

Legislação sobre parcerias público-privadas (PPP) em Moçambique - contributos para a sua revisão

Fabília de Almeida Henriques
Sócia e Managing Partner
da HRA Advogados



Ana Robin de Andrade
Advogada Sénior da Moraes
Leitão



A Lei n.º 15/2011, de 10 de Agosto (Lei das PPP), completa, este ano, dez anos de vigência e é sabido que está em curso a revisão do “pacote” legislativo das PPP, o qual inclui também o Decreto n.º 16/2012, de 4 de Julho (Regulamento da Lei das PPP), e o Decreto 69/2013, de 20 de Dezembro (Regulamento de PPP e concessões empresariais de pequena dimensão).

Julgamos que esta revisão legislativa deve ter como propósito o aperfeiçoamento da clareza e da segurança jurídica dos diplomas em causa. Tais atributos são indispensáveis

la financeira, ouvida a entidade responsável pela tutela sectorial». No entanto, este *modelo de referência* não existe, nem se encontra aprovado. Não existindo condições para a existência deste *modelo de referência*, talvez valesse a pena considerar a eliminação da sua referência. Por outro lado, não existem requisitos definidos para a componente técnica e ambiental dos estudos de viabilidade. Seria importante definir esses requisitos tal como os mesmos se encontram definidos para a componente económico-financeira.

(ii) *Promoção de iniciativa do em-*

pelo que seria importante ter alguns exemplos de justificações para o recurso a esta figura.

(iv) *Licitação pública*: a licitação pública é referida como sendo um procedimento a adoptar perante uma proposta não solicitada de iniciativa privada para um empreendimento de PPP. A legislação não refere como se processa este procedimento de licitação pública e como se deve interpretar o direito e margem de preferência de 15% nele referido (há várias leituras possíveis).

(v) *Concurso público*: a articulação das regras do concurso público constantes do “pacote” das PPP com as disposições previstas na legislação sobre contratação pública afigura-se pouco clara. Acrescenta-se que os critérios de avaliação das propostas financeiras constantes do “pacote” PPP parecem ter um conteúdo imperativo, não sendo dada flexibilidade à entidade contratante para decidir os critérios a fixar nos documentos de concurso. Por outro lado, a avaliação da viabilidade económica-financeira dos concorrentes é efectuada tendo por base o «modelo económico-financeiro de referência». Não existindo o modelo económico-financeiro de referência, esta norma é de implementação impossível.

(vi) *Conceito de contrato de concessão e de contrato de cessão de exploração*: as figuras não estão bem delimitadas em termos conceptuais (há uma sobreposição de conceitos quando esteja em causa um «empreendimento existente»). Para a distinção destas figuras contratuais, poder-se-ia referir que, quando está em causa a cedência de direitos de reabilitação, exploração e manutenção de um «empreendimento existente», o contrato é de cessão de exploração. Pelo contrário, quando esteja em causa a cedência de direitos de

A distinção legal entre contrato de concessão e contrato de cessão de exploração não é totalmente líquida

para uma legislação com esta importância estratégica para Moçambique, já que os grandes projetos de investimento – com componente pública e privada – têm aí os seus alicerces.

Como contributo para a discussão pública sobre a revisão destes diplomas, destacamos os seguintes pontos:

(i) *Estudos de viabilidade e modelo económico-financeiro de referência*: nos termos do regime jurídico das PPP, o estudo de viabilidade económico-financeira de cada empreendimento de PPP deve ser feito tendo por base o «modelo económico-financeiro de referência aprovado pela entidade responsável pela tute-

preendimento e lançamento do concurso: não é evidente quem toma a decisão de promover o empreendimento de PPP (serão a tutela financeira e a tutela sectorial em conjunto?). De igual forma, refere-se que a contratação pública decorre “sob orientação” da entidade responsável pela tutela sectorial, não sendo totalmente claro o que significa “sob orientação”.

(iii) *Ajuste directo*: o recurso ao ajuste directo para a contratação de empreendimentos de PPP encontra-se sujeito a autorização prévia do Governo. Não se identificam os casos que podem servir de justificação para o recurso ao ajuste directo,

desenvolvimento, exploração e manutenção de um «empreendimento novo», o contrato é de concessão. Em situações mistas, uma possível solução seria a de qualificar o contrato consoante a alocação da maior expressão financeira do investimento privado (contrato de concessão, se a maior componente do investimento for para o desenvolvimento do empreendimento ou o seu alargamento a áreas não cobertas, ou contrato de cessão de exploração, se a maior componente do investimento privado for para afectar à reabilitação do empreendimento existente).

(vii) *Prazos*: não é totalmente compreensível a razão pela qual o prazo máximo de um contrato de concessão de raiz é de 30 anos e de um contrato de cessão de exploração é de 20 anos (já que este último pode envolver investimentos de avultado valor, superiores a uma concessão de raiz). Os prazos definidos para os contratos PPP devem ser os adequados à amortização do investimento, não sendo correcta a ideia de que o prazo máximo de um contrato de concessão de raiz deva necessariamente ser superior ao contrato de cessão de exploração.

Por outro lado, as regras nesta matéria necessitam de uma melhor clareza, já que não é totalmente evidente se a possibilidade de prorrogação contratual por mais 10 anos nos contratos de concessão se tem de compatibilizar com o prazo máximo ou se pode ir além do mesmo. De igual forma, não é claro se a possibilidade de prorrogar a duração do contrato como forma de compensação por eventos de força maior ou investimentos adicionais pode ir para além dos prazos máximos definidos.

(viii) *Benefícios financeiros*: a Lei das PPP contém regras imperativas sobre os vários tipos de benefícios financeiros que devem constar do contrato de PPP e os respetivos valores mínimos. O mesmo acontece com os benefícios sócio-económicos. Esta imperatividade impede qualquer derrogação ou adaptação por contrato ou acto administrativo. Ora, esta circunstância

é problemática pelo facto de estas regras imperativas existirem tanto para PPP em áreas puramente económicas como para PPP em áreas de prestação de serviço público de bens essenciais (em que há um carácter eminentemente social na prestação do serviço em causa). Ou seja, não há qualquer flexibilidade que permita reduzir as taxas a cargo da concessionária abaixo dos mínimos previstos legalmente quando estejam em causa PPP na área de prestações de serviço público de bens essenciais (sendo que essa circunstância reflectir-se-á necessariamente nas tarifas a praticar junto da população).

Por outro lado, certos benefícios financeiros previstos na lei são de difícil exequibilidade prática, como, por exemplo, a necessidade de ha-

faseamento parece ter por base uma concessão de raiz, em que a implementação do empreendimento tem lugar antes do início da operação, o que suscita dúvidas de interpretação em contratos em que existem, por exemplo, obras de reabilitação e operação ao mesmo tempo (as garantias são cumulativas?) ou quando esteja em causa um mero contrato de gestão.

(x) *Outros instrumentos*: seria importante que determinados instrumentos usualmente utilizados em PPP tivessem um quadro legal, como, por exemplo, o instrumento do sequestro, que está omissa (na figura do sequestro, há uma assunção temporária pelo parceiro público das obrigações do parceiro privado por razões de incumprimento grave das

É imperioso que a articulação da legislação das PPP com outro tipo de legislação seja clarificada

ver uma participação reservada para alienação para cidadãos, via mercado bolsista, no capital social do empreendimento em percentagem não inferior a 5%.

(ix) *Garantias financeiras*: a prestação de garantias financeiras está prevista de forma imperativa, tanto quanto ao tipo de garantias como ao seu valor. Tal circunstância impede qualquer derrogação por contrato ou acto administrativo (por exemplo, quanto ao valor) para PPP em áreas de prestação de serviço público de bens essenciais.

Por outro lado, há um faseamento temporal no que diz respeito ao momento de prestação das várias garantias financeiras: (i) apresentação das propostas, (ii) celebração do contrato (para garantia da implementação do empreendimento), (iii) início de exploração (para garantia do bom desempenho operacional) e (iv) assinatura do termo de devolução. Este

obrigações por este último).

(xi) *Autarquias locais*: a Lei das PPP é também aplicável a PPP de autarquias locais, mas todo o regime das PPP parece estar desenhado para PPP do Estado, o que traz muitas dificuldades práticas na interpretação e aplicação dos diplomas quando esteja em causa uma parceria a nível local.

(xii) *Articulação com outra legislação*: por fim, é imperioso que a articulação da legislação das PPP com outro tipo de legislação seja clarificada. Com efeito, o artigo 38.º da Lei das PPP e o artigo 74.º do Regulamento da Lei das PPP (que tratam da legislação supletiva e da prevalência de normas em caso de conflito) são muito pouco claros e de difícil interpretação.

Estes são, em nossa opinião, alguns dos aspectos essenciais que devem ser considerados na revisão do “pacote” legislativo das PPP.