

NEWS

PROJECTOS, ENERGIA E RECURSOS NATURAIS

Índice

Editorial	1
Novos Mundos ao Mundo	2
Concessão de garantias pessoais do Estado	2/3
Tribunal de Contas	3/4
Os Serviços Municipais de Água e Saneamento	4

No dia em que escrevo estas linhas, a VdA está unida num projecto de redução de emissões de CO₂, plantando árvores na Tapada de Mafra (no âmbito de uma iniciativa promovida pelo grupo "Projecto Verde" da firma). Para além da inegável responsabilidade social que todos temos o dever de promover, este projecto reflecte bem a importância que os temas energéticos no sentido mais lato passaram a ocupar nas nossas vidas, quer a nível pessoal, quer a nível profissional.

Numa altura de crise, é absolutamente relevante a importância que os governantes mundiais têm dedicado a estes temas e a recente visita da Presidente do MIT a Portugal (no âmbito do evento de atribuição de diplomas aos primeiros "graduados" do Programa do MIT Portugal em Energia) é mostra do empenho de toda a comunidade na aposta na inovação e na eficiência energética.

Também a esperada concretização, para muito breve, da maior operação em Portugal de financiamento de energias renováveis mostra a pujança do sector.

Para a consolidação deste sector é crucial que o Governo tenha uma visão integrada, realista e credível para o futuro da energia em Portugal, assegurando um mix energético adequado às necessidades nacionais e internacionais.

Para isso, é imperativa a definição de um quadro jurídico sistematizado e articulado para as energias renováveis (longamente ansiado) e uma política de remuneração adequada a um investimento sustentado e de longo prazo. Só assim se poderá dar continuidade a uma política de sucesso dos empresários nacionais, à continuação da aposta do investimento estrangeiro em Portugal e à credibilização da política portuguesa nesta matéria.

Estes últimos aspectos conduzem-me necessariamente ao tema dos projectos infra-estruturais em Portugal. Não vou entrar aqui em discussões sobre a necessidade ou não de determinados projectos.

Não posso no entanto deixar de referir que, se muita atenção e cuidado deve ser dado ao tema das energias renováveis, assegurando a "visão integrada

EDITORIAL

Vanda Cascão

para o futuro", maior cuidado deve ser dado neste âmbito aos projectos infra-estruturais (na área da energia sempre aproveitamos a "onda positiva" do empenho comunitário e mundial).

Recuos, hesitações, atrasos, suspensão de projectos serão sem dúvida uma factura demasiado cara para o país caso se venham a revelar injustificados – os projectos infra-estruturais são projectos de longo prazo e transversais a toda a sociedade pelo que não admitem ligeireza, seja na concepção, no lançamento ou no acompanhamento. Para bem de todos.

A prossecução de uma política nacional, estratégica e de futuro é essencial em tempos de crise. E só os que melhor se prepararem para o tempo que virá depois da crise sairão vencedores.

Que o ano de 2010 seja um ano cheio de Energia e Projectos para todos, quer a nível pessoal, quer a nível profissional.

Manuel Protásio,
Vanda Cascão,
Teresa Empis Falcão,
Ana Luís de Sousa,
Frederico Quintela,
Matilde Horta e Costa,
Filipa Serra,
Raquel Isaac Petisca e
Ricardo Saraiva
membros da ÁREA
PROJECTOS, ENERGIA &
RECURSOS NATURAIS da
Vieira de Almeida & Associados.



NOVOS MUNDOS AO MUNDO

Energias Renováveis

Ana Luís de Sousa e Raquel Isaac Petisca

Índice

A conferência internacional sobre o aquecimento climático realizada em Copenhaga trouxe mais uma vez para o centro da política europeia a aposta na “energia verde”. Enquanto se espera a concretização de novas metas pós-Quito, os Estados-membros deverão prosseguir o objectivo “três vintes até 2020”¹ fixado pelo pacote “clima-energia” em 2009. A União Europeia reconhece que a concretização desses objectivos passa, por um lado, pela fixação de metas diferenciadas por Estado-Membro (considerando o respectivo cabaz energético e o potencial de aproveitamento de fontes renováveis) e, por outro, pela garantia de acesso prioritário à rede (optimizando o escoamento da electricidade produzida a partir de renováveis) e pela criação de regimes de apoio eficazes e enquadramentos regulatórios estáveis que imprimam segurança aos investidores e fomentem o desenvolvimento constante de tecnologias.

Portugal tem manifestado um enfoque claro nas energias renováveis, aproveitando o seu potencial de recursos naturais – saliente-se que, em 2005, a quota de renováveis era já de 20,5%, mais do dobro

da quota dos países mediterrânicos com características geográficas e climáticas semelhantes. Para lá do Programa Nacional de Barragens com Elevado Potencial Hidroeléctrico que visa atingir, até 2020, uma capacidade hidroeléctrica superior a 7 000 MW, Portugal criou um sistema de incentivos eficaz (direito de venda de toda a energia produzida e tarifa garantida durante 15 anos) que permitiu que nos últimos anos fossem instalados mais de 3 100 MW de energia eólica, a qual será progressivamente aumentada nos próximos anos. Parte significativa dessa capacidade foi atribuída no âmbito de concursos públicos, tendo por base descontos à tarifa e a criação de um *cluster* industrial para promoção do desenvolvimento tecnológico e regional, o que evidencia a “maturidade” desse sector. Espera-se agora que a aprendizagem adquirida nos concursos eólicos venha a ser replicada noutras fontes de energia.

Por outro lado, a evolução que se tem verificado no âmbito das tecnologias solares com menores custos de produção e um aumento da respectiva eficiência energética não está a passar ao lado de Portugal.

Este ano, foram admitidos pedidos de ligação à rede para projectos solares de pequena dimensão e de carácter experimental, que o Governo reconheceu serem uma antecipação de iniciativas de maior envergadura.

O lançamento de projectos-piloto para aproveitamento da energia das ondas e eólico *off-shore*, as duas centrais geotérmicas instaladas nos Açores e mais de uma dezena de centrais de biomassa são exemplos claros do empreendedorismo que Portugal imprimiu neste sector, ao diversificar e maximizar o aproveitamento dos recursos naturais ao seu dispor.

Neste contexto regulatório mais favorável, assistiremos, sem dúvida, a um significativo aumento do investimento e ao desenvolvimento tecnológico do sector. Esperam-se novos caminhos, novas oportunidades e, nesta revolução tecnológica e ambiental, Portugal contribuirá, mais uma vez, para a descoberta de “novos mundos”.

¹ Reduzir em 20% as emissões de gases com efeito de estufa, aumentar para 20% a quota das energias renováveis no consumo e aumentar em 20% a eficiência energética.

CONCESSÃO DE GARANTIAS PESSOAIS DO ESTADO

Teresa Empis Falcão e Filipa Serra

Índice

No cenário de crise económica e financeira global em que vivemos, a viabilidade dos grandes projectos de infra-estruturas anunciados pelo Governo poderá passar, em parte, pela concessão de garantias do Estado. Nesta linha e tendo em conta o papel primordial desempenhado e a desempenhar pelo Banco Europeu de Investimento nesses que são os grandes projectos infra-estruturais do nosso país, ganha especial acuidade a possibilidade de substituição das garantias de financiamento exigidas por essa entidade, e tradicionalmente prestadas pela banca comercial, por garantias pessoais do Estado, com inegável impacto positivo nos custos financeiros dos projectos em causa.

A Lei nº 112/97, de 16 de Setembro (“Lei 112/97”), estabelece o regime jurídico da concessão de garantias

pessoais pelo Estado (ou por outras pessoas colectivas de direito público), o qual, na secção relativa aos princípios gerais, dispõe expressamente que a concessão destas garantias deverá revestir um carácter excepcional, fundamentando-se em manifesto interesse para a economia nacional e fazendo-se com respeito pelo princípio da igualdade, pelas regras de concorrência nacionais e comunitárias e pelo disposto no referido diploma.

O regime jurídico da concessão de garantias pessoais pelo Estado inclui, entre outras, as seguintes normas:

- As garantias serão prestadas quando se trate de operações de crédito ou financeiras relativas a empreendimentos ou projectos de manifesto interesse para a economia nacional e de que

sejam beneficiárias entidades públicas ou empresas nacionais (ou outras empresas que legalmente gozem de igualdade de tratamento);

- As garantias pessoais assumirão as formas de fiança ou aval;
- Os créditos garantidos terão prazos de utilização não superiores a 5 anos e deverão ser totalmente reembolsados no prazo máximo de 20 anos a contar dos respectivos contratos;
- O Estado goza de privilégio mobiliário geral sobre o património das entidades beneficiárias de garantia pelas quantias que tiver efectivamente despendido, a qualquer título, em razão da garantia concedida.



O privilégio creditório concedido ao Estado pela Lei 112/97, como aliás qualquer privilégio creditório, funciona como um desvio ao princípio da paridade de tratamento concedida pela lei aos credores e faz perigar a segurança do comércio jurídico, na medida em que concede ao Estado, independentemente de registo, a faculdade de ser pago com preferência a outros credores, tendo em atenção a causa dos respectivos créditos. Contudo, entende o Tribunal Constitucional (veja-se neste sentido o Acórdão n.º 153/02 do Tribunal Constitucional) que, no caso das garantias pessoais do Estado, esse desvio ou diferenciação de tratamento estará justificado pelo interesse económico, social ou humanitário que está na origem desses créditos ou pela importância dos interesses em presença, não violando assim, o princípio da igualdade constitucionalmente estabelecido. Este ponto é particularmente sensível para as entidades financiadoras que tenham interesse em participar nos grandes projectos, já que, na grande maioria dos casos, a garantia pessoal do Estado cobrirá apenas parte do financiamento contratado, resultando na coexistência e necessidade de articulação, em termos de prioridade ou preferência no pagamento, do direito de regresso do Estado

relativamente a montantes que tenha efectivamente pago ao abrigo da sua garantia pessoal com os direitos de crédito das entidades financiadoras. Num financiamento típico, em regime de *project finance*, esquema este que se antecipa que seja seguido em todos os grandes projectos de infra-estruturas no *pipeline*, a generalidade das entidades financiadoras envolvidas gozará de um pacote de garantias compreensivo, o qual integrará garantias reais sobre todos os bens e direitos detidos pelo promotor que sejam susceptíveis de ser dados em garantia e outros instrumentos contratuais com escopo de garantia relativamente a bens e direitos sobre os quais, por alguma razão, não seja possível a constituição de garantias reais. Ora, acontece que o privilégio mobiliário geral concedido ao Estado, não obstante constituir uma garantia real de certa obrigação, não reveste, ao contrário do que se passa com as garantias reais de que beneficiam as entidades financiadoras, a natureza de direito real de garantia por não incidir sobre coisa certa e determinada, pelo que não dispõe de sequela ou prevalência relativamente a outros direitos reais. Desta forma, o facto de beneficiar de uma garantia pessoal do Estado não impede o promotor de alienar

ou onerar bens do seu património a título oneroso ou gratuito, sendo essas alienações ou onerações oponíveis ao Estado, ao qual, no entanto, caberá nos termos gerais do direito, o direito de usar a impugnação pauliana.

Assim sendo, as entidades financiadoras, enquanto titulares de direitos reais sobre as coisas abrangidas pelo privilégio creditório do Estado e oponíveis a este último, terão o direito a ver os seus créditos satisfeitos com o produto da venda ou valor de apropriação dos bens em causa com preferência face ao crédito do Estado ao abrigo da garantia pessoal. Particular atenção deverá, no entanto, ser dada, aos instrumentos contratuais com escopo de garantia que integram o pacote de garantias das entidades financiadoras, no financiamento típico de um projecto, os quais não sendo direitos reais de garantia, não serão oponíveis ao Estado, não prevalecendo sobre o privilégio creditório que a esta entidade é concedido pela Lei 112/97.

Resta esperar que a retoma da economia imprima a breve trecho uma renovada confiança ao sector financeiro que permita a realização dos grandes investimentos sem necessidade de recurso a este mecanismo excepcional.

TRIBUNAL DE CONTAS

Recusas de visto a contratos de concessão de grandes obras públicas

Manuel Protásio e Frederico Quintela

A intervenção do Tribunal de Contas no âmbito dos procedimentos para a implementação de parcerias público-privadas ganhou, recentemente, uma importância acrescida. Com efeito, têm sido sucessivas as notícias sobre recusas de visto relativamente a alguns dos mais relevantes e avultados projectos infra-estruturais em Portugal.

A primeira recusa de visto relativamente a projectos desta dimensão ocorreu a respeito do Contrato de Gestão do Hospital de Cascais, ainda durante o ano de 2008. Neste caso, o Tribunal de Contas considerou que o objecto do contrato de gestão não correspondia integralmente ao previsto no respectivo caderno de encargos. A este argumento, acrescentou ainda o facto de o resultado da fase de negociação final da minuta do contrato, realizada apenas com o *preferred bidder*, não ter respeitado integralmente a matriz de risco constante do caderno de encargos do concurso nem tão pouco a primeira versão da minuta do contrato distribuída aos concorrentes em fase de

negociação competitiva (cuja entrega, no entanto, nem sequer estava prevista nesta fase procedimental, de acordo com o programa do procedimento).

Mais recentemente, foram cinco os procedimentos relativos à celebração dos contratos de subconcessão rodoviária objecto de recusa de visto.

Os argumentos utilizados pelo Tribunal de Contas para a recusa de visto em cada uma destas subconcessões rodoviárias são, na sua essência, os mesmos. Desde logo, a inexistência de um comparador público, apurado antes do lançamento do concurso, que permita verificar as vantagens financeiras que o Parceiro Público pode obter com a implementação da parceria, face a alternativas de prestação pública directa. Esta alegada falha procedimental está associada a uma complexa discussão sobre a aplicabilidade do diploma legal das PPPs a uma empresa de capitais exclusivamente públicos, como é o caso da EP – Estradas de Portugal, S.A.. Apesar de as empresas de capitais públicos não

estarem abrangidas pelo referido diploma legal, o Tribunal de Contas defendeu a aplicação dos princípios decorrentes do regime das PPPs à EP com uma amplitude que pouco deixou de fora.

Outro argumento sustentado pelo Tribunal de Contas nesta onda sucessiva de recusa de vistos está relacionado com o facto de cada um destes projectos ter ficado mais caro do ponto de vista do encargo público, medido em termos de valor actual líquido (VAL) dos pagamentos que o parceiro público deva fazer ao abrigo da parceria. O Tribunal sanciona neste âmbito o facto de o VAL da proposta adjudicada a final ser superior ao da proposta inicial, desconsiderando contudo, neste juízo, os evidentes reflexos da crise internacional nas condições de financiamento dos projectos.

Um dos aspectos graves da situação decorrente das recusas de visto prende-se com o facto de a construção destas infra-estruturas estar numa fase já avançada.

Índice

De facto, os parceiros públicos têm logrado negociar, nestes contratos de subconcessão, que as expropriações e as obras se iniciem antes da concessão do visto do Tribunal de Contas. Desta forma, e durante este período, a construção destas infra-estruturas decorre com suporte integral no risco dos parceiros privados, na medida em que não existe a certeza da autorização dos pagamentos do Parceiro Público (como os casos em apreço demonstram), e os bancos apenas aceitam financiar a construção, no período que antecede o visto, suportados nas garantias bancárias dos fundos próprios dos accionistas.

Dois graves problemas são possíveis de antever como resultado desta situação: por um lado, haverá

certamente que discutir o ressarcimento dos parceiros privados pelos custos incorridos na construção das infra-estruturas, valor que ascenderá, seguramente, a centenas de milhões de euros; por outro lado, existe obviamente o risco de (pelo menos, quando acabar a cobertura dos desembolsos pelas garantias bancárias dos accionistas), as entidades financiadoras dos projectos em causa declararem o vencimento antecipado dos respectivos financiamentos, inviabilizando, na prática, qualquer prosseguimento dos projectos em causa. É fácil de ver que tal situação, para além de deixar algumas das principais empresas do país numa situação extremamente difícil, criaria uma crise de confiança neste modelo de contratação e de financiamento com consequências imprevisíveis.

Não deixa de ser curioso que o principal argumento do Tribunal de Contas – o prejuízo financeiro para o Parceiro Público (decorrente da inexistência de um comparador público e do aumento dos custos do projecto face às propostas inicialmente apresentadas) possa conduzir a um cenário em que o Estado, sem dispor das infra-estruturas, incorra em centenas de milhões de euros de prejuízo.

No caso do Hospital de Cascais, foi possível ultrapassar a situação decorrente da recusa de visto (e a consequente oneração do Estado), através de alterações à redacção do contrato subsequentes à adjudicação. Esperemos que seja possível seguir uma via semelhante (e menos onerosa) na situação presente.

OS SERVIÇOS MUNICIPAIS DE ÁGUA E SANEAMENTO

Novo Enquadramento

Matilde Horta e Costa e Ricardo Saraiva

A reforma do sector da água, tendo presentes os objectivos traçados na Resolução do Conselho de Ministros n.º 72/2004, de 16 de Junho, para implementação da mesma, veio atender a um conjunto de preocupações que há muito têm sido manifestadas pelos vários intervenientes neste sector no que respeita, designadamente, à avaliação e redefinição da estratégia e dos modelos de gestão empresarial dos recursos hídricos.

Terá sido neste contexto que foi publicado, no passado dia 20 de Agosto, o Decreto-Lei n.º 194/2009, o qual veio reformular o regime jurídico dos serviços municipais de abastecimento público de águas, saneamento de águas residuais urbanas e de gestão de resíduos urbanos (“DL 194/2009”).

Este diploma procura agregar e uniformizar legislação sobre as actividades objecto dos referidos serviços, que até à data se encontrava dispersa e, bem assim, implementar modelos de gestão numa lógica de modernização e qualificação dos padrões até agora utilizados de modo a acautelar a sustentabilidade económico-financeira, infra-estrutural e operacional dos sistemas.

Saliente-se ainda a preocupação de assegurar condições de igualdade e transparência no acesso ao exercício das actividades em causa, maior supervisão e controlo dos preços praticados e a determinação dos parâmetros de qualidade e de protecção dos interesses dos utilizadores, do ambiente e da saúde pública.

No que concerne especificamente à prestação dos serviços em regime de concessão, fazemos notar a implementação de medidas inovadoras no que toca ao equilíbrio de poderes e à partilha de riscos através, nomeadamente, da identificação das responsabilidades financeiras que se transferem para as concessionárias e daquelas que ficam cometidas aos concedentes ou cujo impacte possa ser repercutido através das tarifas aplicadas aos utilizadores. Sublinhamos ainda a limitação imposta ao prazo das mesmas para 30 ou 15 anos, consoante haja ou não investimento significativo de expansão, modernização ou reabilitação a cargo das concessionárias.

Por outro lado, procedeu-se à determinação dos meios de revisão dos contratos de concessão na medida em que o impacte financeiro da verificação dos riscos afectos a cada uma das partes o justifique,

através de mecanismos de regularização periódicos ou de processos de reequilíbrio agora espartilhados por parâmetros pré definidos.

Ainda a este respeito, cumpre referir que o âmbito de aplicação do DL 194/2009 inclui também os contratos de concessão dos vários serviços municipais que tenham já sido formalizados, impondo a adaptação dos mesmos ao regime deste novo diploma no prazo de três anos após a data da respectiva publicação.

Tal processo, que se adivinha bastante complexo, com possíveis impactos nos serviços prestados ao utilizador e no tarifário aplicável, não está porém regulamentado no que respeita aos procedimentos atinentes a esta necessária conformação, pelo que, a definição dos termos em que os interesses, compromissos assumidos pelas concessionárias e legítimas expectativas das mesmas - fundados nos pressupostos contratuais iniciais - deverão ficar acautelados (problema que se densifica quando o respectivo financiamento se encontra estruturado numa base *project finance*) ficará, inevitavelmente, dependente da diligência e boa fé negocial dos concedentes, concessionárias e dos respectivos consultores.

Índice

Vieira de Almeida & Associados - Sociedade de Advogados, RL | www.vda.pt
Av. Duarte Pacheco, 26 - 1070-110 Lisboa - Portugal | lisboa@vda.pt
Av. da Boavista, 3433 - 8º - 4100-138 Porto - Portugal | porto@vda.pt
Calçada de S. Lourenço, 3 - 2º C - 9000-061 Funchal - Portugal | madeira@vda.pt

Esta Newsletter é de distribuição reservada e não deve ser entendida como qualquer forma de publicidade, pelo que se encontra vedada a sua cópia ou circulação. A informação proporcionada e as opiniões expressas são de carácter geral, não substituindo o recurso a aconselhamento jurídico para a resolução dos casos concretos.

