

PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS E ALOCAÇÃO DO RISCO

*Luis Heleno Terrinha**

***Sumário:** O presente estudo aborda de forma sintética a importância de que se reveste a alocação do risco entre o parceiro privado e o parceiro público no quadro de uma parceria público-privada, fazendo uma análise dos tipos de riscos normalmente envolvidos em tal fenómeno contratual e discutindo soluções de distribuição ou partilha em casos mais específicos ou mesmo melindrosos.*

1. Objecto de estudo

O art. 2.º do Decreto-Lei 86/2003 de 26 de Abril, alterado pelo Decreto-Lei 141/2006, define a parceria público-privada como “o contrato ou união de contratos, por via dos quais entidades privadas, designadas por parceiros privados, se obrigam, de forma duradoura, perante um parceiro público, a assegurar o desenvolvimento de uma actividade tendente à satisfação de uma necessidade colectiva, e em que o financiamento e a responsabilidade pelo investimento e pela exploração incumbem, no todo ou em parte, ao parceiro privado”. Questão capital neste domínio é a da alocação ou transferência de risco do ente público para o ente privado como, desde logo, o demonstra o art. 7.º do citado diploma. Este preceito determina que “a partilha de riscos entre as entidades privadas deve estar claramente identificada contratualmente” seguindo-se pelos princípios de que “os diferentes riscos inerentes à parceria devem ser repartidos entre as partes de acordo com a sua capacidade de gerir esses mesmos riscos”, “o estabelecimento da parceria

* Mestrando em Direito Administrativo – vertente científica – pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Contacto: terrinha@sapo.pt. Agradecemos ao Sr. Prof. Doutor Raúl Guichard a oportunidade da presente publicação.

deverá implicar uma significativa e efectiva transferência de risco para o sector privado” e de que “o risco de insustentabilidade financeira da parceria, por causa não imputável a incumprimento ou modificação unilateral do contrato pelo parceiro público, ou a situação de força maior, deve ser, tanto quanto possível, transferido para o parceiro privado”. O exposto é confirmado, igualmente, pelos arts. 413.º e 416.º do Código dos Contratos Públicos. Não esqueceríamos, ainda, o denominado Livro Verde sobre as Parcerias Público-Privadas no seu ponto 1.1, parágrafo 2º: “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”¹.

Partindo deste enquadramento legal, o que nos propomos fazer neste trabalho é uma exposição acerca da problemática do risco neste âmbito, as questões que suscita e as formas em abstracto concebíveis para as resolver.

2. PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS E RISCO: INTRODUÇÃO

A própria razão de ser das parcerias público-privadas justifica a importância que obrigatoriamente se tem de conceder à alocação do risco. Nascendo elas como uma oportunidade de colocar a experiência, técnicas e capacidades do sector privado ao serviço da satisfação de necessidades públicas², nomeadamente no que diz respeito à construção e operação de infra-estruturas, e baseando-se na convicção de que os parceiros ou operadores privados estarão em condições de actuar com maior eficiência³, requer-se que a parceria se apresente como modo de obtenção do desig-

¹ Acessível em <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2004:0327:FIN:PT:PDF>.

² Cfr. HARTMUT BAUER, “Verwaltungsverträge”, in *Grundlagen des Verwaltungsrechts* (HOFFMANN-RIEM / SCHMIDT-ASSMANN / VOSSKUHLE), Band II, München: C. H. Beck, 2008, pág. 1189, MARIA EDUARDA AZEVEDO, *As Parcerias Público-Privadas: Instrumento de uma Nova Governação Pública*, Coimbra: Almedina, 2009, págs. 18 e 19 e OWEN HAYFORD, *Successfully allocating risk and negotiating a PPP contract*, 6th Annual National Private Public Partnerships Summit 16-17 May 2006, (disponível em: http://www.claytonutz.com/docs/PPP_Summit_Paper_May06.pdf), pág. 2.

³ ANTONIO ESTACHE, ELLIS JUAN, LOURDES TRUJILLO, *Public Private Partnerships in Transport*, Policy Research Working Paper 4436, The World Bank Sustainable Development Vice-Presidency, Dezembro 2007 (disponível em http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1072402), pág. 1.

nado *value for money*, quando comparado com os custos e despesas que o ente público teria que integralmente suportar se decidisse construir, operar ou manter a infra-estrutura desejada pelo método tradicional, ou seja, assumir o Estado ele próprio o desenvolvimento de todas as actividades em questão⁴. Em suma, o *value for money* será conseguido na medida em que a intervenção da iniciativa privada permita, pela transferência de risco, alcançar custos de construção e operação menores, bem como uma manutenção mais eficiente a longo prazo (sempre comparando com o custo de um projecto inteiramente público)⁵.

As parcerias, embora englobando quer um investimento de montante significativo, quer a prestação por privados de serviços que terão caracteres de natureza pública⁶, aparecem como um instrumento em que o Estado continua, ainda assim, a estar envolvido de alguma forma na tarefa pública que por meio delas se executa. Aliás, basta ver que o serviço é prestado em nome do ente público e este poderá mesmo efectuar pagamentos públicos ao ente privado pela prestação realizada⁷.

Não se deve esconder que a sua história não é dissociável da “má fama” que ganharam por se terem tornado um expediente que permitia e facilitava o contorno de regras e limites orçamentais, isto é, “*to evade expenditure controls (carried off budget)*”. Todavia, apesar de tudo, e é essa a ideia que aqui queremos vincar, o seu principal benefício parece consistir, por um lado, na capacidade de colocar fundos privados à disposição da realização de fins públicos e, por outro, na promoção de uma melhor gestão de escassos recursos, com um acréscimo de eficiência na execução dos serviços anteriormente prestados unicamente pela enti-

⁴ Sobre esta natureza comparativa do *value for money*, cfr., por todos, MARIA EDUARDA AZEVEDO, *As Parcerias Público-Privadas...*, págs. 494 e ss.

⁵ GRAHAME ALLEN, *The Private Finance Initiative*, Economic Policy And Statistics Section, House of Common Library, 2001 (disponível em: <http://www.parliament.uk/documents/commons/lib/research/rp2001/rp01-117.pdf>), pág. 25.

⁶ Problematisando dogmaticamente a participação de entidades privadas na prestação de serviços públicos, cfr. os muito interessantes artigos de ANDREAS VOSSKUHLE, “Beteiligung Privater an der Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben und staatliche Verantwortung”, *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer* (VVDStRL), vol. 62 (2003), págs. 266 a 329, e MARKUS HEINTZEN, “Beteiligung Privater an der Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben und staatliche Verantwortung”, *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer* (VVDStRL), vol. 62 (2003), págs. 220 a 260.

⁷ Cfr. MARIA EDUARDA AZEVEDO, *As Parcerias Público-Privadas...*, pág. 21.

dade pública⁸. Na verdade, é possível dizer-se que as Parcerias Público-Privadas vêm como que preencher uma disparidade existente entre as necessidades de infra-estruturas e os diminutos, mas imprescindíveis, correlativos fundos⁹, cujas razões (da falta de fundos) residirão no crescente número da população mundial, no aumento da população nas regiões urbanas, nas infra-estruturas existentes antiquadas ou obsoletas e no alto nível de endividamento¹⁰, para nomear algumas. Logo, para lá do propagado potencial de poupança dos escassos recursos financeiros públicos, existe um adjacente fim de conseguir, ainda assim, uma modernização do Estado e do seu aparelho¹¹.

Por tudo isto que se expôs, e que constitui a introdução ao problema, precisamos, pois, de ressaltar algumas condições do sucesso das parcerias, tais como: um compromisso político ao mais alto nível para a qualidade de um programa contratual de parcerias público-privadas; a transparência e concorrência no procedimento de contratação; a coordenação ao nível das diversas unidades ou entidades públicas envolvidas¹². Parece-nos, inclusivamente, que a questão da transparência é de veras relevante no que concerne ao esquema final de distribuição ou alocação do risco, pois que a maior competição entre os candidatos a parceiro privado dilucidará os tipos de riscos que estes estão dispostos a assumir e tenderá a conseguir que, em prol da obtenção do contrato, eles assumam posições mais onerosas (embora, claro, não insustentáveis) deste ponto de vista do risco, que não assumirão se os procedimentos¹³ não promovem a transparência, concorrência e a multiplicidade

⁸ Cfr. BAUER, “Verwaltungsverträge...”, pág. 1189, e EFRAIM SADKA, *Public-Private Partnerships: A Public Economics Perspective*, International Monetary Fund Working Paper, Fiscal Affairs Department, 2006 (disponível em: <http://www.imf.org/external/pubs/ft/wp/2006/wp0677.pdf>), pág. 4.

⁹ Cfr. BAUER, “Verwaltungsverträge...”, pág. 1189 e MARIA EDUARDA AZEVEDO, *As Parcerias Público-Privadas...*, pág. 27.

¹⁰ BOB PRIETO, *Yours, Mine and Ours: Risk and Risk Allocation in Public Private Partnerships*, 2009 (disponível em: <http://www.pmforum.org/library/papers/2009/PDFs/Prieto-1-09.pdf>), pág. 2.

¹¹ Cfr. BAUER, “Verwaltungsverträge...”, pág. 1189.

¹² WORLD BANK / PUBLIC-PRIVATE INFRASTRUCTURE ADVISORY FACILITY, *Public-Private Partnership Units – Lessons for their Design and Use in Infrastructure (Report)*, 2007 (disponível em: <http://www.docstoc.com/docs/21000494/Public-Private-Partnership-Units>), pág. 61 e ss.

¹³ Ou a realidade “para lá do procedimento”, pois que o procedimento em si pode ser

de ofertas^{14/15}. Esta será, portanto, uma forma de sustentar e promover a “eficiente alocação dos riscos”, ao mesmo tempo que contribui para a obtenção do *value for money* (explicado *supra*) que a parceria tem de oferecer¹⁶.

3. A IMPORTÂNCIA DA AVALIAÇÃO DO RISCO

Como já afirmámos, a identificação dos riscos e a definição de soluções de gestão do mesmo é fundamental no programa contratual de qualquer parceria público-privada. Importa notar que não deixa de se referir que os entes públicos tendem para “uma deficiente apreciação do risco”, o que provoca, como efeito, uma previsão orçamental que comumente considera o melhor resultado possível ou o mais optimista em vez do mais provável¹⁷. Os riscos são reais e frequentemente, como é natural, o planeado acaba por não se realizar ou ser contraditado pelos factos¹⁸. É essencial que se transfira para o parceiro privado suficiente risco financeiro (por exemplo, risco de financiamento ou risco de alteração/subida da taxa de juro), de forma a garantir o *value for money*¹⁹.

Podemos, desde logo, fazer aqui uma divisão entre uma avaliação quantitativa e qualitativa do risco: a primeira, que trata de saber *quanto*

manipulado para que se atinjam determinados desideratos em detrimento de outros. Parece-nos, por isso, que deve existir uma cultura e realidade que, enquanto ambiência do procedimento, promovam a concorrência e a transparência a que se aludiu.

¹⁴ Como explicitamente escreve OWEN HAYFORD, *ob. cit., loc. cit.*, pág. 13: “Competitive tension is the key to a successful outcome that delivers value for money to government”.

¹⁵ Sobre a importância do procedimento para a defesa e garantia do interesse público, bem como para a legitimidade das decisões tomadas, cfr. SCHMIDT-ASSMANN, “Der Verfahrensgedanke im deutschen und europäischen Verwaltungsrecht”, in *Grundlagen des Verwaltungsrechts* (HOFFMANN-RIEM / SCHMIDT-ASSMANN / VOSSKUHLE), Band II, München: C. H. Beck, 2008, pág. 500, e VASCO PEREIRA DA SILVA, *Em Busca do Acto Administrativo Perdido*, Coimbra: Almedina, 2003, págs. 328 a 330 e 400 e ss.

¹⁶ *Vd.* BING LI, AKIN AKINTOYE, CLIFF HARDCASTLE, “Value for Money and Risk Allocation Models in Construction PPP projects” in *ARCOM Doctoral Workshop – Simulation and Modelling in Construction*, 2001 (disponível em: <http://www.arcom.ac.uk/workshops/2001-Edinburgh.pdf>), pág. 16, que acrescenta outras duas condições: natureza a longo prazo dos contratos e “output based specification”, o que nos parece ser a definição precisa e especificada dos resultados que se pretendem alcançar.

¹⁷ GRAHAME ALLEN, *ob. cit., loc. cit.*, pág. 27.

¹⁸ ANTÓNIO ESTACHE, ELLIS JUAN, LOURDES TRUJILLO, *ob. cit., loc. cit.*, pág. 11.

¹⁹ GRAHAME ALLEN, *ob. cit., loc. cit.*, pág. 28.

risco é transferido (uma vez que à partida o parceiro privado irá estabelecer um preço para suportar aquele risco e tem interesse em quantificá-lo no sentido de saber até que ponto é da sua perspectiva sustentável comportá-lo), o que envolverá formulas matemáticas sofisticadas; a segunda, que é a que nos interessa neste trabalho, procura identificar os tipos de riscos e decidir de que modo os distribuir e a quem²⁰. Embora a vertente quantitativa tenha uma preponderância prática indiscutível, a análise qualitativa não deve ser descurada, já que a “simples identificação dos riscos se afigura crítica para a eficiência do projecto”²¹. É esta assunção de risco que vai criar o incentivo apropriado para a gestão eficiente dos projectos por parte do parceiro privado e que vai prevenir comportamentos estratégicos da sua parte que possam afectar o interesse público na base da parceria. No entanto, é preciso ter presente que a aceitação ou a imposição de um risco excessivo ao parceiro privado poderá traduzir-se na aceitação de risco nenhum, uma vez que, como consequência, pode, posteriormente, o ente público encontrar-se, na realidade, perante uma de duas opções: ajudar e suportar o ente privado (que assumiu mais risco do que o que conseguia suportar) ou deixar o projecto falhar²².

Outro aspecto que tem de se reconhecer, igualmente, é o de os parceiros estarem nos projectos com objectivos diferentes (embora, como já escrevemos, o empenhamento no seu sucesso deva ser o maior possível em ambos), sendo que o que constitua uma justa e equilibrada alocação de responsabilidades para um, pode, na visão do outro, não representar um compromisso adequado²³: o sujeito privado e aqueles que o financiam procuram o lucro; o sujeito público quererá limitar possíveis abusos de posição dominante ou monopólio, ao mesmo tempo que pretenderá maximizar a eficiência produtiva (menor custo possível), assegurar que a qualidade do projecto, os parâmetros ambientais e de saúde pública são respeitados e que certas condições ligadas aos seus objectivos sociais (por exemplo, tarifas de utilização reduzidas) são aceites²⁴.

²⁰ BING LI, AKIN AKINTOYE, CLIFF HARDCASTLE, *ob. cit. loc. cit.*, pág. 19.

²¹ Citámos RUI MONTEIRO, *PPP and Fiscal Risks – Experiences from Portugal, International Seminar on Strengthening Public Investment and Managing Fiscal Risks from Public-Private Partnerships*, Budapest, 2007 (disponível em: http://www.imf.org/external/np/seminars/eng/2007/ppp/pdf/rsm_p.pdf), pág. 9.

²² RUI MONTEIRO, *ob. cit., loc. cit.*, pág. 9.

²³ OWEN HAYFORD, *ob. cit., loc. cit.*, pág. 8.

²⁴ WORLD BANK, *Concessions for Infrastructure – A Guide to Their Design and Award*,

Importar tomar a diversidade de perspectivas em consideração para que se faça uma análise do risco “não ingénua” (Rui Monteiro)²⁵.

Dedicaríamos outro considerando a ressaltar que os contratos de parceria se revestem de alguma incompletude no sentido de uma certa abertura ou flexibilidade, exactamente para permitir aos contraentes privado e público reagirem a vicissitudes que ocorram no período (normalmente longo) de duração do contrato, o que por si facilitará a eficiência do projecto e a rápida capacidade em introduzir inovações. É relevante, por isso, que se crie uma margem de adaptabilidade às circunstâncias²⁶.

Em suma, e com Owen Hayford, uma distribuição de risco equilibrada: estará consistente com as expectativas do mercado e seus participantes; criará mecanismos de “sobrevivência” à concretização de algum risco que ocorrerá durante a vida do projecto; terá suficiente flexibilidade que permita às partes lidar com eventos externos e imprevisíveis no momento da assinatura do contrato²⁷.

4. O PRINCÍPIO BASE DE ALOCAÇÃO DO RISCO

Em teoria é fácil delinear o princípio básico de que se deve partir: em princípio, o risco deve ser transferido para a parte que está em melhores condições para o assumir, controlar ou gerir pelo menor custo²⁸. Como afirma Grahame Allen: “risk and reward go hand in hand: the higher the perceived risk that is being transferred to the private sector, the greater the risk premium that will be required by the contractor from the public sector to compensate them for their exposure”. Portanto, à partida, nenhum dos parceiros está interessado numa *má* alocação, sob pena até da ineficiência de todo o projecto. Porém, a simplicidade da máxima enunciada esconde, como praticamente tudo o que se afigura linear, a dificuldade da sua aplicação prática. É preciso considerar a natureza dos diversos riscos e aceitar a complexidade da distribuição de alguns em particular (a que nos referiremos mais adiante). A óp-

organizado por Michael Klein, World Bank Technical Paper n° 399, 1998 (disponível em: http://rru.worldbank.org/Documents/Toolkits/concessions_fulltoolkit.pdf), pág. 21.

²⁵ *Ob. cit., loc. cit.*, pág. 8.

²⁶ RUI MONTEIRO, *ob. cit., loc. cit.*, pág. 9.

²⁷ OWEN HAYFORD, *ob. cit., loc. cit.*, pág. 8.

²⁸ Cfr. o Ponto I. deste trabalho.

tima alocação do risco não pode ser definida *a priori* quer porque cada projecto é um projecto com as suas especificidades próprias, quer por um conjunto de razões que Owen Hayford²⁹ esquematizou da seguinte forma: *perspectivas subjectivas das partes*, uma vez que formam as suas próprias opiniões em momento anterior ao contrato no que diz respeito à capacidade de cada uma para gerir os riscos, as probabilidades de certos riscos acontecerem ou não, os custos que cada uma suportaria se assumisse o risco (perspectivas que, claro, normalmente diferem); *complexidades*, traduzindo o facto de que muitos riscos não estão unicamente na esfera de controlo e de gestão de uma só parte, antes dependendo muito da conduta da contraparte, conduzindo, assim, a situações de riscos partilhados; *riscos difíceis*, sendo aqueles em que nenhuma das partes está numa posição confortável para gerir o risco (caso da força maior); *outras influências*, tais como requisitos comerciais, poder de negociação e requisitos impostos pelos financiadores. Isto permite, conseqüentemente, tirar duas conclusões: a primeira é a de que por vezes não vai ser aquele princípio primário nem a eficiência a ditarem, efectivamente, a transferência do risco; a segunda, é a de que estamos perante um processo (o de distribuição do risco) de natureza negocial³⁰ em que em certas ocasiões o risco não fica com o ente em melhor situação para o suportar mas sim com aquele que se encontra numa posição demasiado fraca para o recusar ou, dito de outro modo, não raramente acaba por ser “o melhor e mais experiente negociador a assumir a menor quantidade de risco”³¹.

5. TIPOS DE RISCO (EM GERAL)

Como já tivemos oportunidade de dizer os riscos são extremamente variados e múltiplos. Vamos aqui adoptar a esquematização de alguns autores que temos vindo a citar³² para os dividir em três níveis: nível

²⁹ *Ob. cit., loc. cit.*, pág. 10.

³⁰ ANTONIO ESTACHE, ELLIS JUAN, LOURDES TRUJILLO, *ob. cit., loc. cit.*, pág. 16: “negotiated process”.

³¹ *Vd. última obra citada.*

³² Estamo-nos a referir especificamente a BING LI, AKIN AKINTOYE, CLIFF HARDCASTLE, “Value for Money and Risk Allocation Models...”, *loc. cit.*, pág. 19 e a outro trabalho dos mesmos autores “Risk Allocation Preferences in PPP/PFI Construction Projects in the UK”, The International construction research conference of the Royal Institution

macro, nível *meso* e nível *micro*. Quanto a uma breve explicação dos mesmos, podemos dizer que o nível *macro* se caracteriza por compreender riscos de fonte exógena, isto é, exteriores ao projecto (por exemplo, condições políticas e legais, condições económicas, condições sociais e condições meteorológicas); o nível *meso* inclui riscos de fonte endógena, isto é, internos ao projecto (implementação do projecto, procura, localização, *design*, construção e tecnologia); o nível *micro* representa riscos no âmbito das relações entre os diferentes *stakeholders* envolvidos em todo o processo, desde logo porque o sector público tem responsabilidades público-comunitárias e sociais, enquanto que o sector privado é primariamente orientado pelo lucro³³. É interessante dar desde já conta da pesquisa ou inquérito levado a cabo pelos autores em referência, conduzido em 2001 entre organizações britânicas no sentido de descobrir as preferências das empresas inquiridas em relação à alocação do risco. Sabendo-se que a distribuição do risco pode ser realizada de três maneiras possíveis (alocação do risco ao ente público, alocação ao ente privado ou então partilha do risco pelos dois), a resposta ao questionário cifrou-se no seguinte (isto, antes de passarmos à análise de alguns riscos em especial):

- cinco riscos eram melhor suportados pelo sector público: nacionalização/expropriação, processo de decisão política fraco, oposição política ao projecto, estabilidade governativa, e disponibilidade do lugar onde o projecto deve ser executado;

- a maioria dos riscos seriam transferidos para o parceiro privado, havendo uns, contudo, que, consoante as circunstâncias, podiam oferecer algumas oportunidades de partilha (legislação fiscal, mudança de *design* no projecto, por facto imputável ao ente público, quando ele já está em fase avançada, inflação, intensidade da procura, capacidade do projecto para atrair investimento e financiadores) e outros que são exclusivamente assumidos pelo parceiro privado (taxas de juro, condições meteorológicas, ambiente, condições no terreno, volatilidade do mercado financeiro, *project finance* – com custo elevado de financiamento ou dificuldade da sua obtenção³⁴, *design*, construção e operação – inclu-

of Chartered Surveyors, Leeds Metropolitan University, 2004 (disponível em: http://www.rics.org/site/scripts/download_info.aspx?fileID=2640&categoryID=562), pág. 2.

³³ *Vd.* BING LI, AKIN AKINTOYE, CLIFF HARDCASTLE, “Risk Allocation Preferences in PPP/PFI...”, pág. 2.

³⁴ Aqui deve-se ter em conta que, na maior parte dos casos, pensamos nós, o parceiro privado

indo qualidade da mão-de-obra, derrapagem orçamental (*cost overrun*), disponibilidade dos materiais e trabalhadores, insolvência de algum fornecedor ou subcontratado, atraso na construção e falhas ou erros ao nível das técnicas de engenharia utilizadas);

- outros riscos seriam partilhados, como a força maior, mudança de legislação ou a falta de empenhamento da contraparte contratual;

- uma última categoria seria a dos riscos cuja distribuição depende intrinsecamente de cada projecto ou parceria e suas especificidades, designadamente no que toca ao nível de apoio do público ao projecto (por parte dos cidadãos ou potenciais utilizadores), ou a aprovação do projecto e concessão de licenças.

Em suma: o ente público suporta a maioria dos riscos políticos (nível *macro*) e, no inquérito, o risco da disponibilidade da localização (nível *meso*); outros riscos do nível *macro* como a força maior e alteração na legislação seriam partilhados; o resto seria responsabilidade do parceiro privado.

6. TIPOS DE RISCO (EM ESPECÍFICO)

Partindo desta visão ampla, decidimos agora seleccionar alguns dos riscos em questão e analisá-los em específico. Seria um trabalho sem fim se quimericamente quiséssemos debruçarmo-nos sobre todos. Daí que tenhamos feito uma selecção com base no interesse e discussão que alguns dos riscos nos pareciam suscitar.

Começemos pela disponibilidade do lugar ou localização do projecto (*site availability* ou *site risk*). Trata-se do risco de o terreno ou lugar não estar disponível ou não estar apto a ser usado no momento, da maneira necessária ou ao custo previsto, afectando a execução do projecto ou os lucros previstos³⁵. Como vimos no inquérito mencionado, pode-se entender que este risco será mais eficientemente assumido pelo ente público, já que, à partida, terá a experiência e os recursos para lidar

candidato já tem os seus negócios e esquemas de financiamento firmados no momento em que se apresenta ao parceiro público com a sua proposta de execução do projecto.

³⁵ DEPARTMENT OF TREASURY AND FINANCE, *Partnerships Victoria – Risk Allocation and Contractual Issues, A Guide*, Melbourne, 2001 (disponível em: [http://www.partnerships.vic.gov.au/CA25708500035EB6/WebObj/RiskAllocationandContractualIssues1-Entire/\\$File/Risk%20Allocation%20and%20Contractual%20Issues1%20-%20Entire.pdf](http://www.partnerships.vic.gov.au/CA25708500035EB6/WebObj/RiskAllocationandContractualIssues1-Entire/$File/Risk%20Allocation%20and%20Contractual%20Issues1%20-%20Entire.pdf)), pág. 41.

com ele e qualquer questão política ou jurídica no que toca à propriedade sobre o terreno será melhor resolvida a este nível³⁶. No entanto, tal pode afigurar-se discutível. Noutro texto consultado³⁷, parte-se da premissa, ao invés, de que é um risco transferível para o privado, embora o ente público o possa partilhar verificadas certas circunstâncias: se o terreno for propriedade do Estado; se este se mantiver proprietário do local apesar da execução nele do projecto; ou se o vai adquirir quando a parceria terminar.

Afins ou de alguma maneira ligados com este risco, estão outros como as aprovações legais obrigatórias (o risco da dificuldade da sua obtenção ou de aprovação condicionada que torne o projecto mais dispendioso na fase da construção e/ou operação), e os ligados a questões ambientais, designadamente os riscos de poluição, riscos de nova legislação ambiental mais rigorosa que entra em vigor já depois de o contrato estar concluído, necessidade de uma avaliação de impacto ambiental (todos podem atrasar significativamente o começo do projecto). Uma solução possível é ficar o parceiro privado responsável pelos riscos advenientes destas aprovações, embora o Estado os possa partilhar no que toca a atrasos do processo³⁸. No entanto, e contrariamente, é argumentável dever ficar o parceiro público onerado com estes riscos uma vez que, como já se disse, a entidade pública estará em melhores condições para ultrapassar estes problemas³⁹.

É importante não esquecer, ainda, o risco de o local escolhido vir a revelar-se inapropriado, sendo uma opinião a de que o risco correrá por conta do parceiro privado, na medida em que deve ele fazer a sua própria avaliação no terreno, ou então, outra, defendendo que se foi o Estado a escolher o sítio, deve ele assumir o risco daí decorrente⁴⁰.

Quanto a formas de mitigação destes problemas, é claro que uma

³⁶ *Vd.* Bing Li, Akin Akintoye, Cliff Harcastle, “Risk Allocation Preferences in PPP/PFI...”, pág. 3.

³⁷ DEPARTMENT OF TREASURY AND FINANCE, *Partnerships Victoria...*, pág. 41.

³⁸ DEPARTMENT OF TREASURY AND FINANCE, *Partnerships Victoria...*, pág. 47.

³⁹ ANTONIO ESTACHE, ELLIS JUAN, LOURDES TRUJILLO, *ob. cit., loc. cit.*, pág. 12.

⁴⁰ O DEPARTMENT OF TREASURY AND FINANCE, *Partnerships Victoria...*, na pág. 48 faz correr o risco da inadequação do local por conta do parceiro privado mesmo quando a escolha foi efectuada pelo ente público, com base no facto de o parceiro privado fazer a sua própria avaliação e análise do local. Tal posição parece-nos excessiva. No máximo, parece-nos que o risco há-de ser partilhado.

cuidada e cautelosa selecção do local poderá obstar à verificação de certos riscos enunciados, a par de uma atenta e previdente análise por parte quer do ente público, quer do ente privado (a quem deve ser disponibilizado o máximo de informação), além de que, no que toca a oposição popular, as entidades públicas podem, previamente, adoptar um processo de consulta e informação popular, onde grupos ou cidadãos interessados possam fazer valer os seus pontos de vista⁴¹.

Queremos também referir-nos à fase da construção. É preciso ver, desde logo, que se o parceiro privado vai não só construir mas também operar, por um período longo típico de uma concessão, o bem, edifício ou empreendimento que resulta do projecto, terá um incentivo para construir um empreendimento de boa qualidade e, à partida, também os característicos riscos desta fase (nomeadamente, falhas ao nível do *design* e engenharia do projecto) devem ser assumidos inteiramente, no que seja endógeno ao projecto, pelo ente privado⁴² – pressupondo, naturalmente, que esse *design* e engenharia estrutural e estruturante do empreendimento é incumbência sua. No caso de os erros que levam a acréscimos de custos (por exemplo, especificações erradas) provirem do ente público já deve ser este a arcar com a responsabilidade, sobretudo compensando o parceiro privado pelos custos de efectuar as alterações correctivas dos erros em que o induziu⁴³. Normalmente, a verificação de alguns destes riscos levará a derrapagens orçamentais (*cost overruns*). Formas de mitigação possíveis, são, como já se disse, entregar a responsabilidade na íntegra ao privado ou, querendo o ente público envolver-se e contribuir para a gestão destes riscos, cumprilhe-á especificar detalhadamente todas as metas que quer ver atingidas e dialogar com o parceiro privado acerca da estrutura que está a ser definida, mantendo-se, assim, a par de todo o processo⁴⁴.

Quanto a uma derrapagem orçamental propriamente dita, se estamos a reportar-nos a um âmbito de construção controlado pelo consórcio ou parceiro privado, deve o mesmo suportá-lo; se está fora do seu controlo (alterações legais, aumento de impostos, acções do Estado

⁴¹ Vd. DEPARTMENT OF TREASURY AND FINANCE, *Partnerships Victoria...*, pág. 50.

⁴² EFRAIM SADKA, *ob. cit., loc. cit.*, pág. 12.

⁴³ Vd. RUI MONTEIRO, *ob. cit., loc. cit.*, pág. 10. O autor afirma que, em Portugal, este problema tem sido evitado porque na maior parte das PPP os parceiros privados ficam responsáveis pelo projecto.

⁴⁴ Vd. DEPARTMENT OF TREASURY AND FINANCE, *Partnerships Victoria...*, pág. 57.

que especificamente afectam o projecto, como atraso nas licenças necessárias), já o risco deve ser transferido para o ente público⁴⁵.

Subsequentes à construção, surgem os riscos conexionsados com a operação do projecto e seus inerentes custos: custos de produção e manutenção mais altos do que os previstos, defeitos da obra, inadequação do *design*, equipamento pouco fidedigno ou tecnologia obsoleta⁴⁶. No caso de uma parceria na área dos transportes ou que envolva a operação de uma infra-estrutura rodoviária, são pensáveis os riscos relacionados com a procura e montante de facturação, além de outros sempre presentes como mudanças legais, risco político e casos de força maior⁴⁷ (a que nos referiremos a seguir).

O ente público pode optar por reter pouco controlo operacional, assim transferindo todo o risco para o sujeito privado. Ou então intervém (mudando legislação regulamentar ou alterando os resultados a alcançar) e deve partilhar o aumento nos custos de operação que a sua conduta cause⁴⁸.

Para mitigar eventualidades decorrentes da verificação destes riscos, é do interesse das partes, pois, evitar especificações ambíguas acerca das metas que o projecto deve alcançar e definir o padrão de serviço que importa cumprir.

Outro risco afim importantíssimo é o da procura ou risco de mercado. Podemos defini-lo como o risco de que a procura de um serviço vai divergir da inicialmente estimada pelas partes ou risco de que o preço do serviço vai ser diferente do inicialmente projectado, determinando que o lucro total do projecto seja inferior às expectativas⁴⁹. É, obviamente, um risco bem real, havendo ainda que considerar a hipótese de o projecto em si poder ser afectado por outros empreendimentos concorrenciais⁵⁰. Aqui, referimo-nos a eventos como: transformação das condições macroeconómicas, mudança de política governamental, aparecimento de produtos substitutos a um preço competitivo e obsolescência tecnológica e técnica (inovações que o projecto não acompanhou)⁵¹.

⁴⁵ WORLD BANK, *Concessions for Infrastructure...*, pág. 26.

⁴⁶ *Vd.* DEPARTMENT OF TREASURY AND FINANCE, *Partnerships...*, pág. 69.

⁴⁷ ANTONIO ESTACHE, ELLIS JUAN, LOURDES TRUJILLO, *ob. cit., loc. cit.*, pág. 12.

⁴⁸ *Vd.* DEPARTMENT OF TREASURY AND FINANCE, *Partnerships Victoria...*, pág. 70.

⁴⁹ *Vd.* DEPARTMENT OF TREASURY AND FINANCE, *Partnerships Victoria...*, pág. 73.

⁵⁰ ANTONIO ESTACHE, ELLIS JUAN, LOURDES TRUJILLO, *ob. cit., loc. cit.*, pág. 13.

⁵¹ *Vd.* DEPARTMENT OF TREASURY AND FINANCE, *Partnerships Victoria...*, pág. 74.

Há aqui uma oportunidade de partilha de riscos, nomeadamente através de certas garantias dadas pelo Estado e que cubram, de alguma forma, o valor económico não atingido⁵². Rui Monteiro informa que, por exemplo, em Portugal, no contrato inicial com a Fertagus (para criação de uma linha de comboio de passageiros sobre o Tejo) transferiu-se formalmente todo o risco para a concessionária no que toca à procura, mas o Estado assumiu partilhar a eventual dívida caso a procura viesse a ser inferior a um certo número de passageiros num período de referência⁵³. Torna-se, portanto, essencial quantificar a potencial taxa de procura no estágio inicial da contratação ou parceria⁵⁴. Além do mais, há sempre acções que o parceiro privado/operador pode tomar para estimular a procura: investir em publicidade e marketing ou, no caso de estarmos a falar de uma infra-estrutura rodoviária, a concessionária pode tentar estimular a procura, providenciando pela existência de estações de serviços e por espaços de paragem ao longo da rodovia⁵⁵.

Também não podemos terminar o trabalho sem uma menção à força maior. Já aqui mencionámos que, tipicamente, as parcerias tendem a ser contratos de longo prazo. Naturalmente, durante esse período existe o risco de se verificarem ocorrências inevitáveis e imprevisíveis. A força maior pode, para o que aqui nos interessa, compreender uma panóplia de eventos⁵⁶: actos de “Deus” (desastres naturais, guerra, crises económicas – tornando o contrato mais oneroso ou até mesmo impossível); ou mudança de orientação política no que toca, por exemplo, ao regime fiscal e padrões ambientais; decisões das autoridades que afectam especificamente o projecto, modificando as obrigações da concessionária ou as condições sob que ela opera (pense-se na extensão da concessão, em leis ou regulamentos que só afectam a concessionária, ou abertura do que era fundamentalmente um mercado monopolizado à concorrência).

A propósito da força maior, é interessante focar, para uma melhor

⁵² ANTONIO ESTACHE, ELLIS JUAN, LOURDES TRUJILLO, *ob. cit., loc. cit.*, pág. 13: “revenue guarantees”.

⁵³ RUI MONTEIRO, *ob. cit., loc. cit.*, pág. 11.

⁵⁴ *Vd.* DEPARTMENT OF TREASURY AND FINANCE, *Partnerships Victoria...*, pág. 76.

⁵⁵ EFRAIM SADKA, *ob. cit., loc. cit.*, pág. 13.

⁵⁶ Vamos seguir a sistematização de WORLD BANK, *Concessions for Infrastructure...*, pág. 54 e ss.

compreensão, as teorias em que ela se pode desdobrar⁵⁷: *teoria da força maior*, independente da vontade das partes, imprevisível e inevitável, permitindo ao ente privado pedir ao juiz para pôr um termo ao contrato, assim impedindo o parceiro público de aplicar sanções ou pedir indemnização por inexecução; *teoria do Fait du Prince*, quando as autoridades unilateralmente alteram as obrigações da concessionária (invocando razões de interesse público), devendo depois as autoridades públicas compensar o operador privado pela sua inteira perda financeira (danos emergentes e lucros cessantes); *teoria da imprevisão*, aplicável a eventos anormais, independentes da vontade do parceiro privado, mas que levam a uma deterioração relevante da situação económico-financeira deste – pensemos numa crise económica, em que o sujeito público poderá compensar o parceiro privado, embora o montante dessa compensação seja bastante discutido (o Conselho de Estado francês tem seguido igualmente uma compensação que abarque os danos emergentes e os lucros cessantes).

Como se constata, estamos perante factos que tendem a exorbitar da esfera de controlo do ente privado e do ente público, embora comece a surgir a possibilidade de segurar alguns destes riscos⁵⁸.

Quanto a mecanismos para lidar com estas ocorrências, ficou patente que, na maior parte dos casos, o que vai estar em causa não é tanto evitar os danos mas minimizá-los⁵⁹. São, por isso, concebíveis: normativos contratuais prevendo a renegociação do contrato entre as partes; a atribuição do poder de modificar o contrato a um terceiro imparcial (por exemplo, um regulador independente); o próprio Estado ou sujeito público envolvido pode reservar para si o poder de fazer essa alteração unilateral, mas comprometendo-se igualmente a salvaguardar os interesses do privado; ou recorrer a um segurador que cubra os riscos associados aos factos decorrentes de força maior⁶⁰.

O último ponto desta parte destina-se ao risco político ou de mudanças legislativas e ainda ao denominado *dispute settlement* ou resolução de conflitos.

Começando por este último. A extensão temporal da parceria torna provável que se verifique a existência de conflitos e desacordos entre

⁵⁷ Seguiremos, no essencial, WORLD BANK, *Concessions for Infrastructure...*, pág. 55.

⁵⁸ EFRAIM SADKA, *ob. cit., loc. cit.*, pág. 14.

⁵⁹ DEPARTMENT OF TREASURY AND FINANCE, *Partnerships Victoria...*, pág. 111.

⁶⁰ WORLD BANK, *Concessions for Infrastructure...*, pág. 55 e 56.

as partes em qualquer altura em que o projecto ainda se mantém. É preciso, então, predispor meios para a resolução desses litígios. Há, claro, várias formas: a via judicial (de recurso aos tribunais), a via administrativa (recurso a um regulador independente com capacidade para a emanação de decisões vinculativas no que toca a este tipo de questões), a arbitragem ou mesmo formas não vinculativas de composição dos litígios (lembramo-nos da mediação). Naturalmente, estas diferentes formas possuem aspectos positivos e negativos, que não nos parece ser necessário estar aqui a pormenorizar, embora alguns sejam bem conhecidos: basta ver que normalmente o recurso aos tribunais pode dar lugar a um processo moroso, caro, burocrático, que acaba por não satisfazer integralmente as pretensões das partes, e que, por sua vez, talvez na arbitragem se economize em tempo e se mantenha maior controlo sobre o processo de decisão (apesar da imparcialidade e vinculatividade com que os árbitros devem actuar). Para além destas considerações próprias, consideramos não ser necessário para este ponto mais desenvolvimentos e remetemos para o local apropriado⁶¹.

No que diz respeito ao risco político, parece-nos relevante abordar o risco da modificação do enquadramento legal ou das normas legais aplicáveis. Aqui o risco político poderá ser definido como consistindo nas acções governamentais que afectam a capacidade do projecto para gerar lucros⁶² ou que, pelo menos, têm um impacto adverso no projecto. Podemos afirmar que, regra geral, o Estado está numa posição de relativo controlo sobre esse risco, embora seja igualmente argumentável que deva ser suportado pelo parceiro privado uma vez que em abstracto essas alterações são expectáveis (é irrealista pensar que o conjunto de disposições legais se vão manter inalteradas *ad eternum*)⁶³. Eis, pois, mais um facto para sustentar a necessidade de manter um contrato flexível, em termos de permitir uma renegociação e a capacidade da continuação do desenvolvimento sadio da parceria. Não queria só deixar de fazer notar que no *Technical Paper* do *World Bank* que temos citado, é frequente a distinção entre uma mudança de legislação geral (que afecta uma série de sectores ou domínios), e que seria, ao nível dos reflexos no projecto, suportada pelo parceiro privado, e uma mudança

⁶¹ WORLD BANK, *Concessions for Infrastructure...*, pág. 58 e ss.

⁶² ANTONIO ESTACHE, Ellis Juan, Lourdes Trujillo, *ob. cit., loc. cit.*, pág. 15.

⁶³ WORLD BANK, *Concessions for Infrastructure...*, pág. 23.

de legislação que afecta especificamente ou está circunscrita àquele projecto, cujo risco ou deve ser suportado pelo parceiro público ou deve ser partilhado. Note-se também no que afirma ANTONIO ESTACHE, ELLIS JUAN E LOURDES TRUJILLO⁶⁴: que “os governos geralmente concordam em compensar os investidores pelos riscos políticos, embora na prática as justificações para as condutas do governo tendam a atrasar ou evitar tais pagamentos”.

7. CONCLUSÕES

Chegados à conclusão deste trabalho eis o que dele retiramos, sintetizando-o de forma mnemónica:

- o risco, a sua avaliação e a sua alocação são componentes essenciais de qualquer parceria, promovendo-se, com a sua eficiente alocação, o *value for money* que todas as parcerias público-privadas devem representar;

- essa mesma avaliação e alocação é difícil e complexa devido às diferentes posições dos intervenientes, à própria complexidade dos projectos, às especificidades de cada um e à imprevisibilidade de certos riscos;

- em nenhum momento há respostas definitivas e fechadas (*a priori*) sobre a distribuição do risco, embora se deva partir do pressuposto (como aliás o faz a nossa lei, *vd. Ponto 1.*) de que a parte mais significativa do risco deve ser suportada pelo parceiro privado; acresce que, apesar de se verificarem alguns consensos (como o demonstram os dados do inquérito de que nos socorremos como fonte e que apresentámos), as características do projecto concreto têm de ser sempre levadas em consideração e serão, em muitos casos, determinantes;

- o momento contratual da parceria é o ideal para a definição e previsão dos esquemas de distribuição de risco⁶⁵.

Posto isto, confirmamos que é importante que as partes nunca percam de vista os princípios que orientaram a parceria, nomeadamente os da eficiência na gestão dos recursos e na garantia da concretização da

⁶⁴ *Ob. cit., loc. cit.*, pág. 16.

⁶⁵ Aliás, em geral sobre as PPP como motores de revitalização do contrato, cfr., por todos, MARIA EDUARDA AZEVEDO, *As Parcerias Público-Privadas...*, págs. 431 e ss.

tarefa pública, devendo agir sempre de boa fé, sendo claros no preço que dão ao risco para o suportarem e sendo precisos na definição contratual das suas vinculações.

BIBLIOGRAFIA

- ALLEN, Grahame, *The Private Finance Initiative*, Economic Policy And Statistics Section, House of Common Library, 2001 (disponível em: <http://www.parliament.uk/documents/commons/lib/research/rp2001/rp01-117.pdf>)
- AZEVEDO, Maria Eduarda, *As Parcerias Público-Privadas: Instrumento de uma Nova Governação Pública*, Coimbra: Almedina, 2009
- BAUER, Hartmut, “Verwaltungsverträge”, in *Grundlagen des Verwaltungsrechts* (HOFFMANN-RIEM / SCHMIDT-ASSMANN / VOSSKUHLE), Band II, München: C. H. Beck, 2008
- DEPARTMENT OF TREASURY AND FINANCE, *Partnerships Victoria – Risk Allocation and Contractual Issues, A Guide*, Melbourne, 2001 (disponível em: [http://www.partnerships.vic.gov.au/CA25708500035EB6/WebObj/RiskAllocationandContractualIssues1-Entire/\\$File/Risk%20Allocation%20and%20Contractual%20Issues1%20-%20Entire.pdf](http://www.partnerships.vic.gov.au/CA25708500035EB6/WebObj/RiskAllocationandContractualIssues1-Entire/$File/Risk%20Allocation%20and%20Contractual%20Issues1%20-%20Entire.pdf))
- ESTACHE, Antonio / JUAN, Ellis, TRUJILLO, Lourdes, *Public Private Partnerships in Transport*, Policy Research Working Paper 4436, The World Bank Sustainable Development Vice-Presidency, Dezembro 2007 (disponível em http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1072402)
- HAYFORD, Owen, *Successfully allocating risk and negotiating a PPP contract*, 6th Annual National Private Public Partnerships Summit 16-17 May 2006, (disponível em: http://www.claytonutz.com/docs/PPP_Summit_Paper_May06.pdf)
- HEINTZEN, Markus, “Beteiligung Privater an der Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben und staatliche Verantwortung”, *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer* (VVDStRL), vol. 62 (2003), págs. 220 a 260
- LI, Bing / AKINTOYE, Akin / HARDCASTLE, Cliff, “Value for Money and Risk Allocation Models in Construction PPP projects” in *ARCOM Doctoral Workshop – Simulation and Modelling in Construction*, 2001 (disponível em: <http://www.arcom.ac.uk/workshops/2001-Edinburgh.pdf>)
- _____, “Risk Allocation Preferences in PPP/PFI Construction Projects in the UK”, The International construction research conference of the Royal Institution of Chartered Surveyors, Leeds Metropolitan University, 2004 (disponível em: http://www.rics.org/site/scripts/download_info.aspx?fileID=2640&categoryID=562)

- MONTEIRO, Rui, *PPP and Fiscal Risks – Experiences from Portugal, International Seminar on Strengthening Public Investment and Managing Fiscal Risks from Public-Private Partnerships*, Budapest, 2007 (disponível em: http://www.imf.org/external/np/seminars/eng/2007/ppp/pdf/rsm_p.pdf)
- PRIETO, Bob, *Yours, Mine and Ours: Risk and Risk Allocation in Public Private Partnerships*, 2009 (disponível em: <http://www.pmforum.org/library/papers/2009/PDFs/Prieto-1-09.pdf>)
- SADKA, Efraim, *Public-Private Partnerships: A Public Economics Perspective*, International Monetary Fund Working Paper, Fiscal Affairs Department, 2006 (disponível em: <http://www.imf.org/external/pubs/ft/wp/2006/wp0677.pdf>)
- SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard, “Der Verfahrensgedanke im deutschen und europäischen Verwaltungsrecht”, in *Grundlagen des Verwaltungsrechts* (HOFFMANN-RIEM / SCHMIDT-ASSMANN / VOSSKUHLE), Band II, München: C. H. Beck, 2008
- SILVA, Vasco Pereira da, *Em Busca do Acto Administrativo Perdido*, Coimbra: Almedina, 2003
- VOSSKUHLE, Andreas, “Beteiligung Privater an der Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben und staatliche Verantwortung”, *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer* (VVDStRL), vol. 62 (2003), págs. 266 a 329
- WORLD BANK / PUBLIC-PRIVATE INFRASTRUCTURE ADVISORY FACILITY, *Public-Private Partnership Units – Lessons for their Design and Use in Infrastructure (Report)*, 2007 (disponível em: <http://www.doestoc.com/docs/21000494/Public-Private-Partnership-Units>)
- WORLD BANK, *Concessions for Infrastructure – A Guide to Their Design and Award*, organizado por Michael Klein, World Bank Technical Paper n.º 399, 1998 (disponível em: http://rru.worldbank.org/Documents/Toolkits/concessions_fulltoolkit.pdf)