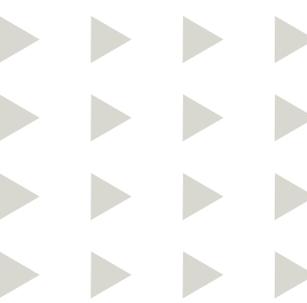


O TRIPLO A

ANTITRUSTE

— **A**DMINISTRATIVO

— **A**NTICORRUPÇÃO



A nova edição de nosso informativo bimestral começa com um importante alerta para empresas que notificam operações para aprovação do CADE: o chamado gun jumping vem sendo um dos temas prioritários do órgão em 2024. A seguir, analisamos criticamente o texto atual do Projeto de Lei do Senado Federal tratando de Inteligência Artificial e as decisões conflitantes do STJ sobre análise do elemento de dolo específico para retroatividade da Lei no. 14.230/2021 nas ações de improbidade.

A ausência de competição no processo de privatização da Sabesp é tema de um artigo onde avaliamos a interface entre elementos típicos do direito societário nas desestatizações ocorridas no Brasil. Retornamos ao CADE na sequência, trazendo reflexões sobre a chamada “regra de corroboração” e as novas tendências no padrão probatório em processos de investigação de condutas anticompetitivas. Discutimos também os novos marcos regulatórios do PDP e PDIL, programas ambiciosos que visam incrementar parcerias entre o setor privado e instituições de pesquisa voltados à nacionalização da produção de insumos para a saúde.

Por fim, nosso boletim trata das tendências mais recentes nas operações de crédito envolvendo concessão de garantia pela União Federal, bem como das recentes inovações introduzidas pela Lei Complementar 208/2024, que passou a admitir a securitização, por União Federal, Distrito Federal, estados e municípios, de seus direitos creditórios.

Esperamos que esta edição proporcione uma ótima leitura!

Equipe de Direito Antitruste, Administrativo e Anticorrupção.

VOCÊ VAI ENCONTRAR NESTA EDIÇÃO

Gun jumping: uma das prioridades do CADE em 2024	03
A tendência “maximalista” do PL tratando de Inteligência Artificial	04
Divergências no STJ quanto à retroatividade da Lei 14.230/2021 para análise de dolo específico nas ações de improbidade	06
A ausência de competição na desestatização da Sabesp	07
A “regra da corroboração” definitivamente incorporada no padrão probatório para condenações pelo CADE	08
Os novos marcos regulatórios do PDP e PDIL	10
Concessão de garantia pela União nas operações de crédito: o que vimos em 2024 até agora?	11

Reconhecimentos recentes

Chambers & Partners
Brazil

The Legal 500
Latin America

Latin Lawyer
250

Euromoney
Expert Guide

Análise Advocacia
Brasil

Best Lawyers
Brazil

EXPEDIENTE DESTA EDIÇÃO



André Gilberto



Natali Santos



Renato Vianna



Thais Ribeiro



Lia Segre



Raphael Pires



Sarah Carneiro



Henrique Marino



Manuela Zuben

GUN JUMPING: UMA DAS PRIORIDADES DO CADE EM 2024

O primeiro semestre de 2024 apresentou grande evolução na jurisprudência do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (“CADE”) sobre gun jumping. Esse é o termo adotado para a consumação de atos de concentração econômica antes da decisão final da autoridade antitruste, o que é vedado pela Lei nº 12.529/2011 (“Lei de Defesa da Concorrência”). Neste ano, o CADE analisou diversos casos de gun jumping e proporcionou sinalizações importantes para empresas que notificam operações para análise do órgão.

Na 226ª Sessão Ordinária de Julgamento, realizada em 20 de março de 2024, o CADE reconheceu a configuração de gun jumping na aquisição das ações da Digesto Pesquisa e Banco de Dados S.A. (“Digesto”) pelo Goshme Soluções para a Internet Ltda. (“Jusbrasil”), no Processo Administrativo para Apuração de Ato de Concentração (“APAC”) nº 08700.000641/2023-83.

Nesse caso, a controvérsia consistiu na consideração ou não de fundos de investimento como integrantes dos grupos econômicos das Partes: se os fundos fossem considerados parte dos grupos econômicos, a operação deveria ter sido notificada, pois os grupos atingiriam os critérios de faturamento para a obrigatoriedade da notificação. O Conselheiro Relator Victor Fernandes decidiu que um fundo de investimento compondo o quadro societário de empresa diretamente envolvida no negócio jurídico só será considerado parte integrante do grupo econômico dessa empresa caso haja “controle comum, interno ou externo”, não bastando que o fundo seja mero cotista.

A composição atual do Tribunal demonstrou-se preocupada com a razoabilidade das multas aplicadas pelo CADE em casos de gun jumping e com a previsibilidade das decisões da autarquia

Para a identificação de controle, o Conselheiro Relator analisou os direitos atribuídos a acionistas minoritários. No seu entendimento, os seguintes direitos normalmente implicariam presunção de controle compartilhado: (i) veto ou necessidade de quórum qualificado para aprovação de algumas matérias em Assembleia Geral ou em Conselho de Administração, (ii) indicação de membros para o Conselho de Administração, (iii) veto sobre decisões relacionadas a investimentos, empréstimos, contratações e operações de alto valor e (iv) veto sobre a aprovação de relatórios gerenciais, demonstrações financeiras e indicação de auditores independentes.

Ao analisar o caso sob esses critérios, o Conselheiro entendeu que os fundos deveriam ser considerados parte dos grupos econômicos das partes, pois o controle compartilhado estaria caracterizado e, assim, as partes teriam incorrido na conduta de gun jumping. Porém, o Conselheiro votou pelo afastamento da aplicação de multa – dado que a jurisprudência do CADE era controversa no assunto –, no que foi acompanhado pelos demais membros do Tribunal.

Na mesma Sessão Ordinária de Julgamento, o CADE homologou proposta de acordo para encerrar investigação de gun jumping (Processo nº 08700.003705/2023-06) em face de Totalmix Indústria e Comércio Ltda. (“Totalmix”) e Lar Cooperativa Agroindustrial (“Lar”). Nesse caso, a Lar vendeu dois imóveis com todos os equipamentos para processamento industrial de mandioca e milho para a Totalmix.

O Conselheiro Relator Gustavo Augusto entendeu que (i) unidades industriais como as ali alienadas, plenamente equipadas para a continuidade da operação, podem ser consideradas como ativos produtivos essenciais para o desenvolvimento da atividade, e (ii) a transferência de unidades como essas pode alterar a capacidade produtiva

dos concorrentes e alterar a estrutura do mercado, o que atrai o controle pelo CADE. Sendo assim, o Conselheiro entendeu que estava caracterizada a prática de gun jumping e votou pela homologação do acordo proposto pelas Partes. Seu voto foi acompanhado pelos demais membros do Tribunal.

Na 229ª Sessão Ordinária de Julgamento do CADE, realizada em 8 de maio de 2024, o Tribunal concluiu o julgamento do APAC nº 08700.005463/2019-09, que investigava a prática de gun jumping por Govesa Motors Veículos e Kurumá Veículos. Em voto conjunto, os Conselheiros José Levi e Diogo Thomson estabeleceram critérios para a aplicação do art. 22 da Resolução nº 24/2019, que prevê hipótese de afastamento dos parâmetros tradicionais de multa em APACs – previstos no art. 21 da mesma Resolução –, para a preservação da razoabilidade e da proporcionalidade.

Os Conselheiros estabeleceram que, em regra, as multas pela prática de gun jumping não deverão ultrapassar 20% do valor atualizado da Operação; esse limite que poderá ser ultrapassado caso se verifique conduta dolosa das partes. Observada a nova orientação, o Tribunal homologou as propostas individuais de acordo oferecidas pelas Partes, nos termos do voto conjunto.

Diante das decisões sobre gun jumping em 2024, percebe-se que o CADE está atento ao tema e buscando desenvolver a jurisprudência quanto a aspectos importantes dessa matéria. A composição atual do Tribunal demonstrou-se preocupada com a razoabilidade das multas aplicadas pelo CADE em casos de gun jumping e com a previsibilidade das decisões da autarquia, o que fortalece a segurança jurídica do sistema brasileiro de defesa da concorrência.

A TENDÊNCIA “MAXIMALISTA” DO PL TRATANDO DE INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL

Como temos abordado em nossos recentes posts sobre concorrência e regulação de mercados digitais e de inteligência artificial, o Projeto de Lei nº 2.338/2023 (“PL”), de relatoria do senador Eduardo Gomes (PL-TO), encontra-se em movimentado processo legislativo. O texto, apesar das diversas alterações discutidas a seguir, parece manter sua tendência inicial extensa e “maximalista”, com o objetivo de antever o máximo de situações possíveis.

Com a redação atual, o texto do PL permanece maximalista e potencialmente não será de simples implementação, caso aprovado.

A necessidade de regulação já é praticamente consensual na sociedade. As guerras em curso levantam a discussão sobre armas guiadas por inteligência artificial, e segundo foi publicado na imprensa, o próprio Google mapeou possíveis abusos com IA generativa, principalmente problemas com roubo de identidade, falsificação, criação de contas falsas, apropriação de imagem entre outros problemas, que objetivavam manipulação da opinião pública, lucro e fraudes. Apesar de o Brasil

já possuir legislação combatendo pirataria, compartilhamento indevido de dados pessoais, estelionato etc., o crescimento da utilização da IA justifica a criação de uma regulamentação específica.

Por outro lado, os textos apresentados até então no PL foram inspirados na regulamentação europeia (o “IA Act”, a Lei de Inteligência Artificial Europeia), que é considerada mais conservadora que outros modelos e estabelece

uma extensa nova legislação prevendo obrigações para empresas relacionadas ao ecossistema de IA (como desenvolvedores, aplicativos, distribuidores entre outros).

Segundo estudo do Movimento Inovação Digital, a proposta de texto (“substitutivo”) do PL datado de 24.04.2024 seria 30% correspondente ao AI Act; sendo 64% do conteúdo referente a obrigações, restrições e formato regulatório; 20% quanto a direitos e conceitos gerais; 10% quanto a regime de responsabilidade, e 5% quanto a instrumentos de inovação. Segundo levantamento do ITS Rio, esse substitutivo teria 69 obrigações (sendo 39 no AI Act, a título comparativo), das quais 56 seriam solidárias entre fornecedores, aplicativos e distribuidores.

Após a disponibilização desse texto, diversas entidades da sociedade civil se manifestaram apontando críticas e preocupações em relação ao PL. O IBRAC (Instituto Brasileiro de Estudos de Concorrência, Consumo e Comércio Internacional) e o ITS Rio, por exemplo, se debruçaram sobre outros modelos regulatórios mais arrojados, focados na inovação. Os sistemas utilizados no Japão e no Reino Unido, por exemplo, ao invés de proporem a criação de uma nova lei, buscam oferecer guidelines éticos e adequar a legislação já existente. Já o modelo da Coreia do Sul é fortemente centrado em desenvolvimento nacional através de legislação flexível e sandbox regulatório.

Por sua vez, o Tribunal de Contas da União apontou preocupações sobre o texto do PL como a imposição de barreira à pesquisa e ao desenvolvimento de IA, a perda de competitividade dos produtos e serviços brasileiros, favorecimento de monopólio ou oligopólio em caso de regulação excessiva.

Diante das repercussões e do contínuo recebimento de emendas, em 18.06.2024 foi emitido um novo substitutivo (complementado em 04.07.2024), o qual, segundo o senador relator, (i) buscou acompanhar tendências regulatórias do Reino Unido e nos Estados Unidos, e (ii) optou por aplicar aos sistemas de inteligência artificial as regras gerais definidas no Código Civil e no Código de Defesa do Consumidor. O substitutivo, portanto, apoia-se com mais contundência na legislação existente.

Conforme publicamos em junho, nessa versão do texto foram acolhidas as principais contribuições do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), incluindo o incentivo ao desenvolvimento tecnológico de microempresas, empresas de pequeno porte e startups.

Apesar do esforço de incentivar o desenvolvimento e evitar tratar e prever temas já existentes – inclusive princípios constitucionais –, como as novas e bem-vindas referências ao Código Civil e ao Código de Defesa do Consumidor, seria pertinente a indicação de outros instrumentos legislativos, como a Lei de Direitos Autorais, ou o Marco Legal das Startups.

Com a redação atual, o texto do PL permanece maximalista e potencialmente não será de simples implementação, caso aprovado.

DIVERGÊNCIAS NO STJ QUANTO À RETROATIVIDADE DA LEI 14.230/2021 PARA ANÁLISE DE DOLO ESPECÍFICO NAS AÇÕES DE IMPROBIDADE

Em 25.10.2021, foi publicada a Lei nº 14.230/2021, que alterou o regime da improbidade administrativa previsto na Lei nº 8.249/1992 (“Lei de Improbidade”). Neste artigo, analisamos em especial a exigência de dolo (específico) para configurar o ato de improbidade, segundo o que determina a nova redação do artigo 1º, § 2º, da Lei de Improbidade: “considera-se dolo a vontade livre e consciente de alcançar o resultado ilícito tipificado nos arts. 9º, 10 e 11 desta Lei, não bastando a voluntariedade do agente”.

A Lei 14.230/2021 trouxe mudanças significativas ao regime de improbidade e sua retroatividade foi objeto de julgamento pelo Supremo Tribunal Federal (STF) no âmbito do Tema de Repercussão Geral nº 1199; ali, foi determinado que a Lei 14.230/2021 “aplica-se aos atos de improbidade administrativa culposos praticados na vigência do texto anterior da lei, porém sem condenação transitada em julgado, em virtude da revogação expressa do texto anterior; devendo o juízo competente analisar eventual dolo por parte do agente”, com exceção do regime prescricional e dos processos que encontram em fase de execução das penas ou transitaram em julgado.

O STJ ainda não possui um entendimento fixo quanto à retroatividade da Lei 14.230/2021 para análise do elemento de dolo específico

Uma interpretação razoável desse julgamento do STF é que a Lei 14.230/2021 seria aplicável aos processos de improbidade em curso na fase de conhecimento, com exceção do novo regime prescricional, para que o juízo analisasse eventual existência de dolo específico por parte do réu.

Entretanto, tal entendimento parece não ser uníssono no Superior Tribunal de Justiça (STJ): (i) em 14.09.2023, a Corte Especial do STJ, no julgamento dos EDcl nos EDcl no AgInt nos EDcl no RE nos EDcl no AgInt nos EDcl no AREsp nº 1.587.243/SP, decidiu que “nos termos do julgamento do Tema 1.199 da repercussão geral a aplicação retroativa da Lei nº 14.230/2021 somente é permitida aos atos de improbidade administrativa culposos, ainda não transitados em julgado, não tendo sido contemplada a exigência de dolo específico com fundamento na nova redação legal”. (ii) Por sua vez, em 20.11.2023, no julgamento do AgInt no RE nos EDcl no AgInt no AREsp nº 2.027.433/PB, a Corte Especial manifestou o entendimento de que “a tese constante do Tema nº 1.199/STF não se refere à necessidade de comprovação do dolo específico do agente condenado pela prática de ato de improbidade administrativa”.

Entretanto, a 1ª Turma do STJ, em 30.04.2024, divergiu do entendimento da Corte Especial no julgamento do REsp nº 2.107.601/MG, quando entendeu que é possível a retroatividade da Lei nº 14.230/2021 com relação à exigência do dolo específico para a configuração do ato ímprobo aos processos em curso. Segundo o voto do Ministro Relator Gurgel de Faria, o Tema 1199 do STF indicou que a necessidade de o Juízo avaliar dolo por parte do agente faz referência ao dolo específico, uma vez que o dolo genérico, da mesma forma que a culpa, foram revogados pela Lei 14.230/2021.

Nota-se, com base nas decisões conflitantes acima discutidas, que o STJ ainda não possui um entendimento fixo quanto à retroatividade da Lei 14.230/2021 para análise do elemento de dolo específico. Cabe-nos aguardar pela maneira como o STJ uniformizará esse entendimento, e, sobretudo, como a Corte Especial do STJ passará a decidir.

A AUSÊNCIA DE COMPETIÇÃO NA DESESTATIZAÇÃO DA SABESP

A primeira etapa do processo de desestatização da Sabesp terminou no final de junho de forma surpreendente e, para os que esperavam forte competição entre potenciais interessadas, desanimadora: apenas uma empresa apresentou proposta para a posição de acionista de referência. Em um setor da economia acostumado com intensa concorrência em concessões e PPPs – com até seis concorrentes participando de processos recentes no Rio de Janeiro, Ceará e Amapá –, a ausência de disputa pela segunda maior companhia de saneamento do mundo chamou atenção.

Neste artigo, analisamos algumas características do processo que potencialmente impediram uma maior competição, bem como a interface (sempre presente, e de forma cada vez mais acentuada) de obrigações típicas do direito societário em processos de desestatização.

De maneira pioneira, o Governo do Estado de São Paulo construiu o seguinte procedimento para a desestatização da Sabesp: na primeira etapa, as partes interessadas em se tornar investidores de referência apresentariam suas propostas para a aquisição de 15% das ações da Sabesp. As duas melhores propostas seguiriam para a segunda etapa, denominada bookbuilding, na qual os demais potenciais investidores da Sabesp informariam os preços que estariam dispostos a pagar por cada ação da empresa em função de cada investidor de referência. A princípio, venceria o investidor de referência que possuísse o melhor livro de investimentos considerando sua oferta para a primeira etapa e os valores do book oferecidos pelos demais investidores. O vitorioso não poderá vender suas ações por cinco anos.

Trata-se de processo inovador, sem dúvida. Ocorre que, a apenas oito dias da data prevista para a o encerramento da primeira etapa, o Governo de São Paulo estabeleceu uma nova regra: o right to match, que concedeu ao investidor com maior preço de book e menor preço ponderado (considerando sua proposta inicial e seu valor de book) a possibilidade de igualar a proposta inicial do concorrente, vencendo a disputa.

Além disso, a obrigação de poison pill – mecanismo que protege acionistas minoritários ao impedir que o investidor de referência (e seus sócios) adquiram outras fatias acionárias para aumentar sua influência na Sabesp – pode ter sido um importante entrave para a maior competitividade no certame.

A utilização de mecanismo jurídicos historicamente mais comuns no direito societário e de mercado de capitais (follow on, bookbuilding, right to match, poison pill) no processo de privatização de uma empresa estatal ilustra muito bem a interdisciplinaridade e intercâmbio do direito administrativo contemporâneo com mecanismos originalmente desenvolvidos para a iniciativa privada.

No Brasil, tal fenômeno ganhou relevância nos anos 1990 com a chamada reforma administrativa e o Programa Nacional de Desestatização.

Para além das privatizações, a gestão das empresas que continuaram controladas pelo Estado sofreu grande influência dos ramos do direito societário e de mercado de capitais. Muitas das estatais organizaram-se como sociedades de economia mista, tendo parte de suas ações adquiridas por atores privados, embora o controle acionário continuasse com o Estado. A própria Sabesp,

Em um setor da economia acostumado com intensa concorrência em concessões e PPPs, a ausência de disputa pela segunda maior companhia de saneamento do mundo chamou atenção

antes do processo de desestatização, é um exemplo disso.

Mesmo em relação a antigas empresas estatais que foram privatizadas, a interface entre direito administrativo e direito societário ganha relevo. Por exemplo, apesar de a Vale do Rio Doce ter sido privatizada em 1997, o Estado manteve as chamadas golden shares, que lhe garantem o direito de vetar mudanças estratégicas das empresas, como alteração de denominação e/ou objeto social, liquidação da empresa, e alienação ou encerramento das atividades de uma ou mais etapas dos sistemas integrados de exploração de minério de ferro (jazidas minerais, ferrovias, portos e terminais marítimos).

A aproximação entre os ramos do direito administrativo e societário não é novidade. Muito em função disso, a ausência de competição no processo de desestatização da Sabesp não parece ter decorrido da presença de cláusulas e obrigações típicas de empresas privadas, sendo, na verdade, consequência da introdução repentina e sem discussão prévia com o mercado de regras alterando o processo competitivo a pouquíssimos dias da data limite para apresentação de propostas.

Mudanças repentinas e unilaterais tem o efeito (direto ou indireto) de abalar a confiança entre as partes de qualquer processo. Os efeitos desse abalo são ampliados quando o processo em questão movimentava bilhões de reais e tem como premissa que essas mesmas partes sejam parceiras por ao menos cinco anos na gestão de uma das maiores empresas de saneamento do mundo.

Trata-se de importante lição para os administradores públicos brasileiros: o sucesso de qualquer processo de emparceiramento com a iniciativa privada depende da construção de um relacionamento de confiança e diálogo.

A “REGRA DA CORROBORAÇÃO” DEFINITIVAMENTE INCORPORADA NO PADRÃO PROBATÓRIO PARA CONDENAÇÕES PELO CADE

Na primeira edição de nosso boletim Triplo A, refletimos sobre um importante precedente do Tribunal do CADE para a definição de padrão probatório em investigações de cartel: o processo administrativo instaurado para apurar suposto conluio no mercado nacional de sistemas térmicos automotivos, envolvendo as empresas Valeo, Behr, Modine e Denso e pessoas físicas relacionadas.

A adoção de critérios rigorosos para a avaliação de provas assegura a integridade do processo investigativo

Naquela oportunidade, o Tribunal, seguindo os termos do voto-vista do Presidente Alexandre Cordeiro, fixou o entendimento de que relatos unilaterais de beneficiários de acordo de leniência ou compromissários de TCC, acompanhados por provas unilaterais e indiretas são, por si só, insuficientes para condenação em casos de cartel, sendo indispensável a análise dos critérios previstos no Guia de recomendações probatórias para proposta de acordo de leniência com o CADE (Guia): (i) diversidade de provas, (ii) corroboração entre si, e (iii) inexistência de dúvida razoável acerca da conduta investigada.

Neste artigo, discutimos o uso da denominada “regra de corroboração” em outras investigações por práticas de cartel recentemente concluídas pelo Tribunal do CADE.

Iniciamos com um julgado de fevereiro deste ano: o processo administrativo instaurado para apurar suposto cartel no mercado nacional de medidores residenciais de consumo de água (“cartel de hidrômetros”), no qual o voto-paradigma foi proferido pelo relator do caso, o Conselheiro Victor de Oliveira Fernandes.

A instrução desse processo era fundamentada exclusivamente em relatos e indícios apresentados por signatários do acordo de leniência e compromissários de termos de cessação de conduta (“TCCs”). O Relator utilizou-se do Guia para afastar documentos e relatos unilaterais, como comunicações e planilhas internas de colaboradores, como documentos suficientes para comprovar qualquer envolvimento em cartel. Além disso, foi destacada a insuficiência de provas indiretas (menções em reuniões ou comunicações entre concorrentes) para atestar qualquer caráter anticompetitivo dessas interações.

As provas constantes nos autos eram decorrentes tão somente do acordo de leniência e termos de compromisso de cessação de conduta, que não estavam corroborados por evidências externas confiáveis. De acordo com o Relator, a regra da corroboração, aplicável aos acordos de leniência e termos de compromisso de cessação, estabelece que, para fundamentar uma acusação, são necessárias provas adicionais corroboratórias. Essa regra representa uma limitação à liberdade de apreciação probatória do julgador, e sua análise é feita casuisticamente, considerando “a origem, contexto, destinatário e credibilidade dos documentos, havendo relação inversamente proporcional entre a confiabilidade das evidências e a necessidade de corroboração adicional”.

Além disso, o Voto proferido pelo Conselheiro Victor Fernandes propôs a adoção pelo Tribunal do CADE nos seguintes critérios de corroboração previstos na doutrina processual penal na avaliação de padrão probatório em processos que apurem infrações à ordem econômica:

- Critério de conformidade da prova com o relato do colaborador: avalia-se por esse requisito a força probatória do documento unilateral quanto à profundidade, precisão e coerência da narrativa do colaborador;
- Critério da independência: a evidência corroborativa deve ser independente da evidência principal e ser proveniente de fonte distinta; e
- Critério do auxílio na demonstração de um ponto controvertido: a evidência corroborativa deve ajudar a provar um ponto específico que está sendo contestado pelas partes, sendo irrelevante se apresenta ou reforça fatos sabidamente conhecidos ou que não estão em disputa.

O entendimento proferido pelo Conselheiro-Relator, além de ter sido acolhido por unanimidade pelo Tribunal do CADE, vem sendo utilizado como referência em outros julgamentos envolvendo padrão probatório em investigações de cartel, como na recente decisão em processo que busca apurar condutas anticompetitivas no mercado de peças automotivas no mercado independente de peças de reposição (Aftermarket ou “IAM”) e mercado de peças originais (Original Equipment Manufacturer ou “OEM”), de relatoria do Conselheiro Carlos Jacques (Processo Administrativo nº 08700.004558/2019-05).

Em suma, esses precedentes reforçam a importância conferida pelo Tribunal do CADE à regra de corroboração de provas em investigações de práticas anticompetitivas. A adoção de critérios rigorosos para a avaliação de provas, como a conformidade, independência e auxílio na demonstração de pontos controvertidos, assegura a integridade do processo investigativo e garante que as condenações sejam fundamentadas em evidências sólidas e confiáveis.

OS NOVOS MARCOS REGULATÓRIOS DO PDP E PDIL

No dia 21.06.2024, foram publicados os marcos regulatórios dos programas de Parceria para o Desenvolvimento Produtivo (“PDP”) e Programa de Desenvolvimento e Inovação Local (“PDIL”) (“Programas”, quando citados em conjunto) através das PORTARIA GM/MS Nº 4.472 e PORTARIA GM/MS Nº 4.473, respectivamente.

De forma geral, os Programas visam incrementar parcerias entre o setor privado e instituições de pesquisa com a finalidade de estimular – através de inovação e tecnologia – a nacionalização da produção de insumos de saúde que auxiliem na superação dos desafios do Sistema Único de Saúde (“SUS”).

A seguir, analisamos em mais detalhes as características do PDP e do PDIL.

O PDP é dividido em quatro fases e busca a incorporação nacional de tecnologias, plataformas tecnológicas, insumos estratégicos, serviços e processos produtivos para a redução das vulnerabilidades e dependência produtiva e tecnológica do SUS.

Suas principais inovações constam da Portaria 4.472/24, que revoga o Anexo XCV da Portaria de Consolidação GM/MS nº 5/2017, traz reflexos da Lei nº 14.133/2021 e incorpora o entendimento do Tribunal de Contas da União sobre essas parcerias. Destacamos, em especial:

Os programas possuem traços interdisciplinares que conjugam as áreas de direito administrativo, antitruste, regulatório, societário, propriedade intelectual, trabalhista e cível

- Processos Seletivos: Fase I - Escolha de parceiros privados devem ocorrer através de processos seletivos que atendam aos princípios da publicidade, legalidade e moralidade (art. 5º, §5º).
- Fixação de prazos: As fases II (preparação para execução da transferência tecnológica e III (transferência tecnológica) do programa passam a ter prazo limitado, a depender da complexidade tecnológica a ser transferida (art. 8º, §1º).
- Ajuste dos preços: Ajuste de preços a considerar ocorrências imprevisíveis e anual a considerar a variação de preços do mercado nacional e internacional na fase III (art. 40, a e b);
- Sanções: Previsão de aplicação de sanção (advertência, multa e suspensão de participar de PDP) a ser aplicada pelo Ministério da Saúde a quaisquer dos parceiros da PDP (Entidade Privada - EP, Instituição Pública - IP ou Instituição Científica, Tecnológica e de Inovação - ICT) em caso de inexecução do Termo de compromisso, mediante garantia de contraditório e ampla defesa (art. 77).

O PDIL, por outro lado, consiste no programa instituído pela Portaria 4.473/24 para promover o desenvolvimento da produção e inovação local voltados aos desafios em saúde, a sustentabilidade e resiliência do SUS, a fim de reduzir a sua vulnerabilidade produtiva e tecnológica.

São elegíveis as soluções produtivas e tecnológicas para o SUS que atendam aos objetivos definidos Anexo CIX a Portaria de Consolidação GM/MS nº 5, de 28 de setembro de 2017 e na Matriz de Desafios Produtivos e Tecnologias em Saúde (Portaria GM/MS nº 2.261/2023).

A seleção do PDIL ocorrerá da seguinte forma:

- i. As propostas de projetos deverão ser submetidas por instituição pública, ICT (“Instituições Científicas, Tecnológicas e de Inovação”) ou entidade privada sem fins lucrativos (art. 7º) e devem observar os requisitos do art. 8º, dentre eles: a identificação dos parceiros privados da solução e comprovação do nível de maturidade tecnológica;
- ii. Avaliação da solução de acordo com os requisitos do art. 13, dentre eles: a capacidade tecnológica, disponibilidade de recursos humanos qualificados, caráter inovador, relevância das contrapartidas para o SUS;
- iii. Os projetos de PDIL aprovados deverão ser formalizados por meio da assinatura de instrumento jurídico específico permitidos na Portaria, tais como: convênios, termos de execução descentralizada - TED, encomendas tecnológicas, contratos públicos para solução inovadora, acordos de compensação tecnológica e outros instrumentos correlatos (art. 22 e 5º).
- iv. Monitoramento e avaliação de resultados (art. 23).
- v. Propriedade intelectual serão regidos de acordo com a legislação vigente (art. 24).
- vi. Possibilidade de priorização de registros junto aos órgãos competentes (art. 25)
- vii. A Portaria 4.473/24 prevê a aplicação de sanções suspensão temporária de participação em novas rodadas de submissão de propostas no âmbito do PDIL ou de impedimento de licitar e contratar no âmbito da administração federal e de outras sanções legais eventualmente cabíveis, em caso de malversação de recurso público, ocorrida com dolo, fraude ou erro grosseiro, e responsabilização pelo respectivo ressarcimento a ser aplicada pelo proponente (art. 27).

Propostas para os programas podem ser enviadas, nos termos dos Informe Técnico nº 01/24 (PDP) e Informe Técnico nº 02/24 (PDIL) e serão recebidas através do e-mail projetos.ceis@saude.gov.br no período de 24/06/2024 a 23/09/2024. Modelos de propostas estão disponíveis nos seguintes links: PDP e PDIL.

Como se vê, os programas possuem traços interdisciplinares que conjugam as áreas de direito administrativo, antitruste, regulatório, societário, propriedade intelectual, trabalhista e cível. Seguiremos acompanhando como se dará sua implementação, na prática.

CONCESSÃO DE GARANTIA PELA UNIÃO NAS OPERAÇÕES DE CRÉDITO: O QUE VIMOS EM 2024 ATÉ AGORA?

A concessão de garantias pela União Federal representa um dos instrumentos mais importantes para que entes da federação possam contratar operações de crédito. Trata-se de um aval que, na grande maioria das situações, fornece às instituições financeiras a segurança necessária para seguir com a realização de empréstimos aos Estados e Municípios que buscam algum tipo de “fôlego” financeiro.

As garantias são executadas quando um ente se torna inadimplente em alguma operação de crédito. Nessas situações, o Tesouro Nacional é obrigado a cobrir a dívida; em contrapartida, são retidos os repasses da União (como receitas decorrentes dos fundos de participação e ICMS) para o ente devedor até que seja quitada a

diferença, com a incidência de multa e juros, além de custos operacionais.

Os pagamentos, pelo Tesouro Nacional, de dívidas atrasadas dos Estados, continuaram bastante expressivos em 2024. Apenas em maio, R\$1.17 bilhão foram pagos pela União Federal, conforme informações divulgadas no Relatório de Garantias Honradas pela União em Operações de Crédito, divulgado pela Secretaria do Tesouro Nacional. Grande parte dos pagamentos foi relativa aos atrasos de pagamento dos governos do Rio de Janeiro e do Rio Grande do Sul, que se encontram em Regime de Recuperação Fiscal.

No caso específico do Rio Grande do Sul, por causa da catástrofe climática ocorrida em maio, a União suspendeu o pagamento da dívida por trinta e seis meses, e os juros que incidiriam nesse período foram perdoados.

Também em 2024, vimos os efeitos das alterações promovidas pelo Tesouro Nacional por meio da Portaria Normativa do Ministério da Fazenda no. 1583, alterando a metodologia para cálculo da capacidade de pagamento (Capag) dos Estados e Municípios. Essa medida fez parte do chamado “Novo Ciclo de Cooperação Federativa”, que consistiu em um núcleo de medidas para aprimorar a contratação de crédito por estados e municípios.

A concessão de garantias pela União Federal fornece às instituições financeiras a segurança necessária para seguir com a realização de empréstimos aos Estados e Municípios

A “nota Capag”, como é popularmente denominada, define quais entes estão aptos a requerer os empréstimos com garantia da União, e as alterações promovidas pelo Tesouro tiveram como objetivo facilitar o acesso a essas garantias por municípios de menor porte. Uma das principais alterações foi a redução de R\$30 milhões para R\$20 milhões do valor mínimo para um pedido de empréstimo com garantia da União. Os procedimentos para entes que desejam

contratar esse tipo de operação permanecem consolidados no Manual de Análise Fiscal do Tesouro Nacional.

Em 2024, verificamos com mais intensidade os efeitos da Portaria Normativa do Ministério da Fazenda no. 808, que estabeleceu, como requisito adicional à concessão de garantia pela União nas operações de crédito interno e externo contratadas pelos estados, Distrito Federal e municípios, a inclusão, nos respectivos contratos de garantia, de cláusula que estabeleça que a instituição financiadora contratada realizará, como contrapartida à garantia da União, ações de apoio visando ao aprimoramento da gestão fiscal ou à promoção de investimentos nos referidos entes subnacionais (“Ações de Apoio”). Essa portaria, publicada em julho de 2023, integra as medidas anunciadas pela Secretaria do Tesouro nacional para impulsionar projetos de parceria público-privadas.

Por fim, temos a recentíssima promulgação da Lei Complementar 208/2024, que, dentre outras medidas, inclui o artigo 39-A na Lei no. 4.320/64 e permite que União, estados, Distrito Federal e municípios cedam de forma onerosa direitos creditórios a pessoas jurídicas de direito privado ou a fundos de investimento regulamentados. A cessão deverá preservar a natureza original do crédito, inclusive garantias, e deverá ser autorizada por lei específica. Trata-se de uma inovação bastante expressiva no ecossistema das operações de crédito (com ou sem garantia da União Federal), cujos impactos merecem uma análise cuidadosa ao longo dos próximos meses.

Este boletim tem propósito meramente informativo e não deve ser considerado para fins de se obter aconselhamento jurídico sobre qualquer um dos temas aqui tratados.

Para informações adicionais, contate nossa equipe ou visite nosso site www.cgmlaw.com.br.

CGM Advogados. Todos os direitos reservados.