitável face à conjugação das várias normas referidas – implica que a comissão de acompanhamento prevista no regime das PPP foi criada com o intuito de permitir aos

⁹⁴ Julgo que, na perspectiva do legislador e dentro da lógica inerente ao regime das PPP, esta diferença entre os dois regimes tem uma explicação. É que enquanto no estudo e preparação do lançamento de uma nova PPP, o Estado não tem de zelar pelos direitos e expectativas do parceiro privado (que não cumpridos podem ter consequências financeiras para o Estado), já na renegociação o Estado tem de atender a múltiplos interesses privados (Financiadores, Concedente, Accionistas, etc) interesses esses que se vão conformando à medida que as negociações vão avançando, designadamente com a celebração de acordos parcelares sobre as mais variadas matérias.

decisores políticos uma perspectiva puramente técnica, digamos assim, sobre a PPP em causa. Mas, se do ponto de vista jurídico isto até pode fazer algum sentido, do ponto de vista político é completamente insustentável já que será pouco crível que um membro de uma comissão de acompanhamento nomeado por um Ministério, se vá pronunciar em sentido contrário ao da posição defendida pela entidade que representa.

É verdade que se pode contra-argumentar que o parecer seria independente porque, como parece resultar do regime das PPP, tratar-se-ia da verificação da conformidade da PPP com os pressupostos, princípios e objectivos fixados naquele regime. Mas, como é bom de ver, isso colocaria o membro da comissão de acompanhamento numa posição inaceitável, podendo sempre duvidar-se do parecer emitido em qualquer dos dois sentidos: se negativo, por que quis marcar a sua independência “técnica; se positivo, não “se conseguiu livrar” da influência do Ministério que o nomeou⁹⁵.

Neste contexto, e tudo visto, a interpretação que prece fazer mãos sentido é da que as recomendações dos membros da Comissão de Acompanhamento são, na verdadeira, verdadeiras e próprias instruções, logo, vinculativas.

A *terceira ideia* que pretendo salientar tem que ver com o parecer dos membros nomeados pelo Ministro das Finanças. De facto, nos termos do artigo 8.º n.º 8, “*o parecer dos membros nomeados pelo Ministro das Finanças analisa em especial a conformidade da versão definitiva do projecto de parceria com o disposto no n.º 1 do artigo 6.º e no artigo 7.º do presente diploma, e discrimina, tanto quanto possível quantitativamente, os custos e riscos assumidos pelo sector público implícitos no projecto*”.

Esta norma concretiza, sem “cerimónia”, o papel do Ministério das Finanças no quadro do regime das PPP. Repare-se que os membros do Ministérios das Finanças, analisam a conformidade da versão definitiva

⁹⁵ Em situações-limite, de confronto, um Ministério podia ver-se confrontado com um parecer de um seu representante que, subscrevendo um parecer técnico, afastava os objectivos políticos fixados pelo respectivo titular, ou seja, a decisão política seria condicionada por um representante político através de um parecer técnico. Seria, verdadeiramente, o apogeu da tecnocracia.

do projecto de parceria, com os pressupostos definidos no artigo 6.º e os princípios sobre partilha de riscos fixados no artigo 7.º.

Ora, se for dado um parecer positivo ou negativo sobre os pressupostos e sobre a partilha de riscos definida na versão definitiva do projecto de parceria, isso significa que, consoante o sentido do parecer, a PPP cumprirá ou não os objectivos fixados no artigo 4.º e, conseqüentemente, será ou não de interesse público. E, tudo isto depende do parecer dos membros nomeados pelo Ministério das Finanças. A questão que se coloca, pois, é o que “sobra” para o parecer dos membros nomeados pelo Ministério da tutela sectorial? O que “sobra” é a justificação política, ou seja, a compatibilidade da PPP proposta com o programa de Governo, designadamente, com a política (e as políticas) fixadas para o sector da actividade regulada e tutelada pelo Ministério em causa. É por esta razão que o parecer dos membros nomeados pelo Ministério da tutela sectorial nunca pode ser “independente”: o legislador não lhes deu alternativa⁹⁶.

Neste contexto, a verificação do cumprimento do regime das PPP está totalmente subordinado à posição que o Ministério das Finanças vier a tomar sobre um projecto de parceria lançado por um qualquer outro Ministério, situação que um enquadramento legal das PPP não reclamava, mas que serve bem para evidenciar as razões de ordem política que estiveram na base da criação do Decreto-Lei n.º 86/2003, de 26 de Abril.

A quarta ideia que não deve ser ignorada, resulta do disposto no artigo 10.º, segundo o qual a parceria é lançada “... nos termos do procedimento prévio à contratação aplicável...”.

Nesta matéria, diga-se, desde já, que “...o diploma em causa não contém quaisquer regras em matéria de procedimento de adjudicação dos contratos em causa – determinando quem consoante o tipo de con-

⁹⁶ É por esta razão que o parecer dos membros do Ministério das Finanças nunca se refere especificamente à conformidade da versão definitiva do projecto de parceria com o interesse público. É que esse juízo implicaria sempre uma aproximação de natureza política, juízo esse que está reservado para os membros nomeados pela tutela sectorial. Em abono desta posição, veja-se que só no artigo 8.º n.º 6 é que se fala de interesse público ao remeter-se para o n.º 10, no caso para a alínea e).

trato, se aplique a legislação geral em vigor ...”^{97 98 99}.

Esta ausência de regras em matéria de adjudicação de contratos é coerente se, como vimos, o legislador não configurou as PPP como um novo tipo de contrato, mas sim como uma associação entre um ente privado e público que se pode corporizar em vários tipos contratuais, enumerados de forma exemplificativa no artigo 2.º, n.º 4¹⁰⁰.

A *quinta ideia* que quero transmitir sobre algumas das normas que compõem o capítulo do regime das PPP que estou a analisar, é a da atribuição de uma nova competência às comissões de avaliação das propostas, prevista no artigo 9.º e que visa, fundamentalmente, tornar transversal a todo o procedimento de constituição da parceria, incluindo a fase concursal, a “...*exigência de quantificação rigorosa e de avaliação da criação de valor acrescentado pelo recurso à parceria...*”^{101 102}.

A *sexta ideia* para que julgo dever “chamar a atenção”, tem que ver com o procedimento formal a seguir na Adjudicação da PPP. Esta última é realizada pelo Ministro da tutela sectorial, “...*mediante prévio despacho conjunto subscrito com o Ministro das Finanças, o qual aprecia a conclusão do relatório elaborado pela comissão de avaliação de propostas e demonstra a verificação de conformidade com o disposto*

⁹⁷ Cfr. Pedro Siza Vieira, artigo citado, página 146.

⁹⁸ Sobre a articulação entre o regime das PPP e o Decreto-Lei n.º 197/99, de , de 8 de Junho, Decreto-Lei n.º 55/99, de 2 de Março e Decreto-Lei n.º 558/99, de 17 de Dezembro, ver Alexandra Pessanha e Fernando Xarepe Silveiro, cit., páginas 28 a 32.

⁹⁹ A Parpública, “...*partindo da inexistência de um regime geral que defina o conteúdo dos documentos (programa e cadernos de encargos) relativos aos concursos públicos (...) elaborou e disponibiliza um programa de concurso tipo que pode ser utilizado pela entidades públicas interessadas no lançamento de parcerias...*”. Paralelamente, “...*com o mesmo propósito, a Parpública tem em curso a elaboração de um conjunto significativo de disposições comuns de natureza jurídica que podem ser incluídas nos cadernos de encargos, independentemente do objecto da parceria...*”. Estes dados constam de folhas fotocopiadas disponibilizadas pela Parpública na conferência por si organizada sobre “O Financiamento das PPP’s e dos Grandes Projectos de Obras Públicas - A Experiência Italiana -”, Lisboa, 4 de Fevereiro de 2005.

¹⁰⁰ No mesmo sentido, Pedro Siza Vieira, artigo citado, página 143.

¹⁰¹ Cfr. parágrafo 14 do preâmbulo.

¹⁰² Para maiores desenvolvimentos sobre vários aspectos relacionados com as Comissões de Acompanhamento e com as Comissões de Avaliação das Propostas, ver Alexandra Pessanha e Fernando Xarepe Silveiro, artigo citado, páginas 44 a 47, e Tiago Duarte “As mil e uma comissões das Parcerias Público-Privadas”, artigo que pode ser consultado em www.plmj.com.

no n.º 1 do artigo 6.º e no artigo 7.º, bem como das menções referidas nas alíneas c a g do n.º 10 do artigo 8.º. (Cfr. artigo 11.º, n.º 1).

A sétima e última ideia que deve ser evidenciada é a reserva de não atribuição prevista no artigo 11.º, n.º 2, nos termos do qual “a qualquer momento do processo de selecção do parceiro privado, pode dar-se por interrompido ou anulado o processo em curso, sem direito a qualquer indemnização, sempre que, de acordo com a apreciação dos objectivos a prosseguir, os resultados das análises e avaliações realizadas até então e os resultados das negociações levadas a cabo com os candidatos não correspondam, em termos satisfatórios, aos fins de interesse público subjacentes à constituição da parceria”^{103 104}.

CAPÍTULO III – FISCALIZAÇÃO E ACOMPANHAMENTO DAS PARCERIAS

i) Nos termos do artigo 12.º, as matérias económicas e financeiras são exercidas por entidade ou serviço a indicar pelo Ministro das Finanças, cabendo as demais a entidade ou serviço a designar pelo Ministro da tutela sectorial.

No caso do Ministério das Finanças, a entidade designada foi a Inspeção Geral de Finanças, como prescreve o Despacho n.º 13940/2003, de 7 de Julho (DR, 2.ª Série, n.º 163, de 17 de Julho de 2003).

No caso dos Ministérios da tutela sectorial, segundo julgo saber ainda nenhuma entidade ou serviço foi designada ao abrigo desta norma para exercer, como a Inspeção Geral de Finanças, uma competência genérica de controlo e fiscalização. Contudo, e para dar um exemplo recente, nos termos das bases revistas da concessão da exploração do denominado “Contrato de Concessão Fertagus”, anexas ao Decreto-Lei n.º 78/2005, de 13 de Abril, mais concretamente na Base XIV, prevê-se que o Instituto Nacional do Transporte Ferroviário fiscalize e monitorize os aspectos técnicos e operacionais da actividade do concessionário.

Assim sendo, parece que nem sempre uma entidade terá que ser

¹⁰³ A anulação ou interrupção do processo de constituição da PPP é feita nos termos do artigo 11.º, n.º 1 (cfr. n.º 3 do mesmo artigo).

¹⁰⁴ Para além de todas estas notas, deve acrescentar-se o que escrevi a propósito do pressuposto das parcerias previsto no artigo 8.º, n.º 2.

designada como o foi a Inspecção Geral de Finanças, isto é, parece que em cada PPP em concreto, o Ministério da tutela sectorial poderá atribuir as suas competências de fiscalização e monitorização à entidade que entender (mas dentro do enquadramento legal vigente), fixando essa delegação nas bases gerais da Concessão e no próprio contrato que corporiza a PPP.

ii) No artigo 13.º, o legislador responsabilizou os Ministros das Finanças e da tutela sectorial pelo acompanhamento permanente das parcerias tendo em vista avaliar os seus custos e riscos e melhorar o processo de constituição de novas parcerias (n.º 1), fixando a obrigação daqueles responsáveis políticos pela tomada de providências necessárias para uma eficaz divulgação dos conhecimentos adquiridos pelas entidades incumbidas do acompanhamento das parcerias, bem como para uma crescente colaboração entre elas (n.º 2).

Tendo presente o papel central do Ministério das Finanças no regime das PPP (conforme julgo ter vindo a evidenciar), deter-me-ei, ainda que brevemente, no papel da Parpública, entidade à qual, como já vimos, a tutela financeira “delegou” grande parte dos seus poderes. De facto, nos termos do n.º 2 alínea e) do Despacho Normativo n.º 35/2003, de 25 de Julho (publicado no DR n.º 191, I Série B, de 20 de Agosto de 2003), incumbe à Parpública “...prestar apoio técnico ao Ministro das Finanças no acompanhamento permanente das parcerias público-privadas já celebradas, nomeadamente recolhendo e disponibilizando informação relativa aos seus custos e riscos e respectivo impacto financeiro...”.

Ora, conjugando esta norma com a referida no ponto anterior, e tendo presente que a “delegação de poderes” do Ministério das Finanças na Parpública foi feita com base, entre outros artigos, no artigo 13.º, n.º 2, resulta que cabe à referida entidade a obrigação de dar cumprimento à disposição em causa¹⁰⁵.

Na minha leitura, a forma mais adequada e mais eficaz de dar cum-

¹⁰⁵ Em sentido aparentemente coincidente, Rui Sousa Monteiro, “Financing of Public Infrastructure and Public-Private Partnerships – The relevance of Italian Experience to Portugal?”. De acordo com este autor, em 2003 a Parpública foi incumbida pelo Ministro das Finanças de, entre outras coisas: (1) monitorizar PPP, recolhendo, analisando e difundindo informação sobre as mesmas; (2) disponibilizar conhecimentos especializados ao sector público.

primimento ao disposto no artigo 13.º, n.º 2 seria através de um “site” onde se dado acesso ao “...relevante acervo de experiência e conhecimentos na área...” das PPP de que dispõe a Parpública e, igualmente, ao resultado das análises feitas pela mesma quanto aos custos, riscos e impacto financeiro das PPP já celebradas. Ora, não só, até à presente data, e decorrido que estão mais de dois anos sobre a publicação do regime das PPP (e quase o mesmo período de tempo desde a publicação do referido Despacho Normativo), a Parpública não tem (ou ainda não disponibilizou) um “site” autónomo, como no “link” que se obtém a partir do Ministério da Economia (!) não existe qualquer referência às atribuições da Parpública em sede de PPP. Esta situação não deixa de ser preocupante porque pode significar que as “*lesson learned*” não estão a ser difundidas, logo, apreendidas, por todos os Organismos do Estado com responsabilidade nesta matéria e, claro está, por todos os parceiros privados envolvidos ou interessados.

iii) No artigo 14.º, está previsto o procedimento a seguir quando se pretende que uma PPP já celebrada seja alterada. Nesta matéria (regime procedimental) remeto para o que escrevi a propósito do artigo 8.º, isto porque é para o procedimento aí previsto que o legislador remete nesta norma.

Contudo, tratando-se de alteração de parcerias já celebradas, as quais foram objecto de um procedimento concursal, importa ter presentes algumas questões.

Em primeiro lugar, nos termos do n.º 5, encontramos uma especialidade relativamente ao procedimento previsto no artigo 8.º. Com efeito, após o cumprimento do disposto nos n.ºs 7 e 8 deste artigo (pareceres independentes dos membros da Comissão de Acompanhamento nomeados pelos Ministros das Finanças e da tutela sectorial), está previsto que o Ministro das Finanças emita parecer vinculativo sobre a alteração da parceria, no prazo de 30 dias, findos os quais e em caso de não emissão se tem o parecer emitido por favorável.

Ora, nos termos do n.º 2 alínea f) do já referido Despacho Normativo, à Parpública incumbe apoiar, quando solicitada para o efeito, o Ministro das Finanças na elaboração deste parecer. Esta possibilidade aberta pelo legislador não deixa de causar alguma estranheza já que na alínea b) do mesmo número, o legislador também revelou abertura para

a Parpública “fornecer” ao Ministério das Finanças os elementos que o representarão na comissão de acompanhamento da parceria.

Assim sendo, parece que quando a Parpública “fornece” ao Ministério das Finanças os elementos que o representarão na Comissão de Acompanhamento da alteração da parceria, já não poderá apoiar a tutela financeira na elaboração do parecer em causa. A não ser assim, não se vislumbra como poderão os membros da Comissão de Acompanhamento, indicados pela Parpública e nomeados pelo Ministério das Finanças, elaborar um parecer independente¹⁰⁶.

Em segundo lugar, e “arrumado” que está o regime procedimental previsto neste artigo, importa começar por “fazer eco” de uma observação feita por Alexandra Pessanha e Fernando Xarepe Silveiro a esta norma, a qual, no mínimo, merece ser referida. Com efeito, referem estes autores, que o legislador exclui do campo do artigo 14.º “...*matérias tão importantes como a densificação das situações de facto que poderão dar origem um procedimento de alteração das parcerias...*”¹⁰⁷.

É discutível a utilidade da inclusão nesta norma de uma espécie de listagem de situações que, em abstracto, poderiam desencadear um processo de alteração de PPP. Nesta matéria, julgo que o legislador agiu bem ao indicar as fontes (contrato e legislação aplicável) com base nas quais esse processo de alteração poderia ser desencadeado, limitando, assim, a (eventual) possibilidade de processos desta natureza serem desencadeados de forma mais ou menos livre, pouco ponderada e mal fundamentada.

Contudo, importa ter presente que aquela limitação às fontes indicadas pelo legislador parece ser – apesar da letra da lei – dirigido fundamentalmente ao juízo que o parceiro público deve fazer quando o parceiro privado pretende desencadear um processo de alteração da parceria. Ou seja, o que o legislador previu foi um critério de decisão do parceiro público: se a alteração da PPP estiver prevista contratualmente ou se for desencadeada ao abrigo da legislação aplicável, deve aceitar. Se não, só lhe resta recusar, salvo se o interesse público assim o determinar.

Esta interpretação visa salvaguardar o seguinte aspecto. Em abstracto, poderá haver situações em que o interesse público possa determinar a necessidade de o parceiro público desencadear um processo de

¹⁰⁶ Sobre este parecer vinculativo, ver Alexandra Pessanha e Fernando Xarepe Silveiro, artigo citado, páginas 41 a 44, e Tiago Duarte, artigo citado.

¹⁰⁷ Artigo citado, página 38.

alteração da PPP. E, como sabemos, não só o interesse público varia em função da mutação (acelerada) da realidade social, política, económica e financeira (a ordem não é arbitrária), como as PPP são um fenómeno dinâmico, também porque se procuram ajustar àquela mutação e porque a avaliação permanente das PPP existentes pode determinar alterações conceptuais importantes. Isto é, situações haverá em que nem a legislação aplicável nem o contrato prevêm a alteração da PPP e, não obstante, um juízo sobre a prossecução do interesse público pode determinar a necessidade de alteração da PPP¹⁰⁸.

Em terceiro lugar, importa notar que o n.º 1 do artigo 14.º tem uma previsão “voluntarista”, logo contrariada no n.º 2. Com efeito, no n.º 1 o legislador previu que estariam sujeitas ao disposto no n.ºs 2 a 5 da norma em causa, “...quaisquer alterações que, após a selecção do parceiro privado ou na vigência do respectivo contrato (...) se pretenda introduzir...”.

Contudo, como notam Alexandra Pessanha e Fernando Xarepe Silveiro, “...somente as alterações aos termos e condições de um contrato de parceria já celebrado...” é que estarão sujeitos ao regime procedimental previsto no artigo 14.º. De facto, nos termos do n.º 2 do mesmo artigo, um Ministério só tem a obrigação de notificar o Ministério das Finanças se e quando “...der início ao estudo e preparação de uma alteração dos termos e condições de um contrato de parceria já celebrado...”¹⁰⁹.

Em quarto lugar, importa determinar quais os parâmetros do re-

¹⁰⁸ E não se diga que este tipo de situações está coberto pela possibilidade de as partes acordarem nessa alteração. É que não só as fontes referidas são o pressuposto para todas as combinações possíveis de alteração de uma PPP (por acordo, por iniciativa do parceiro público ou por iniciativa do parceiro privado), como pode perfeitamente o parceiro público querer alterar a PPP, e o parceiro privado não estar de acordo.

¹⁰⁹ Neste contexto, fica-se sem saber qual o regime aplicável quando se pretender introduzir alterações numa parceria em que o parceiro privado já foi escolhido. Nestas situações, que não parecem poder contemplar os termos da parceria, pois o parceiro já foi escolhido após procedimento concursal e, por isso, estarão em causa os compromissos já acordados mas ainda não assumidos (feita-se contratualizados), dever-se-á aplicar o disposto no n.º 2 quanto à notificação obrigatória do Ministério das Finanças. A partir daqui, parece que se deve aplicar o disposto no n.º 3, isto é, a entidade encarregue pelo Ministro da tutela sectorial deve consultar os membros da Comissão de Acompanhamento que tinham sido nomeados ao abrigo do disposto no artigo 8.º, pressupondo-se aqui que a PPP em causa foi estudada, lançada e adjudicada ao abrigo do regime das PPP. Estes membros emitirão dois pareceres não vinculativos, nos termos e para os efeitos previstos no artigo 8.º, n.ºs 7 e 8, aplicável por remissão do n.º 4 do artigo 14.º. Finalmente, o Ministro das Finanças deve emitir parecer vinculativo sobre a alteração da parceria, nos termos e para os efeitos previstos no artigo 14.º, n.º 5.

gime de alteração das PPP já contratualizadas, face ao programa de concurso e cadernos de encargos que estiveram na base do seu lançamento.

Quanto a este ponto, se aqui estão em causa “apenas” alterações dos termos e condições de um contrato de parceria já celebrado, parece que apenas as disposições contratuais (e também as bases gerais da concessão) poderão ser alteradas. Acresce que “...o programa de concurso e o caderno de encargos constituem duas das condições de lançamento da parceria que, nos termos do artigo 8.º, n.º 9, são aprovadas mediante despacho conjunto dos Ministros das Finanças e da tutela sectorial, pelo que a alteração dos seus termos só poderá ocorrer mediante alteração do referido despacho. Ora, quanto a este ponto, o artigo 14.º não contempla intervenção outra por parte do Ministro das Finanças que não seja a de emissão de um parecer vinculativo sobre os termos da alteração que se pretende ver consolidada...”¹¹⁰.

CAPÍTULO IV – DISPOSIÇÕES FINAIS

i) O artigo 15.º prevê que as competências atribuídas no regime das PPP aos Ministros das Finanças e da tutela sectorial possam ser delegadas ou subdelegadas, situação que não merece qualquer observação crítica, podendo contribuir mesmo para alguma agilização dos procedimentos previstos no regime das PPP¹¹¹.

ii) O artigo 16.º estabelece a regra da aplicação imediata do regime das PPP, especificando que o mesmo se aplica: (1) a todas as parcerias público-privadas que ainda não tenham sido objecto do despacho conjunto dos Ministros das Finanças e da tutela sectorial que aprova

¹¹⁰ Cfr., Alexandra Pessanha e Fernando Xarepe Silveiro, artigo citado, páginas 38 a 40.

¹¹¹ Contudo, se os poderes do Ministro das Finanças forem vistos como uma manifestação do seu poder de veto sobre quaisquer actos que impliquem aumento de despesas ou diminuição de receitas, e tendo presente que esta intervenção do Ministro das Finanças pode configurar um verdadeiro princípio integrante da Constituição financeira, esta norma é de controvertida constitucionalidade. Sobre este assunto, ver Paulo Otero, artigo citado.

as condições de lançamento da parceria (cfr. artigo 8.º, n.º 9); e (2) às renegociações, contratualmente previstas ou acordadas pelas partes, das PPP existentes, nos limites da disponibilidade negocial.

iii) Os artigos 17.º e 18.º alteram e revogam disposições do Decreto-Lei n.º 185/2002, de 20 de Agosto (diploma que regula as PPP no sector da Saúde¹¹²), devendo apenas salientar-se, e apesar de já referido, que estas disposições reforçam a ideia segundo a qual a possibilidade de criação de regimes sectoriais específicos não pode, no campo das normas procedimentais, contrariar o regime das PPP.

iv) O artigo 19.º determina que o regime das PPP entra em vigor no dia seguinte ao da sua publicação¹¹³, situação que não deixa de demonstrar a urgência sentida pelo Governo na sua aplicação imediata a todo e qualquer processo de PPP que estivesse em curso.

Curiosamente, e não obstante tratar-se de um diploma que é aplicável, em abstracto, a todo e qualquer sector de actividade regulado e tutelado pelo Governo, apenas o Primeiro Ministro, o Ministro das Finanças e o Ministro da Saúde é que o assinaram (pelo menos é isso que consta do diploma publicado no DR).

III PARTE – CONCLUSÕES

i) Na minha leitura, o regime das PPP foi criado sobretudo por razões de ordem política de exercício da acção governativa, ditadas pela necessidade de o Ministério das Finanças se dotar de um procedimento legal que lhe permitisse condicionar, conformar e controlar o processo de criação de despesa pública no âmbito da formação de PPP.

ii) O Ministério das Finanças, colocado sob a pressão de cumprir o Pacto de Estabilidade e Crescimento e provavelmente “assustado” com

¹¹² Sobre as PPP no sector da Saúde, ver por todos Jorge Abreu Simões, “As Parcerias Público-Privadas no Sector da Saúde”, in Manual Prático das Parcerias Público-Privadas, 2004, NPF, Pesquisa e Formação, Publicações, páginas 28 a 84.

¹¹³ O regime das PPP entrou em vigor, pois, no dia 27 de Abril.

os encargos financeiros decorrentes das denominadas SCUTS (que são PPP), optou por criar uma forma adicional e mais reforçada de controlar o processo de criação de despesa pública no âmbito das PPP.

iii) Na realidade, o Ministério das Finanças, perante os grandes encargos financeiros decorrentes das SCUTS e obrigado a uma grande e inflexível disciplina financeira e orçamental, teve a percepção de que o “combate” por essa disciplina – na ausência de legislação específica e condicionadora –, seria travado no campo aberto das opções políticas, tornando-o subjectivo, visível, imprevisível e, portanto, possivelmente incontrolável (para o Ministério das Finanças).

iv) Foi neste contexto, muito particular, que foi criado o regime das PPP. E, como vimos, ele “marca” todo o regime das PPP, designadamente os aspectos de ordem procedimental.

v) Esta conclusão que retiro não contém em si mesma nenhum juízo de valor, positivo ou negativo, sobre a opção tomada. O que ela visa, o que ela permite, é explicar e clarificar a razão pela qual o legislador optou por criar o regime jurídico das PPP de uma forma que faz depender do Ministério das Finanças todas as decisões fundamentais em matéria de lançamento, adjudicação e alteração de PPP.

vi) A partir desta explicação, é possível entender e clarificar o sentido de algumas ou muitas das normas que compõem o regime das PPP. Em quase todas elas, conforme julgo ter demonstrado, o pressuposto de que parto revelou, salvo melhor opinião, capacidade explicativa.

vii) Se dúvidas houvesse sobre a bondade da necessidade de contextualizar e clarificar as razões pelas quais o regime das PPP foi criado, a leitura conjugada do artigo 8.º, n.º 8 e artigo 6.º, n.º 1, permitiu dissipá-las. Aos representantes nomeados pelo Ministério das Finanças e apenas a eles, cabe verificar se um projecto de parceria preenche os pressupostos fixados no artigo 6.º e respeita os princípios sobre a partilha de riscos previstos no artigo 7.º.

viii) Em caso de parecer negativo, não se vislumbra como poderá o Ministro das Finanças ignorá-lo e, em consequência, lançar a PPP juntamente com o Ministro da tutela sectorial. Em caso de parecer positivo, a conformação futura do contrato com o parceiro privado está, na sua estrutura, totalmente condicionada, e tudo isto sem intervenção da tutela sectorial (a quem, na prática restará apenas lançar a PPP ou abdicar, em definitivo, de a lançar).

ix) A atribuição deste papel central ao Ministério das Finanças, que o legislador não justificou em lado algum do diploma, nem no preâmbulo (que enuncia e clarifica todas as outras questões fundamentais no regime das PPP), nem no articulado propriamente dito, teve como consequência a criação de um regime procedimental complexo, “pesado” e burocratizante.

x) A criação do regime das PPP não reclamava a atribuição ao Ministério das Finanças do papel que lhe foi conferido. O Ministério das Finanças já dispunha, quer por via da Lei de Enquadramento Orçamental, quer por via da Lei Orgânica do Governo, de todos os mecanismos necessários – do ponto de vista jurídico – para condicionar, controlar e fiscalizar o processo de criação de despesas pública no âmbito das PPP.

xi) Ao criar um regime procedimental complexo, burocratizante e fortemente dependente do Ministério das Finanças, seria expectável que as entidades públicas em quem a tutela financeira “delegou” grande parte dos seus poderes, fossem dotadas de todos os meios necessários ao desempenho efectivo das suas funções.

xii) Para tentar avaliar se foram criadas todas as condições para um cumprimento cabal do regime das PPP, e tendo presente a quase total ausência de informação institucional sobre a aplicação do regime das PPP, em particular e sobre as PPP, em geral, optei por “recolher uma amostra”. Assim, partindo do facto de que a Parpública foi incumbida pelo Ministério das Finanças de recolher e disponibilizar informação relativa aos custos, riscos e respectivo impacto financeiro das PPP em curso e, igualmente, pela difusão entre o sector público das lições en-

tretanto recolhidas, seria normal que dispusesse de um “site” onde colocasse todo o acervo documental que tem vindo a recolher nestes últimos anos; quando possível, o resultado da avaliação das PPP em execução; uma listagem de “boas práticas” na preparação, lançamento e contratualização das PPP; bibliografia sobre o tema; listagem de “sites” úteis; a posição do Governo Português sobre o Livro Verde da Comissão sobre PPP e os Contratos de Concessão, etc.

xiii) Ora, não só, até à presente data, e decorridos que estão mais de dois anos sobre a publicação do regime das PPP (e quase o mesmo período de tempo desde a publicação do referido Despacho Normativo), a Parpública não tem (ou ainda não disponibilizou) um “site” autónomo, como no “link” que se obtém a partir do Ministério da Economia (?) não existe qualquer referência às atribuições da Parpública em sede de PPP. Esta situação não deixa de ser preocupante porque pode significar que as “lesson learned” não estão a ser difundidas, logo, apreendidas, por todos os Organismos do Estado com responsabilidade nesta matéria e, claro está, por todos os parceiros privados envolvidos ou terceiros interessados.

xiv) Esta situação serve para demonstrar aquela que parece ser uma das grandes fragilidades do regime das PPP, a saber, a de que o Governo não terá criado as condições materiais, digamos assim, para que os objectivos fixados no regime das PPP sejam cumpridos, ou seja, não dotou as entidades a quem atribuiu grandes responsabilidades, dos meios humanos, técnicos, logísticos e financeiros de modo a assegurar o cumprimento integral dos pressupostos, regras e objectivos fixados no regime das PPP.

Contudo, esta afirmação só poderá ser comprovada quando for feita uma avaliação séria da aplicação do regime das PPP, averiguando, designadamente, se os prazos previstos no artigo 8.º foram cumpridos; determinando se na designação dos seus representantes, os Ministros das Finanças e da tutela sectorial variaram na sua escolha e, também, se deram condições aos designados para desempenharem a preceito as suas funções; avaliando a quantidade e qualidade da informação disponibilizada pelas entidades com responsabilidade de divulgação dos conhecimentos adquiridos no estudo, preparação e acompanhamento das

PPP já celebradas e, como é óbvio, determinando se as PPP celebradas ou contratadas pelo Estado foram mais vantajosas e equilibradas desde a criação, publicação e aplicação do regime das PPP.

xv) A criação do Decreto-Lei n.º 86/2003, de 26 de Abril, e respectiva legislação complementar, constituiu, na minha leitura, um passo em frente na medida em que veio enquadrar e disciplinar juridicamente o recurso às PPP pelo Estado, estabelecendo um conjunto de “boas práticas” que podem racionalizar e equilibrar o modo como os Governos em exercício fazem uso das PPP como instrumento de política social, económica e financeira. Mas o regime procedimental nele previsto e o papel central e centralizador do Ministério das Finanças tem que ser revisto, não só pelo que representa de “desqualificação política” dos restantes Ministérios, mas também porque não se encontra justificação para tão forte dependência. No limite, a querer manter-se o actual regime procedimental, então o governo em funções tem a obrigação política de justificar a proeminência do Ministério das Finanças, extraindo as devidas consequências – políticas e outras – dessa opção, permitindo, assim, o debate público sobre mesma.

