

PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS E RISCO: A SUA ALOCAÇÃO

LUÍS HELENO TERRINHA *

SUMÁRIO: O presente estudo aborda de forma sintética e reduzida a essencialidade 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 operação e discutindo soluções de distribuição ou partilha em casos mais específicos ou mesmo melindrosos.

1. 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 que, por sua vez, 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 deverá implicar uma significativa e efectiva transferência de risco para o sector privado” e 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, igualmente, o denominado Livro Verde sobre as Parcerias Público-Privadas no seu ponto nº 2 (“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”).

* Licenciado em Direito pela Universidade Católica Portuguesa, Centro Regional do Porto. Este trabalho constituiu o nosso elemento de avaliação final no âmbito do seminário que frequentámos, no 3º ano de licenciatura, de “Parcerias Público-Privadas”, coordenado pelo Sr. Dr. Tiago Amorim da Vieira de Almeida e Associados. Qualquer contacto pode ser efectuado para terrinha@sapo.pt.

Partindo deste enquadramento legal, o que nos propomos fazer neste trabalho é uma exposição acerca daquilo que estudámos, com base na bibliografia seleccionada, sobre a problemática do risco neste âmbito, as questões que suscita e as formas em abstracto concebíveis para as resolver. Deixamos a advertência de que o próprio tema em si nos parece obrigar a um texto ou trabalho com acentuado carácter analítico.

2. A própria razão de ser das parcerias público-privadas justifica a importância que obrigatoriamente se tem de conceder à distribuição do risco. Nascendo elas como uma oportunidade de colocar a experiência, técnicas e capacidades do sector privado ao serviço da satisfação de necessidades públicas¹, nomeadamente no que diz respeito a infra-estruturas, e baseando-se na convicção de que os parceiros ou operadores privados estarão em condições de actuar com maior eficiência², daqui retiramos que se requer que a parceria se apresente como modo de obtenção do chamado *value for money*, designadamente se 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 questão. 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)³.

As parcerias, englobando, assim, quer um investimento de montante significativo quer a prestação de serviços que terão caracteres de natureza pública, aparecem como um modelo em que o Estado continua a estar envolvido de alguma forma na tarefa pública que por meio delas se executa, não escondendo que muitas vezes são, ou foram, um expediente que permitia “*to evade expenditure controls*

¹ Owen Hayford, *Successfully allocating risk and negotiating a PPP contract*, 6th Annual National Private Public Partnerships Summit 16-17 May 2006, pág. 2.

² 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, pág. 1.

³ Grahame Allen, *The Private Finance Initiative*, Economic Policy And Statistics Section, House of Common Library, pág. 25.

(*carried off budget*)”, mas que apesar de tudo, e é essa a ideia que aqui queremos vincar, surgem como tendo como principal benefício, não propriamente um aumento de fundos, mas uma melhor gestão dos escassos recursos, com um acréscimo de eficiência nos serviços anteriormente prestados unicamente pela entidade pública⁴. 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 imprescindíveis correspectivos fundos, cujas razões (da falta de fundos) podem ser o crescente número de população mundial, o aumento de população nas regiões urbanas, a infra-estrutura já existente antiga, antiquada ou obsoleta e o alto nível de endividamento⁵, para nomear algumas.

Por tudo isto que estamos a expor, e que constitui a nossa 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 na contratação; a coordenação ao nível das diversas unidades ou entidades governamentais envolvidas⁶. Parece-nos, inclusivamente, que esta questão da transparência é deveras relevante no que concerne ao esquema final de distribuição ou alocação do risco, pois que a maior competição entre os parceiros privados candidatos à concessão levará a perceber melhor quer os tipos de riscos que os privados estarão dispostos a assumir, quer, naturalmente, que, em prol da obtenção do contrato, em situação de concorrência, assumam posições mais onerosas (embora, claro, não insustentáveis) deste ponto de vista do risco, que não assumirão se os procedimentos não promovem a transparência e a multiplicidade de ofertas⁷. Essa “eficiente alocação dos riscos” pode, então, também conseguir-se desta maneira e, concluímos, é condição do *value for money* (explicado *supra*) que a parceria tem de oferecer⁸.

⁴ Efraim Sadka, *Public-Private Partnerships: A Public Economics Perspective*, International Monetary Fund Working Paper, Fiscal Affairs Department, 2006, pág. 4.

⁵ Bob Prieto, *Yours, Mine and Ours: Risk and Risk Allocation in Public Private Partnerships*, pág. 2.

⁶ World Bank e Public-Private Infrastructure Advisory Facility, *Public-Private Partnership Units – Lessons for their Design and Use in Infrastructure (Report)*, 2007, pág. 61 e ss.

⁷ 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”.

⁸ 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*

3. Como já afirmámos, a identificação e soluções de gestão do risco é fundamental na definição contratual de qualquer parceria público-privada. Importa notar que alguns dizem que os entes públicos tendem para “uma deficiente apreciação do risco”, o que provoca, como efeito, uma previsão orçamental que muitas vezes considera o melhor resultado possível ou o mais optimista em vez do mais provável⁹. Os riscos são reais e muitas vezes, como é natural, o planeado acaba por não se realizar ou ser contraditado pelos factos¹⁰. 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), nomeadamente para assegurar o *value for money* mas também porque a maior parte das firmas privadas terá ou procurará analistas especializados para fazer essa avaliação¹¹.

Podemos, desde logo, fazer aqui uma divisão entre uma avaliação quantitativa e qualitativa do risco: a primeira, que trata de saber quanto 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 quem¹². Embora a vertente quantitativa tenha uma preponderância prática indiscutível, a análise qualitativa, como diz Rui Monteiro, não deve ser descurada, já que a “simples identificação dos riscos se afigura crítica para a eficiência do projecto”¹³. Na linha do mesmo autor, 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 por parte dos privados que possam afectar o interesse público que justifica a parceria. Além de que,

Construction, 2001, 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.

⁹ Grahame Allen, *ob. cit., loc. cit.*, pág. 27.

¹⁰ António Estache, Ellis Juan, Lourdes Trujillo, *ob. cit., loc. cit.*, pág. 11.

¹¹ Grahame Allen, *ob. cit., loc. cit.*, pág. 28.

¹² Bing Li, Akin Akintoye, Cliff Hardcastle, *ob. cit. loc. cit.*, pág. 19.

¹³ 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, pág. 9.

e parece-nos sábia a advertência, é preciso ter atenção em que, por vezes, a aceitação ou a imposição de um risco excessivo ao parceiro privado pode traduzir-se, na realidade, na aceitação de risco nenhum, uma vez que, como consequência, pode, depois, o ente público ver-se perante a opção entre ajudar o ente privado (que assumiu mais risco do que o que conseguia suportar) ou deixar o projecto falhar¹⁴.

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 alocação de responsabilidades para um, pode, na visão do outro, não ser um compromisso de sucesso¹⁵: 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 aceites¹⁶. Tomando isto em consideração chegamos ao que Rui Monteiro¹⁷ chama de uma análise do risco “não ingénua”.

Dedicaríamos outro considerando a ressaltar que os contratos de parceria revestem-se de alguma incompletude no sentido de alguma abertura ou flexibilidade, exactamente para permitir aos parceiros privados e também ao ente público fazerem face a vicissitudes que ocorram no período (normalmente longo) de duração do contrato, o que por si aumentará igualmente a eficiência do projecto e a facilidade em introduzir alguma inovação, tendo, portanto de ter esta característica de adaptabilidade às circunstâncias¹⁸.

Em suma, e com Owen Hayford, uma distribuição de risco equilibrada dotar-se-á: de estar consistente com as expectativas do mercado; de mecanismos de “sobrevivência” à concretização de algum risco que ocorrerá durante a vida do

¹⁴ Rui Monteiro, *ob. cit., loc. cit.*, pág. 9.

¹⁵ Owen Hayford, *ob. cit., loc. cit.*, pág. 8.

¹⁶ World Bank, *Concessions for Infrastructure – A Guide to Their Design and Award*, organizado por Michael Klein, World Bank Technical Paper n° 399, 1998, pág. 21.

¹⁷ *Ob. cit., loc. cit.*, pág. 8.

¹⁸ Rui Monteiro, *ob. cit., loc. cit.*, pág. 9.

projecto; de suficiente flexibilidade que permita às partes lidar com eventos externos e imprevisíveis no momento da assinatura do contrato¹⁹.

4. Em teoria é fácil delinear o princípio básico de que se deve partir (e a variedade de autores que consultamos confirma-o): em princípio o risco (ou os riscos) deve ser transferido para a parte que está em melhores condições para o assumir, controlar ou gerir pelo menor custo²⁰. 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 levar em conta a natureza dos diversos riscos e aceitar a complicação da distribuição de alguns em particular (a que nos referiremos mais adiante) e ver que não pode ser definido a priori quer porque cada projecto é um projecto com as suas especificidades próprias quer por um conjunto de razões que Owen Hayford²¹ 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 se o viesse a assumir, antes dependendo muito da conduta da contraparte, conduzindo 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,

¹⁹ Owen Hayford, *ob. cit., loc. cit.*, pág. 8.

²⁰ Remetemos aqui para o ponto 1. deste trabalho para comprovação de que é este o princípio base acolhido por diversas disposições legais.

²¹ *Ob. cit., loc. cit.*, pág. 10.

efectivamente, a transferência do risco; a segunda, é a de que estamos perante um processo (o de distribuição do risco) de natureza negocial²² em que em certas ocasiões o risco não fica com o ente em melhor situação para o suportar mas sim com que aquele que se encontra na pior posição ou numa posição fraca para o recusar ou, dito de outro modo, que acaba por ser “o melhor e mais experiente negociador a assumir a menor quantidade de risco”²³.

5. 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 citar²⁴ para os dividir 3 níveis: nível *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, exterior 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 responsabilidade ou responsabilidades sociais enquanto que o sector privado é mais orientado pelo lucro²⁵. 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 que as empresas em questão tinham no que tocava à alocação do risco. Sabendo nós que a distribuição do risco pode ser

²² Antonio Estache, Ellis Juan, Lourdes Trujillo, ob. cit., loc. cit., pág. 16: “negotiated process”.

²³ Vd. última obra citada.

²⁴ Estamo-nos a referir especificamente a 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, 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 of Chartered Surveyors, Leeds Metropolitan University, 2004, pág. 2.

²⁵ Vd. “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, pág. 2.

feita 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, na opinião dos inquiridos, melhor suportados pelos sector público: nacionalização/expropriação, processo de decisão política fraco, oposição política ao projecto, disponibilidade do lugar onde o projecto deve ser executado e estabilidade governativa;

- a maioria dos riscos seriam transferidos para o parceiro privado, havendo uns que oferecem algumas oportunidades de partilha (legislação fiscal, mudança de *design* no projecto quando ele já está em fase avançada, inflação, ocorrências económicas relevantes, quantidade de 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, mercado financeiro, *project finance* – custo elevado de financiamento ou sua disponibilidade²⁶, *design*, construção e operação – qualidade da mão-de-obra, derrapagem orçamento (*cost overrun*), disponibilidade dos materiais e trabalhadores, insolvência de algum fornecedor ou subcontratado, atraso na construção e falhas ao nível das técnicas de engenharia utilizadas);

- outros riscos seriam partilhados, como a força maior, mudança de legislação, falta de empenhamento do parceiro;

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

Esta organização fornece, assim, um bom ponto de vista da questão: 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

²⁶ Embora aqui se deva ter em conta que na maior parte dos casos, pensamos nós, o parceiro privado 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.

força maior e alteração na legislação seriam partilhados; o resto seria responsabilidade do parceiro privado.

6. 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 aqui analisar todos, e portanto a nossa selecção foi feita na base do interesse e discussão que, pelas leituras que fizemos, vimos alguns dos riscos suscitar.

Começamos 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 ou da maneira necessária ou ao custo previsto, afectando a execução do projecto ou os lucros antecipados²⁷. Como vimos das respostas dos questionários, 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 com ele e qualquer questão política ou jurídica no que toca à propriedade sobre o terreno será melhor resolvida a este nível²⁸. No entanto, tal pode afigurar-se discutível. Noutro texto a que acabámos de fazer alusão²⁹, já se parte da premissa de que é um risco transferível para o privado, embora o ente público possa partilhá-lo verificadas certas circunstâncias como ser o terreno propriedade do Estado ou se mesmo com o projecto o Estado continuar proprietário do local ou se o vai adquirir quando o projecto ou a parceria terminar.

Afins ou de alguma maneira ligados com este risco, estão outros como as aprovações legais obrigatórias (e há o risco de ser difícil obtê-las ou de haver uma aprovação condicionada que torne o projecto mais dispendioso a construir e/ou operar), riscos ligados a questões ambientais, nomeadamente risco 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 (que podem

²⁷ Department of Treasury and Finance, *Partnerships Victoria – Risk Allocation and Contractual Issues, A Guide*, Melbourne, 2001, pág. 41.

²⁸ *Vd. “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, pág. 3.*

²⁹ Department of Treasury and Finance, *Partnerships Victoria – Risk Allocation and Contractual Issues, A Guide*, Melbourne, 2001, pág. 41.

atrasar significativamente o começo do projecto). Pode-se defender ficar o parceiro privado responsável pelos riscos advenientes destas aprovações, embora o Estado possa partilhar esse risco no que toca a atrasos do processo³⁰. Isto, porém, não tem de ser assim tão linear, uma vez que, como posição contrária, é argumentável dever ficar o parceiro público onerado com estes riscos um vez que, como já se disse, a entidade pública estará em melhores condições para ultrapassar estes problemas³¹. É importante não esquecer ainda o risco de o local escolhido vir a revelar-se inapropriado, sendo que uma opinião poderá ser a de que o risco corre por conta do parceiro privado uma vez que deve ele fazer a sua própria avaliação, ou então, outra, que é defender que tendo sido o Estado a escolher o sítio, deve ele assumir o risco daí decorrente³². Quanto a formas de mitigação, é claro que uma cuidadosa selecção do local poderá obstar à verificação de certos riscos enunciados, a par de uma cuidadosa análise por parte quer do ente público quer do ente privado (a quem deve ser disponibilizada o máximo de informação), além de que, no que toca a oposição pública, as entidades estatais podem, previamente, adoptar um processo de consulta e informação popular³³.

Queremos também referir-nos à fase da construção. É preciso ver, desde logo, que se a concessionária vai não só construir mas também operar, pelo período longo típico de uma concessão, o bem, edifício ou empreendimento que resulta do projecto, terá aqui 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 responsabilidade do privado, pelo ente privado³⁴ – pressupondo,

³⁰ Department of Treasury and Finance, *Partnerships Victoria – Risk Allocation and Contractual Issues, A Guide*, Melbourne, 2001, pág. 47.

³¹ Antonio Estache, Ellis Juan, Lourdes Trujillo, *ob. cit., loc. cit.*, pág. 12.

³² O Department of Treasury and Finance, *Partnerships Victoria – Risk Allocation and Contractual Issues, A Guide*, Melbourne, 2001, 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 parceiro privado fazer a sua própria avaliação e análise do local. Tal posição parece-nos excessiva e ilógica. No máximo, parece-nos que o risco há-de ser partilhado.

³³ Vd. Department of Treasury and Finance, *Partnerships Victoria – Risk Allocation and Contractual Issues, A Guide*, Melbourne, 2001, pág. 50.

³⁴ Efraim Sadka, *ob. cit., loc. cit.*, pág. 12.

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 de fonte governamental ou do ente público já deve ser este a arcar com a responsabilidade, sobretudo compensando o parceiro privado se lhe pede para introduzir alterações de correcção aos erros em que o induziu³⁵. Normalmente, a verificação de alguns destes riscos levará a derrapagens orçamentais (*cost overruns*). Formas de mitigação possíveis, são como já se disse, entregar toda a responsabilidade ao privado ou, querendo o ente público envolver-se e contribuir para a gestão destes riscos, deve especificar detalhadamente tudo aquilo que ver atingido e dialogar com o parceiro privado acerca da estrutura que está a ser definida, mantendo-se, assim, a par de todo o processo³⁶.

Quanto a uma derrapagem orçamental propriamente dita, se estamos falar num 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 que especificamente afectam o projecto, como atraso nas licenças necessárias), já o risco deve ser transferido para o ente público³⁷.

Ligado à construção estão os riscos conexonados à operação do empreendimento e seus custos: custos de produção e manutenção mais altos do que os previstos, defeitos obra, inadequação do *design*, equipamento pouco fidedigno, tecnologia obsoleta³⁸, no caso de uma parceria na área dos transportes ou concessão de infra-estrutura rodoviária estamos ainda a falar da procura e facturação, além de outros riscos sempre presentes como mudanças legais, risco político e casos de força maior³⁹ (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

³⁵ *Vd.* Rui Monteiro, *ob. cit., loc. cit.*, pág. 10. O autor afirma ainda que em Portugal este problema tem sido evitado porque na maior parte das parcerias os parceiros privados ficam responsáveis pelo projecto.

³⁶ *Vd.* Department of Treasury and Finance, *Partnerships Victoria – Risk Allocation and Contractual Issues, A Guide*, Melbourne, 2001, pág. 57.

³⁷ World Bank, *Concessions for Infrastructure – A Guide to Their Design and Award*, organizado por Michael Klein, World Bank Technical Paper n° 399, 1998, pág. 26.

³⁸ *Vd.* Department of Treasury and Finance, *Partnerships Victoria – Risk Allocation and Contractual Issues, A Guide*, Melbourne, 2001, pág. 69.

³⁹ Antonio Estache, Ellis Juan, Lourdes Trujillo, *ob. cit., loc. cit.*, pág. 12.

intervém (mudando legislação regulamentar, alterando a sua política ou alterando os resultados a alcançar) e deve partilhar o aumento nos custos de operação que a sua conduta cause⁴⁰.

Para mitigar eventualidades decorrentes da verificação destes riscos, é do interesse das partes, pois, evitar especificações ambíguas acerca dos objectivos a que se propõem e definir o padrão de serviço que importa cumprir.

Outro risco 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 também do inicialmente projectado, determinando que o lucro total do projecto seja inferior às expectativas iniciais⁴¹. É, obviamente, um risco bem real, havendo ainda que considerar a hipótese de o projecto em si poder ser afectado por outros empreendimentos ou projectos concorrenciais⁴². 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)⁴³. Há aqui uma oportunidade de partilha de riscos, nomeadamente através de certas garantias dadas pelo Estado⁴⁴. 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 referência⁴⁵. Torna-se, portanto, essencial quantificar a procura num estágio inicial da contratação ou

⁴⁰ Vd. Department of Treasury and Finance, *Partnerships Victoria – Risk Allocation and Contractual Issues, A Guide*, Melbourne, 2001, pág. 70.

⁴¹ Vd. Department of Treasury and Finance, *Partnerships Victoria – Risk Allocation and Contractual Issues, A Guide*, Melbourne, 2001, pág. 73.

⁴² Antonio Estache, Ellis Juan, Lourdes Trujillo, *ob. cit., loc. cit.*, pág. 13.

⁴³ Vd. Department of Treasury and Finance, *Partnerships Victoria – Risk Allocation and Contractual Issues, A Guide*, Melbourne, 2001, pág. 74.

⁴⁴ Antonio Estache, Ellis Juan, Lourdes Trujillo, *ob. cit., loc. cit.*, pág. 13: “revenue guarantees”.

⁴⁵ Rui Monteiro, *ob. cit., loc. cit.*, pág. 11.

parceria⁴⁶. Além do mais, há sempre opções que o parceiro privado/operador pode tomar, como investir em publicidade e marketing, e no caso de estarmos a falar de uma concessão rodoviária, a concessionária pode tentar estimular a procura, providenciando pela existência de estações de serviços e por espaços de paragens ao longo da rodovia⁴⁷.

Também não podemos terminar o trabalho sem uma menção à força maior. Já aqui mencionamos que tipicamente as parcerias tendem a ser contratos de longo prazo. Naturalmente, durante esse período há sempre ocorrências inevitáveis e imprevisíveis que podem ocorrer. A força maior pode, para o que aqui nos interessa, compreender uma panóplia de eventos⁴⁸: actos de “Deus” (desastres naturais, guerra, crises económicas – tornando o contrato mais oneroso ou até mesmo impossível); 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 (pensa-se em extensão da concessão, leis ou regulamentos que só afectam a concessionária, ou abertura do que era fundamentalmente um mercado monopolizado à concorrência); decisões das autoridades que revelam a intenção de terminar o contrato (quebra de alguma vinculação contratual, expropriação, não renovação de alguma aprovação necessária).

Como se constata, estamos perante factos que exorbitam claramente da esfera de controlo do ente privado e público, embora comecem a surgir algumas possibilidades de segurar alguns destes riscos⁴⁹.

Achamos tremendamente interessante as diversas teorias (inspiradas no direito administrativo francês) acerca da força maior expostas no *Technical Paper* do *World Bank* que temos vindo a citar⁵⁰. Propomo-nos fazer só o mais sintético resumo: *teoria*

⁴⁶ Vd. Department of Treasury and Finance, *Partnerships Victoria – Risk Allocation and Contractual Issues, A Guide*, Melbourne, 2001, pág. 76.

⁴⁷ Efraim Sadka, *ob. cit., loc. cit.*, pág. 13.

⁴⁸ Vamos seguir a sistematização de World Bank, *Concessions for Infrastructure – A Guide to Their Design and Award*, organizado por Michael Klein, World Bank Technical Paper n° 399, 1998, pág. 54 e ss.

⁴⁹ Efraim Sadka, *ob. cit., loc. cit.*, pág. 14.

⁵⁰ World Bank, *Concessions for Infrastructure – A Guide to Their Design and Award*, organizado por Michael Klein, World Bank Technical Paper n° 399, 1998, pág. 55.

da força maior, independente da vontade das partes, imprevisível, inevitável, permitindo ao ente privado pedir ao juiz para pôr um termo ao contrato impedindo o parceiro público de aplicar sanções 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 desse mesmo sujeito – pensemos numa crise económica, em que o sujeito público deve também compensar a concessionária 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).

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-los⁵¹. 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 embora se deva igualmente comprometer a salvaguardar os interesses da concessionária; recorrer a um seguro que cubra os riscos associados aos factos decorrentes de força maior⁵².

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 as partes em qualquer altura em que o projecto ainda dura. 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

⁵¹ Department of Treasury and Finance, *Partnerships Victoria – Risk Allocation and Contractual Issues, A Guide*, Melbourne, 2001, pág. 111.

⁵² World Bank, *Concessions for Infrastructure – A Guide to Their Design and Award*, organizado por Michael Klein, World Bank Technical Paper n° 399, 1998, pág. 55 e 56.

emanação de decisões 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 formas têm todas os seus 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 próprios consideramos não ser necessário para este ponto mais desenvolvimentos e remetemos para o local apropriado⁵³

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 acções governamentais que afectam a capacidade do projecto para gerar lucros⁵⁴ ou que pelo menos têm um impacto adverso no projecto. Aqui 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)⁵⁵. Eis, pois, mais um facto para sustentar a necessidade de manter um contrato flexível, em termos de permitir uma renegociação no sentido de permitir a continuação do desenvolvimento sadio da parceria. Não queria só deixar de fazer notar que no *Technical Paper* do *World Bank* que temos citado, faz-se muito a distinção entre uma mudança de legislação geral (que afecta uma série de sectores ou domínios) cuja mudança seria, em termos de reflexos no projecto, suportada pelo parceiro privado, e uma mudança de legislação que afecta especificamente ou está circunscrito àquele projecto e cujo risco ou deve ser suportado pelo parceiro público ou deve ser partilhado. Note-se também no que afirma Antonio Estache, Ellis Juan e

⁵³ World Bank, *Concessions for Infrastructure – A Guide to Their Design and Award*, organizado por Michael Klein, World Bank Technical Paper n° 399, 1998, pág. 58 e ss.

⁵⁴ Antonio Estache, Ellis Juan, Lourdes Trujillo, *ob. cit., loc. cit.*, pág. 15.

⁵⁵ World Bank, *Concessions for Infrastructure – A Guide to Their Design and Award*, organizado por Michael Klein, World Bank Technical Paper n° 399, 1998, pág. 23.

Lourdes Trujillo⁵⁶: 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. Chegados à conclusão deste trabalho eis o que dele retiramos, sintetizando-o de forma mnemónica:

- o risco, a sua avaliação e a sua alocação é componente essencial de qualquer parceria, promovendo-se, com a sua eficiente atribuição, o *value for money* que todas as parcerias público-privadas têm de apresentar;

- essa mesma avaliação e alocação reveste-se de dificuldade e complicação 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 I*) de que grande parte do risco deve ser suportado pelo parceiro privado, e, embora se verifiquem alguns consensos (como o demonstra 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 contrato de parceria é o momento ideal de definição e previsão dos esquemas de oneração de risco.

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 disponibilidade da 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.

⁵⁶ *Ob. cit., loc. cit.*, pág. 16.

BIBLIOGRAFIA

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

Bing Li, Akin Akintoye, Cliff Hardcastle, “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

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

Bob Prieto, *Yours, Mine and Ours: Risk and Risk Allocation in Public Private Partnerhips*

Department of Treasury and Finance, *Partnerships Victoria – Risk Allocation and Contractual Issues, A Guide*, Melbourne, 2001

Efraim Sadka, *Public-Private Partnerhips: A Public Economics Perspective*, International Monetary Fund Working Paper, Fiscal Affairs Department, 2006

Grahame Allen, *The Private Finance Initiative*, Economic Policy And Statistics Section, House of Common Library, 2001

Owen Hayford, *Successfully allocating risk and negotiating a PPP contract*, 6th Annual National Private Public Partnerships Summit 16-17 May 2006

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

World Bank e Public-Private Infrastructure Advisory Facility, *Public-Private Partnership Units – Lessons for their Design and Use in Infrastructure (Report)*, 2007

World Bank, *Concessions for Infrastructure – A Guide to Their Design and Award*, organizado por Michael Klein, World Bank Technical Paper n° 399, 1998

Textos consultados mas não referenciados:

Evelyn McDowall, “Risk Transfer in PPP Projects”, *Facilities Management*, February, 2002, Turner & Townsend

Hongbin Cong, *PPP in Infrastructure Projects*, 2008, PriceWaterHouseCoopers

Vieira de Almeida & Associados, Slides das aulas do Seminário de Parcerias Público-Privadas, 2008