



Ministério da Justiça

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA – CADE

Gabinete do Conselheiro Alessandro Octaviani Luis

Ato de Concentração nº 08700.004957/2013-72

Requerentes: Monsanto do Brasil Ltda. e Bayer S.A.

Advogados: José Inácio Gonzaga Franceschini, Cristhiane Helena Lopes Ferrero, Renata Sermin Tormin, José Alberto Gonçalves da Motta, Maria Eugênia Del Nero Poletti, Ludmylla Scalia Lima, Bárbara Rosenberg, José Carlos da Matta Berardo, José Inácio Ferraz de Almeida Prado Filho e outros.

Relator: Conselheiro **Alessandro Octaviani Luis**

EMENTA: Ato de Concentração. Operação realizada no Brasil. Rito Ordinário. Operação passível de enquadramento nos incisos II e VI do art. 90 da Lei nº 12.529/2011. Concessão, feita pela Monsanto para a Bayer, de licença para desenvolver, testar, produzir e comercializar, no Brasil, variedades de sementes de soja, contendo tecnologia Intacta *RR2 PRO*TM, responsável por conferir às plantas, simultaneamente, tolerância ao herbicida glifosato e resistência a insetos. Hipótese de subsunção prevista no art. 88 da Lei nº 12.529/2011 e na Portaria Interministerial 994/2012 – faturamento. Agricultura, Pesquisa e Desenvolvimento Agrícola e Sementes e Mudas. Possível sobreposição horizontal. Integração vertical. Parecer da Superintendência-Geral pelo não conhecimento. Decisão pelo conhecimento. Aprovação condicionada à adaptação de cláusulas do contrato.

Palavras-chave: biotecnologia; licenciamento; sementes de soja; Monsanto; Direito da concorrência e propriedade intelectual; conhecimento.

VOTO

I. DAS REQUERENTES

1. A **Monsanto do Brasil Ltda.** é sociedade empresária de origem estadunidense, controlada pelo Grupo Monsanto, que se dedica à pesquisa e ao desenvolvimento de novas tecnologias agrícolas, atuando no desenvolvimento de biotecnologia aplicada aos processos produtivos de diversas variedades de sementes. Sua atuação no Brasil envolve o licenciamento de diferentes tecnologias e a comercialização de defensivos agrícolas, sementes (algodão, milho, soja, sorgo e cana de açúcar), biotecnologia, ácido de glifosato e glifosato.

2. A **Bayer S.A.** pertence ao grupo Bayer e atua em diversos segmentos, com ampla gama de produtos e serviços afeitos ao setor químico, da saúde humana e animal, agricultura, biotecnologia e engenharia para as indústrias química e farmacêutica.

II. DA OPERAÇÃO

3. A presente operação consiste no licenciamento de uso de tecnologia da Monsanto à Bayer para desenvolvimento, teste, produção e comercialização, no Brasil, de variedades de sementes de soja contendo tecnologia Intacta *RR2 PRO*TM, responsável por conferir às plantas, simultaneamente, tolerância ao glifosato e resistência a insetos.

III. TAXA PROCESSUAL

4. A **taxa processual** foi devidamente recolhida, nos termos da Lei nº 9.781/99 e da Resolução nº 38/05, como demonstra a cópia autenticada do comprovante de recolhimento anexado às fls. 41/42 dos autos dos públicos.

IV. DO PARECER DA SUPERINTENDÊNCIA-GERAL

5. Em seu parecer, a Superintendência-Geral do CADE recomendou o não-conhecimento da presente operação:

“Pelo exposto, entende-se que licenciamentos não-exclusivos de uso de tecnologia, desde que também não carreguem consigo acordos de não-concorrência, transferência de ativos, organização comum ou vínculos societários de qualquer natureza, ou qualquer medida que implique em alteração dos centros decisórios ou restrição concorrencial, não são de notificação obrigatória ao CADE nos termos da Lei n.º 12.529/2011.” (Parecer nº 171 da Superintendência- Geral)

6. Em breve análise de mérito, ressaltou a inocorrência de alteração na estrutura concorrencial do mercado em questão.

V. DO INCIDENTE DE AVOCAÇÃO

7. Em 24 de julho de 2013, o presente Ato de Concentração foi avocado ao Tribunal pelo Conselheiro Eduardo Pontual¹, sob o fundamento de que operações deste tipo poderiam envolver questões que limitem ou prejudiquem a livre concorrência, nos termos do artigo 65 c/c artigo 88, da Lei 12.529/2011.

VI. DO CONHECIMENTO

8. Já manifestei-me quanto à necessidade de conhecimento de operações envolvendo transferência de tecnologia quando da análise dos Atos de Concentração nº 08012.002870/2012-38², nº 08012.006706/2012-08³, nº 08012.003898/2012-34⁴ e nº

¹ Ofício nº 3638/2013/CADE. Fls. 96/97 dos autos públicos.

² Ato de Concentração nº 08012.002870/2012-38. Requerentes: Monsanto do Brasil Ltda. e Syngenta Proteção de Cultivos Ltda. Relator: Conselheiro Marcos Paulo Veríssimo.

³ Ato de Concentração nº 08012.006706/2012-08. Requerentes: Monsanto do Brasil Ltda. e Nidera Sementes Ltda. Relator: Conselheiro Alessandro Octaviani Luis.

⁴ Ato de Concentração nº 08012.003898/2012-34. Requerentes: Monsanto do Brasil Ltda. e Cooperativa Central de Pesquisa Agrícola. Relator: Conselheiro Alessandro Octaviani Luis.

08012.003937/2012-01⁵, julgados conjuntamente na 27ª sessão ordinária de julgamento desse Conselho, em 28 de agosto de 2013. Assim, seguindo o entendimento exarado em tal ocasião, entendo que a decisão sobre o conhecimento da presente operação, bem como de quaisquer outros contratos de transferência de tecnologia, depende de considerações mais aprofundadas de ordem concorrencial sobre o mercado concreto em análise, sobre o instrumento contratual específico, não podendo ser baseada em nomes fantasiosos de contratos que não condizem com os conteúdos obrigacionais estipulados e, muito menos ainda, em supostas “regras gerais” de inofensividade de certas práticas que não encontram respaldo empírico ou subsistem a instrução minimamente mais aprofundada.

9. *In casu*, trata-se de contrato de licenciamento de tecnologia celebrado entre duas empresas potencialmente concorrentes⁶ no mercado de tecnologia para sementes de soja. O contrato firmado tem vigência de 20 anos ou enquanto durar a patente da Monsanto (caso venha a expirar antes) e, *prima facie*, vislumbra-se a possibilidade de integração vertical duradoura entre as atividades das referidas empresas, o que gera a necessidade de análise do conteúdo do contrato e da dinâmica do mercado em questão.

VII. MÉRITO

VII.1. Preliminar de nulidade

10. Conforme relatado, o presente Ato de Concentração foi avocado no Tribunal pelo Conselheiro Eduardo Pontual em 24 de julho de 2013⁷, sob o fundamento de que operações deste tipo poderiam envolver questões que limitem ou prejudiquem a livre concorrência, nos termos do artigo 65 c/c artigo 88, da Lei 12.529/2011. No entanto, tal procedimento teve sua legalidade desafiada pela requerente Bayer, em sede de preliminares, quando foram lançadas questões sobre mecanismos de avocação.

⁵ Ato de Concentração nº 08012.003937/2012-01. Requerentes: Monsanto do Brasil Ltda. e Don Mario Sementes Ltda. Relator: Conselheiro Alessandro Octaviani Luis.

⁶ Na listagem de OGM's autorizados no Brasil, a Bayer é detentora da Tecnologia Transgênica para Soja Liberty Link, aprovada em 2010 pelo Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento. Disponível em: http://www.agricultura.gov.br/portal/pls/portal/!PORTAL.wwpob_page.show? docname=1324452.PDF.

Acessado em 27 de novembro de 2013.

⁷ Ofício nº 3638/2013/CADE. Fls. 96/97 dos autos públicos.

VII.1.1. A sistemática da lei

11. O instituto da avocação, previsto de maneira geral na Lei do Processo Administrativo (Lei nº 9.784/99, art. 15), é decorrente da hierarquia de poderes da Administração Pública. Ocorre quando órgão hierarquicamente superior se incumbem do exercício de competência própria a órgão hierarquicamente inferior. A partir de então, o órgão superior passa a exercer temporária e justificadamente a competência do órgão hierarquicamente inferior. Esse instituto foi inserido no Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (“SBDC”) com o advento da nova lei antitruste, justamente para que o órgão de cúpula do sistema administrativo da concorrência possa a seu critério, redirecionar atos dos órgãos de apoio.

12. Assim, na sistemática da Lei nº 12.529/2011, coube à Superintendência-Geral, com relação à análise de Atos de Concentração, emitir parecer recomendando (art. 57): (a) sua aprovação sem restrições; (b) sua aprovação com restrições; (c) sua reprovação; ou (d) concluir pela ausência de elementos conclusivos quanto aos efeitos da operação no mercado. Nas hipóteses (b), (c) e (d), a SG oferecerá impugnação ao Tribunal, que decidirá a matéria. Na hipótese de (a) uma operação ser aprovada sem restrições, portanto, o parecer da SG pode revestir-se de definitividade, representando a efetiva autorização do SBDC para a realização da operação.

13. Contudo, dois eventos têm ainda o condão de devolver ao Tribunal a competência para reanalisar o caso: (i) recurso da decisão por terceiro interessado ou por agência reguladora (em se tratando de mercado regulado) e (ii) avocação pelo Tribunal (artigo 65, incisos I e II), que ocorre mediante provocação de um de seus membros.

14. A avocação, portanto, é instrumento hábil a permitir ao Tribunal a reanálise de Ato de Concentração aprovado pela Superintendência-Geral.

15. A lei antitruste (art. 65) prevê prazo de 15 (quinze) dias, contados a partir da publicação da decisão da SG que aprovar o Ato de Concentração, para que o Tribunal, mediante (“por meio de”) provocação de um de seus Conselheiros e em decisão fundamentada, avoque o processo para julgamento. Há ainda a previsão de que a execução do ato de concentração fique suspensa até a decisão final do Tribunal – em manifesta coerência com o sistema de análise *prévia* instituído pela lei.

VII.1.2. Parâmetros interpretativos a serem seguidos pelo Tribunal

16. O Tribunal julgou seu primeiro incidente de avocação na 16ª Sessão de Julgamento, em 20 de fevereiro de 2013. Naquela oportunidade, foram levantadas questões de ordem com relação ao procedimento para a avocação, afastadas de plano, basicamente com os seguintes fundamentos:

- (i) ***Do requisito de “decisão fundamentada” para a avocação:*** Dada a importância do bem tutelado, sua relevância para a sociedade brasileira e a velocidade com que ele pode ser vilipendiado, basta o simples interesse minimamente fundamentado de um dos membros do Tribunal em examinar melhor a questão para que esteja justificada a avocação. Portanto, não se exige, para a aprovação do pedido de avocação, que “haja altíssima” chance de reversão da decisão da Superintendência-Geral e, portanto, de reprovação. *“Um bom standard para determinar os casos que comportam avocação consiste em fiarmo-nos ao simples interesse de um dos conselheiros em avocar, minimamente fundamentado, quase que num juízo de deliberação”*, conforme expressamente manifestado durante tal sessão deliberativa.
- (ii) ***Do ônus a ser suportado pelo administrado:*** A avocação evidentemente implica ônus para as partes: a de esperar mais tempo para ver a sua operação apreciada em definitivo pelo sistema. Esse ônus deve ser considerado ao se decidir ou não avocar. Observe-se que a própria lei avalia medidas de urgência (ex: aprovação precária) caso os requisitos estejam preenchidos.
- (iii) ***O prazo de 15 dias:*** Afasta-se por absurda, a interpretação de que o prazo de quinze dias seria para o Tribunal decidir, em plenário, acerca da avocação, sendo insuficiente a manifestação de interesse de um Conselheiro em avocar. Tal tese, no limite, dá mais poder aos terceiros interessados ou às agências reguladoras para proteger a concorrência do que ao órgão investido por lei para fazê-lo. O limite razoável das interpretações possíveis é o absurdo, e tal postulação choca-se contra esse muro.

17. Assim, na referida Sessão, o Tribunal do CADE traçou algumas diretrizes interpretativas do escopo normativo que regulamenta o procedimento da avocação:

- I. Deve ser observado, para o pedido de avocação de um dos Conselheiros, o prazo de 15 dias, contado a partir da publicação da decisão da Superintendência-Geral que aprovar o ato de concentração;
 - II. A manifestação (unilateral, tempestiva e minimamente fundamentada) de um dos Conselheiros é suficiente para suspender a execução da operação até o julgamento do incidente de avocação e;
 - III. O incidente de avocação será deliberado na primeira oportunidade posterior à formulação do pedido. Nessa oportunidade, o incidente terá como relator o Conselheiro que o provocou;
 - IV. Avocado o Ato de Concentração, o processo será redistribuído a um Conselheiro, que passará a ser o relator do processo em si;
 - V. Mesmo avocado o Ato de Concentração, a análise de mérito sobre a operação deve respeitar os limites cronológicos estabelecidos na Lei nº 12.529/11 (240 dias prorrogáveis por até 60, a pedido das partes, ou até 90, mediante decisão fundamentada do Tribunal).
18. Essas são, portanto, as balizas interpretativas esposadas pelo Tribunal na primeira oportunidade em que teve de avocar uma operação, reiteradas vezes já executadas.⁸

VII.1.3. Da avocação no caso concreto

19. Em petição apresentada ao longo da instrução do presente Ato de Concentração, a requerente Bayer postulou a preliminar de nulidade da referida avocação, pelas seguintes razões:

- a) “O prazo máximo para que o Tribunal decida por eventual e excepcional avocação é de 15 (quinze) dias.” (fls. 105 dos autos públicos)

⁸ Cf. ACs n.º 08700.011105/2012-51 e 08700.006336/2013-23.

b) “Não basta à avocação que um Conselheiro a pleiteie, posto que a competência legal é do Tribunal e não de um de seus membros isoladamente considerado, nem há previsão legal para a delegação, pelo Tribunal, de poderes a um único e isolado Conselheiro. A norma não admite postergação à consolidação de uma decisão constitutiva de direito do Administrado, proferida pela SG.” (fls. 105 dos autos públicos);

c) “Determina o art. 131 do RICADE que, uma vez formulado, o Conselheiro pleiteante torna-se prevento para relatar o pedido face o debate que deve-se seguir face o Tribunal (art. 131, parágrafo 1º do RICADE), regularmente convocado para sua discussão e julgamento. Por óbvio que pareça, a presença do Conselheiro pleiteante à Sessão de Julgamento que deliberará sobre o pedido de avocação é imprescindível à legalidade desta, sob pena de estar-lhe ausente o Relator. Ocorre que, no caso concreto, nem a Sessão de Julgamento foi convocada, nem o i. Conselheiro pleiteante poderia estar a ela tempestivamente presente para relatar o pedido de avocação, posto encontrar-se ele no legítimo gozo de férias.” (fls. 106/107 dos autos públicos)

d) Não teria sido dada publicidade prévia sobre a Sessão Extraordinária de Distribuição na qual o processo foi distribuído, logo a autoridade teria deixado de “atentar para as exigências legais e ritos processuais próprios ao incidente de avocação, (...) o que culminou por resultar na inexistência ou, no mínimo, ilegitimidade da avocação do presente Ato e, portanto, no trânsito em julgado da decisão proferida pela i. SG” (fls. 104 dos autos públicos);

20. O primeiro argumento apresentado (“*o prazo máximo para que o Tribunal decida por eventual e excepcional avocação é de 15 [quinze] dias*”), conforme já demonstrado, não merece acolhida por conduzir ao absurdo: qualquer terceiro interessado (i) teria mais poderes do que os membros do Tribunal para zelar pelos bens jurídicos que justamente compõem o núcleo da competência estatal dos Conselheiros; e (ii) poderia apresentar recurso e, ainda que não preenchesse os requisitos de admissibilidade, mesmo assim teria o efeito de suspender a execução da operação (mas, se um Conselheiro do Tribunal tivesse a pretensão de avocar o feito, não haveria suspensão, e assim sendo, poderia ver frustrada sua

pretensão de avocar meramente pelo fato de não haver Sessão de Julgamento no prazo de quinze dias).

21. O segundo argumento defendido pelas requerentes sustenta que a avocação é decisão colegiada, não bastando o pedido de um Conselheiro para tanto, sendo que “*a norma não admite postergação à consolidação de uma decisão constitutiva de direito do Administrado, proferida pela SG*”. Trata-se de argumento falso, vez que não há “direito adquirido do administrado à decisão da SG” antes de decorridos os quinze dias da publicação da referida decisão. *In casu*, antes de finalizado o prazo previsto no art. 65, houve suspensão deste por meio do pedido de avocação do Tribunal mediante o Conselheiro Eduardo Pontual, o que afasta o suposto direito do Administrado à decisão proferida pela Superintendência.

22. Os demais argumentos das Requerentes sustentam-se, basicamente, no pressuposto de que deveria ter sido convocada Sessão de Julgamento na qual o Conselheiro pleiteante relataria o pedido de avocação. Sendo assim, postulam que (i) não teria sido dada publicidade prévia sobre a Sessão Extraordinária de Distribuição na qual este processo foi distribuído (e que, portanto, a autoridade teria deixado de “*atentar para as exigências legais e ritos processuais próprios ao incidente de avocação*”); (ii) como resultado, “*teria havido inexistência ou, no mínimo, ilegitimidade da avocação do presente Ato*”; e (iii) conseqüentemente, “*haveria trânsito em julgado da decisão proferida pela i. SG*”.

23. De fato, o presente Ato de Concentração foi distribuído após o pedido de avocação pelo Conselheiro Pontual, sem a realização de uma Sessão Extraordinária de Julgamento para que o Tribunal se manifestasse quanto à avocação. Contudo, conforme visto acima, a redação do art. 65, II (“o Tribunal poderá, **mediante** provocação de um de seus Conselheiros e em decisão fundamentada...”) determina que a decisão do Tribunal pode ser instrumentalizada pelo ato de um de seus conselheiros, tal como o foi no presente caso. Contudo, esse ato decisório está sujeito a referendo do Tribunal Administrativo, órgão colegiado competente, em última análise, para promover o julgamento do processo. Foi exatamente o que houve no presente caso: avocação instrumentalizada por um dos membros do Tribunal, com posterior referendo deste último.

24. Porém, ainda que se entendesse que o incidente de avocação deveria ter sido julgado em sessão plenária, isso não significa que tal vício não pudesse ser sanado, como é óbvio, pelo sistema básico de convalidação dos atos administrativos.

25. A possibilidade de convalidação dos atos administrativos foi contemporaneamente organizada pelo artigo 55 da Lei nº 9.784/99, o qual exige alguns requisitos para que as falhas existentes no ato possam ser corrigidas com eficácia retroativa: (i) *decisão não pode lesar o interesse público*; (ii) *não pode haver prejuízo a terceiro*; (iii) *o ato deve conter defeitos sanáveis*.

26. *In casu*, como se verifica, todos os requisitos estão plenamente observados.

(i) **Decisão que não lese o interesse público**

27. Conforme já verificado, a toda avocação corresponde o ônus, pelo administrado, de espera mais longa por uma decisão definitiva do SBDC. Esse ônus deve ser sopesado com o dever legalmente estabelecido de analisar a formação de novas estruturas econômicas com esmero e cuidado, de modo a prevenir abuso de poder econômico ou qualquer ato que possa vulnerar a livre concorrência e a livre iniciativa.

28. A avocação do caso concreto foi fundamentada pela existência de outros casos semelhantes, ainda pendentes de julgamento pelo Tribunal, sobre os quais os Conselheiros não haviam chegado a posicionamento unânime. Aqueles casos foram posteriormente aprovados com uma série de restrições contratuais, restando superada a questão do conhecimento desse tipo de contrato pelo CADE. Tal resultado reforça a tese de que a decisão de não conhecimento da SG e a afirmação de ausência de efeitos anticompetitivos decorrentes da presente operação carecem de fundamentação, o que pode ensejar graves consequências ao ambiente concorrencial.

29. Fazendo-se um cotejamento entre os dois interesses em questão, não restam dúvidas de que o interesse público é muito mais bem concretizado pela atuação diligente da autoridade antitruste na defesa do princípio constitucional da livre concorrência.

30. Com isso, optou-se por evitar o mal maior e, por meio da avocação, decidiu-se por aprofundar a análise dos efeitos estruturais da presente operação – a qual, como se verá ao longo deste voto, redundaria em consequências concorrenciais restritivas e danosas.

31. Uma vez que o interesse público maior é, sem dúvida, pela solução dos problemas concorrenciais antes mesmo de o contrato passar a ter vigência, verifica-se que a decisão pela avocação privilegia o interesse público, ainda que em detrimento de interesses particulares e específicos da Monsanto e da Bayer.

(ii) Não pode haver prejuízo a terceiros

32. Os terceiros titulares de tal tutela, sem dúvida, face à Constituição Federal e à lei, integram, primordialmente, os protegidos por um ambiente concorrencial saudável. Consumidores, concorrentes, fornecedores etc. Esses terceiros protegidos em primeira linha não sofreram quaisquer prejuízos. O mercado não se viu privado da tecnologia *Intacta* – já comercializada por outros agentes econômicos, tais como Syngenta Proteção de Cultivos Ltda., Nidera Sementes Ltda., Cooperativa Central de Pesquisa Agrícola e Don Mario Sementes Ltda. Outros elos da cadeia, portanto, não se viram prejudicados com a avocação em si, pelo que constato não ter havido prejuízo a terceiros, restando também preenchido o segundo requisito.

(iii) O vício do ato deve ser sanável

33. É sanável o vício relativo à competência quanto à pessoa, não o sendo, via de regra, o vício de competência quanto à matéria⁹. Em outras palavras: se o Tribunal é competente para praticar determinado ato e alguém o pratica, a competência original revela-se e sana o

⁹ “O ato de convalidação é, às vezes, vinculado, e outras vezes, discricionário. Entende a autora [Weida Zancaner] que ‘só existe uma hipótese em que a Administração Pública pode optar entre o dever de convalidar e o dever de invalidar segundo critérios discricionários. É o caso de ato discricionário praticado por autoridade incompetente (...)’. (...) Assiste razão à autora, pois, tratando-se de ato vinculado praticado por autoridade incompetente, a autoridade competente não poderá deixar de convalidá-lo, se estiverem presentes os requisitos para a prática do ato; a convalidação é obrigatória, para dar validade aos efeitos já produzidos; se os requisitos legais não estiverem presentes, ela deverá necessariamente anular o ato. Se o ato praticado por autoridade incompetente é discricionário e, portanto, admite apreciação subjetiva quanto aos aspectos de mérito, não pode a autoridade competente ser obrigada a convalidá-lo, porque não é obrigada a aceitar a mesma avaliação subjetiva feita pela autoridade incompetente; nesse caso, ela poderá convalidar ou não, dependendo de sua própria apreciação discricionária.” (DI PIETRO, Maria Sylvania. Direito Administrativo. 20ª edição. São Paulo: Editora Atlas, 2007, p. 228 e 229.)

equivoco, fazendo o mundo andar adiante, pois o direito serve às coisas praticas, ao bom andamento do mundo, e não à adoração dos deuses *ex machina* das fórmulas.

34. Portanto, ainda que se compreendesse que a deliberação devesse ter ocorrido em Sessão de Julgamento, o Tribunal poderia, por todos os meios, convalidar o ato avocatório.

35. Afasto, portanto, a preliminar de nulidade.

VII.2. Histórico de Conhecimento/Não Conhecimento no CADE

36. O quadro a seguir sistematiza os principais embates já travados neste conselho acerca da necessidade ou não de conhecer os contratos de licenciamento de tecnologia.

QUADRO I - HISTÓRICO DE CONHECIMENTO/NÃO CONHECIMENTO NO CADE

QUADRO I - HISTÓRICO DE CONHECIMENTO/NÃO CONHECIMENTO NO CADE						
ATO DE CONCENTRAÇÃO		REQUERENTES	OPERAÇÃO	CLAUSULA DE EXCLUSIVIDADE	CONHECIMENTO OU NÃO CONHECIMENTO	DECISÃO
1.	08012.008359/2005-11 Relator: Conselheiro Ricardo Villas Boas Cueva	Monsanto do Brasil Ltda. e Agroeste Sementes S/A	Trata-se de contrato de licenciamento de propriedade intelectual celebrado pela Monsanto do Brasil Ltda., na qualidade de licenciante, e pela sociedade Agroeste Sementes S/A, na qualidade de licenciada.	-	Conhecimento	Aprovação sem restrições (i) ausência de sobreposição horizontal ou vertical
2.	08012.004808/2000-01 Relator: Conselheiro Ricardo Villas Bôas Cueva	Monsanto do Brasil Ltda. e EMBRAPA	Trata-se de licenciamento de tecnologia para a produção de sementes	Sim	Conhecimento	Aprovação sem restrições (i) ausência de sobreposição horizontal ou vertical
3.	08012.003711/2000-17 Relator: Conselheiro Luis Fernando Rigato Vasconcellos	Monsanto do Brasil Ltda. e Cooperativa Central Agropecuária de Desenvolvimento Tecnológico e Econômico Ltda.	Trata-se de acordo comercial firmado entre a Monsanto e Coodetec disciplinando as condições de exploração comercial da semente da Soja Roundup Ready.	Sim	Conhecimento	Aprovação com restrição - eliminar as cláusulas de exclusividade e - absterem-se de introduzir novas cláusulas que possam produzir os mesmos

						efeitos das que foram suprimidas.
4.	08012.003997/2003-83 Relator: Conselheiro Ricardo Villas Bôas Cueva	Monsanto do Brasil Ltda. e a Fundação Mato Grosso Unisoja S/A	Trata-se de acordo comercial firmado entre a Monsanto, FMT e Unisoja, disciplinando as condições pelas quais poderão elas explorar comercialmente as variedades de sementes de soja de propriedade da FMT e Unisoja que contenham o gene Roundup Ready, o qual, por sua vez, é de propriedade da Monsanto Company.	Sim	Conhecimento	Aprovação com restrição. (i) Alteração dos textos das Cláusulas que conferem exclusividade de licenciamento - 2.4. (ii) Alteração do texto da Cláusula 3.1.2 - rescisão contratual imotivada, por parte da Monsanto (denúncia vazia).
5.	08012.009265/2005-69 Relator: Conselheiro Luis Fernando Rigato Vasconcellos	Monsanto do Brasil Ltda. e Agromen Sementes Agrícolas Ltda.	Licenciamento, pela Monsanto, à Agromen de tecnologia para a produção de sementes de milho.	Não	Conhecimento	Aprovação sem restrições (i) ausência de sobreposição horizontal ou vertical e (ii) ausência de exclusividade
6.	08012.000766/2006-61 Relator: Conselheiro Paulo Furquim de Azevedo	Dow Agrosiences Industrial Ltda. e Monsanto do Brasil Ltda.	Acordo global, firmado no exterior, mediante o qual o Grupo Dow concede à Monsanto licenciamento não exclusivo da tecnologia Widestrike para algodão.	Não	Conhecimento	Aprovação sem restrições (i) ausência de sobreposição horizontal ou vertical e (ii) ausência de exclusividade
7.	08012.008656/2006-47 Relator: Conselheiro Abraham Benzaquem Sicsú	Monsanto do Brasil Ltda. e COODETEC	Licenciamento, pela Monsanto, à COODETEC de tecnologia para produção de sementes de milho.	Não	Conhecimento	Aprovação sem restrições (i) ausência de sobreposição horizontal ou vertical e (ii) ausência de exclusividade
	08012.000311/2007-26	Monsanto do	Trata-se de contrato de	Sim ¹⁰	Conhecimento	Aprovação

¹⁰ Restrição de utilização, pela licenciada, de “multiplicadores” (basicamente, subcontratados da própria licenciada) que comercializassem sementes produzidas com tecnologia não proprietária da Monsanto, o que era justificado pelas Requerentes como necessário para evitar o risco de “mistura de sementes com diferentes tecnologias”. O Plenário, por unanimidade, aprovou a celebração do contrato e, por maioria, impôs restrições

8.	Relator: Conselheiro Luís Fernando Schuartz	Brasil Ltda. e Syngenta Seeds Ltda	licenciamento de tecnologia			com restrições
9.	08012.008725/2007-01 Relator: Conselheiro Luis Fernando Schuartz	Monsanto do Brasil Ltda., a Alellyx S/A e Canavialis S/A	Contrato de licenciamento de tecnologia para cana-de-açúcar (o compartilhamento de determinados bens e a cooperação técnica entre as Requerentes)	-	Conhecimento	Aprovação sem restrições (i) ausência de sobreposição horizontal ou vertical
10	08012.003296/2007-78 Relator: Conselheiro Abraham Benzaquem Sicsú	Monsanto do Brasil Ltda. e Brasmax Genética Ltda.	Trata-se de acordo de licenciamento firmado entre a Monsanto e Brasmax, disciplinando as condições de exploração comercial da semente da Soja Roundup Ready.	Sim	Conhecimento	Aprovação com restrições (i) Alteração dos textos das Cláusulas que conferem exclusividade de licenciamento - 2.4 (ii) Alteração do texto da Cláusula 3.1.2 - rescisão contratual imotivada, por parte da Monsanto (denúncia vazia).
11	08012.004091/2007-18 Relator: Conselheiro Abraham Benzaquem Sicsú	Associadas Don Mario S.A e Monsanto do Brasil Ltda.	Trata-se de acordo de licenciamento firmado entre a Monsanto e Don Mario disciplinando as condições de exploração comercial da semente da Soja Roundup Ready.	Sim	Conhecimento	Aprovação com restrições (i) Alteração dos textos das Cláusulas que conferem exclusividade de licenciamento - 2.4 (ii) Alteração do texto da Cláusula 3.1.2 - rescisão contratual imotivada, por parte da Monsanto (denúncia vazia).
12	08012.006198/2008-73 Relator: Conselheiro Luiz Carlos Thadeu Delorme	Monsanto do Brasil Ltda. e Nidera Sementes	Trata-se de acordo de licenciamento firmado entre a Monsanto e	Não	Conhecimento	Aprovação sem restrições (i) ausência

menos intensas que aquelas originalmente determinadas pelo Relator, vencidos ele e também os Conselheiros Ricardo Cueva e Luiz Carlos Prado.

.	Prado	Ltda.	Nidera, disciplinando as condições de exploração comercial da semente da Soja Roundup Ready.			de exclusividades
13	08012.010018/2008-58 Relator: Conselheiro Olavo Zago Chinaglia	Monsanto do Brasil Ltda. e Nufarm Indústria Química e Farmacêutica S.A	Trata-se de Contrato de fornecimento de insumo (ácido glifosato) para herbicida celebrado entre a Monsanto e a Nufarm.	Não	Não- Conhecimento	Arquivamento sem o julgamento do mérito
14	08012.006556/2008-48 Relator: Conselheiro Paulo Furquim de Azevedo	Monsanto do Brasil Ltda. e Sygenta Seeds Ltda.	Trata-se da concessão de licenciamentos recíprocos e não exclusivos de tecnologias entre a Monsanto e a Sygenta Seeds	Não	Conhecimento	Aprovação sem restrições (i) ausência de sobreposição horizontal ou vertical e (ii) ausência de exclusividade no licenciamento
15	08012.006367/2009-56 Relator: Conselheiro Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo	Monsanto do Brasil Ltda. e Milenia Agrociências S.A	Trata-se de Contrato de Fornecimento de Ácido de Glifosato entre grupos Monsanto e Makhteshim Agam.	Não	Conhecimento	Aprovação sem restrições
16	08012.001558/2009-21 Relator: Conselheiro Fernando de Magalhães Furlan	Monsanto do Brasil Ltda. e Melhoramento Agropastoril Ltda.	Trata-se de acordo comercial firmado entre Monsanto e Melhoramento Agropastoril Ltda. disciplinando as condições de uso da tecnologia Roundup Ready.	Não	Conhecimento	Aprovação sem restrições (i) ausência de exclusividade no licenciamento
17	08012.001559/2009-76 Relator: Conselheiro Vinícius Marques de Carvalho	Monsanto do Brasil Ltda. e Soytech Seeds Pesquisa em Soja Ltda.	Trata-se de acordo comercial não exclusivo firmado entre Monsanto e Soytech para exploração comercial da tecnologia Roundup Ready.	Não	Conhecimento	Aprovação sem restrições (i) ausência de exclusividade no licenciamento
18	08012.001560/2009-09 Relator: Conselheiro César Costa Alves de Mattos	Monsanto do Brasil Ltda. e Wehrtec-Tecnologia Agrícola Ltda.	Trata-se de Acordo Comercial, não exclusivo, celebrado entre Monsanto e Wehrtec.	Não	Conhecimento	Aprovação sem restrições (i) ausência de sobreposição horizontal, (ii) integração vertical irrelevante e (iii) ausência de exclusividade no licenciamento
19	08012.002976/2009-36 Relator: Conselheiro Vinícius Marques de Carvalho	Sygenta Seeds e Dow Agrosiences Industrial Ltda.	Trata-se da concessão de licenciamentos recíprocos e não exclusivos de tecnologias	Não	Conhecimento	Aprovação sem restrições

.			para sementes de milho e de uso das marcas entre os grupos Dow e Syngenta.			
20	08012.004517/2009-97 Relator: Conselheiro César Costa Alves de Mattos	Monsanto do Brasil Ltda. e BR Genética Ltda.	Trata-se de Acordo Comercial não exclusivo, celebrado entre Monsanto e BR Genética para sementes de soja (tecnologia RoundUp Ready)	Não	Conhecimento	Aprovação sem restrições
21	08012.006034/2009-27 Relator: Conselheiro Paulo Furquim de Azevedo	Instituto Mato-Grossense do Algodão e Monsanto do Brasil Ltda.	Trata-se de Acordo Comercial não exclusivo, celebrado entre Monsanto e o Instituto Mato Grossense de Algodão para exploração comercial da tecnologia RR	Não	Conhecimento	Aprovação sem restrições
22	08012.000344/2010-71 Relator: Conselheiro Olavo Zago Chinaglia	Monsanto do Brasil Ltda. e a FTS Sementes S/A	Trata-se da celebração de Acordo Comercial, não exclusivo, entre Monsanto e FTS para soja	Não	Não Conhecimento	Arquivamento sem o julgamento do mérito
23	08012.000182/2010-71 Relator: Conselheiro Ricardo Machado Ruiz	Monsanto do Brasil Ltda. e Iharabras S/A Indústrias Químicas	Trata-se de Contrato de Fornecimento, não exclusivo, por intermédio do qual a Monsanto se compromete a fornecer o herbicida "Stinger", formulado a base de ácido glifosato à Iharabras	Não	Conhecimento	Vencido o relator - Arquivamento sem o julgamento do mérito
24	08012.005367/2010-72 Relator: Conselheiro Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo	Monsanto do Brasil Ltda. e Dow Agrosiences Industrial Ltda.	Trata-se de contrato de Fornecimento de Glifosato, celebrado entre os grupos Monsanto e Dow, não-exclusivo, por intermédio do qual o grupo Monsanto se compromete a fornecer glifosato ao grupo Dow, que por sua vez, obriga-se a adquirir da Monsanto o produto.	Não	Não-Conhecimento	Arquivamento sem o julgamento do mérito
25	08012.005472/2010-10. Relator: Conselheiro César Costa Alves de Mattos	Bayer e Dow	Trata-se de licenciamento de tecnologia para a produção de sementes de algodão.	Não	Não-Conhecimento	Arquivamento sem o julgamento do mérito
26	08700.006336/2013-23 Relator: Conselheiro Alessandro Octaviani Luis	Monsanto do Brasil Ltda. e EMBRAPA	Trata-se de licenciamento de tecnologia para a produção de sementes de algodão sem a distribuição de <i>royalties</i> .	Não	Conhecimento	Aprovação sem restrições
	08012.002870/2012-38 Relator: Conselheiro Marcos	Monsanto do Brasil Ltda. e	Trata-se de contrato de licenciamento celebrado	Não	Não-Conhecimento	Inicialmente, o

27	Paulo Veríssimo	Syngenta Proteção de Cultivos Ltda.	entre Syngenta e Monsanto para tecnologia RR2Pro de soja.			posicionamento dos Conselheiros tinha sido o seguinte: (i) Marcos Paulo Veríssimo – Não Conhecimento o (ii) Alessandro Octaviani – Conhecimento o (iii) Ana de Oliveira Frazão – Não Conhecimento o (iv) Elvino de Carvalho Mendonça – Conhecimento o Em razão do voto-vista do Conselheiro Eduardo Pontual Ribeiro pelo – Conhecimento o com imposição de restrições; a decisão final do Plenário foi a seguinte: Conhecimento o da operação e aprovação condicionada à alteração de todas as cláusulas que permitam controle da Monsanto sobre as licenciadas em decisões comerciais não relacionadas à semente com tecnologia Monsanto.
28	08012.006706/2012 -08 Relator: Conselheiro Alessandro Octaviani Luis	Monsanto do Brasil Ltda. e Nidera	Trata-se de contrato de licenciamento celebrado entre Nidera e Monsanto para tecnologia RR2Pro de soja.	Não	Conhecimento	
29	08012.003898/2012-34 Relator: Conselheiro Alessandro Octaviani Luis	Monsanto do Brasil Ltda. e Cooperativa Central de Pesquisa Agrícola	Trata-se de contrato de licenciamento celebrado entre Cooperativa Central de Pesquisa Agrícola e Monsanto para tecnologia RR2Pro de soja.	Não	Conhecimento	
30	08012.003937/2012-01 Relator: Conselheiro Alessandro Octaviani Luis	Monsanto do Brasil Ltda. e Don Mario Sementes	Trata-se de contrato de licenciamento celebrado entre Don Mario e Monsanto para tecnologia RR2Pro de soja	Não	Conhecimento	

37. Em diversas ocasiões, este Conselho tem sido questionado sobre a necessidade de submeter à análise dos órgãos do SBDC operação que teria como objeto principal um contrato de fornecimento e/ou de concessão de licença. Tais contratos, na visão de alguns, seriam “*a priori*” ou “*em abstrato*” incapazes de conformar uma nova estrutura econômica. Em minha visão, o “*a priori*” ou o “*em abstrato*” não são bons conselheiros das políticas de defesa econômica. O “*específico*” e o “*empírico*” vão mais em linha com os objetivos do ordenamento antitruste e os valores constitucionais a que se submete. Quando se trata de alta agregação de conhecimento e capitais tecnológicos, o “*a priori*” e o “*em abstrato*” são mais inapropriados ainda, pois pertencem ao passado, enquanto as tecnologias disruptivas apresentam-nos o futuro.

38. Por ocasião do julgamento dos Atos de Concentração nº 08012.002870/2012-38, nº 08012.006706/2012-08, nº 08012.003898/2012-34 e nº 08012.003937/2012-01, manifestei-me pelo conhecimento desse tipo de operação, pelas seguintes razões:

(i) O dever primeiro da administração antitruste é proteger as condições de concorrência;

(ii) fronteiras do acúmulo de conhecimento e de capital trazem assimetria de informação praticamente intransponível e constantemente móvel entre os conglomerados multinacionais e as autoridades de defesa da concorrência;

(iii) hipóteses de não-conhecimento em bloco podem ser verdadeiros “cheques em branco”, demandando ônus argumentativo muito maior, fundado em estatísticas consolidadas e estáveis, sobre a trajetória tecnológica e seus padrões de formação de estruturas;

(iv) dominação empresarial *ab extra*, sem participação de capital de uma empresa em outra, podem ser ainda mais intensas nos setores de altíssima intensidade tecnológica;

(v) sem tais conjuntos de dados plenamente presentes, o dever da Administração é proteger as condições de concorrência, optando, portanto, pelo conhecimento das operações;

(vi) necessidade de cálculos com base estatística consolidada sobre diminuição do bem-estar do consumidor, com as opções do não-conhecimento e conhecimento.

39. Hipóteses gerais de isenção ao controle de estruturas da Autoridade Antitruste, quando não previstas expressamente em lei, não têm legitimidade discursiva alguma. Não é dado ao intérprete dispor do que não é seu; não é dado ao administrador suprimir tutela que a lei lhe obriga concretizar.

40. Assim, agrego, aos fundamentos acima, os exarados pelo i. Conselheiro Pontual em seu voto-vista nos Atos de Concentração nº 08012.002870/2012-38, nº 08012.006706/2012-08, nº 08012.003898/2012-34 e nº 08012.003937/2012-01.

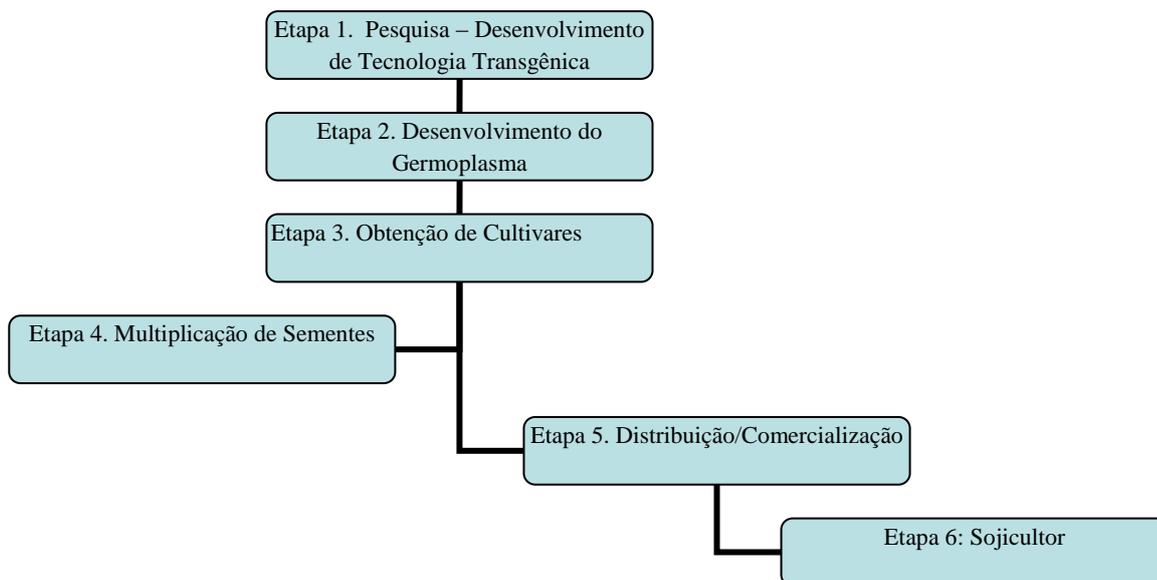
VII.3. Mercado de sementes transgênicas

VII.3.1. Cadeia produtiva de sementes transgênicas

41. Uma correta decisão acerca do conhecimento da presente operação, que possa efetivamente contribuir para o estabelecimento de prática jurisprudencial da política de defesa da concorrência no Brasil deve realizar detida análise do mercado envolvido, e não submeter-se a fórmulas abstratas que guardam alguma aparência lógica à primeira vista, desmentida quando a realidade empírica, complexa, dinâmica e concentracionista emerge.

42. A cadeia produtiva de sementes transgênicas, em uma primeira aproximação, divide-se em (i) desenvolvimento de tecnologia, (ii) desenvolvimento do germoplasma, (iii) obtenção de cultivar, (iv) multiplicação de sementes e (v) distribuição e comercialização de sementes.

QUADRO II – Cadeia produtiva de sementes transgênicas



43. As etapas da cadeia produtiva de sementes transgênicas podem ser melhor explicitadas pela descrição do quadro abaixo:

QUADRO III – Etapas da produção de sementes transgênicas

Etapa	Descrição
Etapa 1: Pesquisa – Desenvolvimento de Tecnologia Transgênica	O Desenvolvimento da Tecnologia Transgênica é o nível em que se objetiva a criação do chamado “evento transgênico”, o que inclui testes e aprovações regulamentares. É a etapa mais longa e dispendiosa de toda a cadeia, implicando altos investimentos em P&D, testes e regulamentações.
Etapa 2: Banco de Germoplasma – Pesquisas e cruzamentos	É a etapa na qual se efetuam os retro-cruzamentos ou cruzamentos com as cultivares originais e outras, buscando-se a obtenção de novas cultivares, mais produtivas, com melhores características.

Etapa 3: Obtenção de cultivar ¹¹	A semente geneticamente modificada é aprovada pela CTNBio ¹² ; a partir deste momento a comercialização da semente geneticamente modificada é admitida.
Etapa 4: Multiplicação de Sementes	A partir das sementes matrizes, os multiplicadores (empresas ou cooperativas) fazem a produção em larga escala.
Etapa 5: Distribuição /Comercialização	Empresas e Cooperativas distribuem, comercializam e prestam assistência técnica aos agricultores que adquirem tais sementes.

44. O mercado que disponibiliza sementes transgênicas para os consumidores finais envolve, portanto, nessa reconstrução, quatro tipos de agentes econômicos: (i) empresas que desenvolvem a tecnologia transgênica a ser inserida nas sementes (“desenvolvedoras de tecnologia”), (ii) empresas que desenvolvem variedades dessas sementes dotadas da biotecnologia (“melhoristas/obtentoras de cultivar”¹³), (iii) empresas que multiplicam sementes (“multiplicadoras” ou “sementeiras”) e (iv) empresas que distribuem sementes (“distribuidores”).

¹¹ Uma cultivar é resultado de melhoramento em uma variedade de planta, que a torne diferente das demais em sua coloração, porte, resistência a doenças etc. A nova característica deve ser igual em todas as plantas da mesma cultivar, mantida ao longo das gerações. Embora a nova cultivar seja diferente das que a originaram, não pode ser considerada geneticamente modificada; o que ocorre é uma nova combinação do seu próprio material genético. Fonte: <<http://www.agricultura.gov.br/vegetal/registros-autorizacoes/protecao-cultivares/cultivares-protegidas>>. Acesso em 20 de setembro de 2013.

¹² A CTNBio é uma instância colegiada multidisciplinar, criada através da lei nº 11.105, de 24 de março de 2005, cuja finalidade é prestar apoio técnico consultivo e assessoramento ao Governo Federal na formulação, atualização e implementação da Política Nacional de Biossegurança relativa a OGM, bem como no estabelecimento de normas técnicas de segurança e pareceres técnicos referentes à proteção da saúde humana, dos organismos vivos e do meio ambiente, para atividades que envolvam a construção, experimentação, cultivo, manipulação, transporte, comercialização, consumo, armazenamento, liberação e descarte de OGM e derivados. Vide <<http://www.ctnbio.gov.br/>>.

¹³ Para fins de simplificação do texto do voto, mas sem se afastar dos fatos, os termos “melhorista” e “obtentor” serão utilizados como sinônimos.

45. O papel do melhorista/obtentor¹⁴ no mercado de soja foi objeto de detalhada descrição pelo i. Conselheiro Eduardo Pontual, em seu voto-vista nos Atos de Concentração nº 08012.002870/2012-38, nº 08012.006706/2012-08, nº 08012.003898/2012-34 e nº 08012.003937/2012-01:

“Desenvolvimento do Germoplasma, etapa na qual empresas de melhoramento genético, chamadas Obtentoras Vegetais (‘Obtentoras’), desenvolvem diferentes variedades de soja (sementes matrizes). Essas empresas são proprietárias de bancos de germoplasma, que consistem em uma base física que reúne e conserva o material genético hereditário de uma espécie com o objetivo de garantir sua sobrevivência para uso das futuras gerações, o que também demanda altos investimentos em pessoas especializadas, infraestrutura de pesquisa e tempo. Em suma, são os proprietários da ‘genética’ (semente), em que podem ser introduzidas tecnologias como a da Monsanto (a rigor, as sementes funcionam como um veículo para a referida tecnologia). Vale destacar que há dezenas de variedades de soja, cada qual com características genéticas próprias. Nesse elo, atua a Monsoy, da Monsanto, bem como empresas Requerentes licenciadas, quais sejam, Coodetec, Don Mario, Syngenta e Nidera, dentre outras.”

46. Como se pode observar, a função do melhorista/obtentor do cultivar é de extrema importância na cadeia produtiva de sementes transgênicas, vez que as inovações vegetais devem adaptar-se às condições edafoclimáticas (condições do solo e do clima) e ecológicas nas quais serão introduzidas. Portanto, a introdução de uma tecnologia transgênica nesse mercado depende necessariamente da combinação dessa tecnologia com o germoplasma de cultivares adaptados aos diferentes ambientes e necessidades agrícolas, pois na agricultura cultivável *“é a semente que fornece a ligação material essencial entre a pesquisa e o mercado. É no formato das sementes que as novas variedades de planta se tornam um produto comercial.”*¹⁵ Parafraçando North, aqui, “o melhorista e a semente importam”.

47. Portanto, conclui-se que os desenvolvedores de tecnologia necessitam ter acesso aos germoplasmas dos melhoristas/obtentores para poderem inserir seu produto (tecnologia

¹⁴ Nos termos da Lei nº 10.711/03, “obtentor” é a pessoa física ou jurídica que obtiver cultivar, nova cultivar ou cultivar essencialmente derivada.

¹⁵ KLOPPENBURG, J.R., Jr. (2004). *First the seed – the political economy of plant biotechnology*. Wisconsin: The University of Wisconsin. In: FIGUEIRA, ZAMBALDE & SUGANO. Inovação de Modelo de Negócios em uma Empresa de Biotecnologia Agrícola. Revista de Administração e Inovação, São Paulo, v. 8, nº 2, p.106-131, abr./jun. 2011, p. 118.

transgênica) no mercado. Isso explica as inúmeras aquisições de empresas nacionais possuidoras de banco de germoplasma adaptado ao solo brasileiro por grandes empresas multinacionais desenvolvedoras de tecnologia transgênica, como estratégia de entrada no mercado nacional. Esse foi o caso da Monsanto que, por meio da aquisição da empresa Teragill Pesquisa Agrícola Ltda. (atual Monsoy S.A.), pôde se estabelecer no mercado de soja transgênica. Além disso, tais multinacionais lançaram mão de contratos de licenciamento de tecnologia e formas de integração e colaboração no desenvolvimento de pesquisas conjuntas com empresas nacionais, como detalhadamente descrito pelo i. ex-Conselheiro Elvino de Carvalho Mendonça, em seu voto-vista nos Atos de Concentração nº 08012.002870/2012-38, nº 08012.006706/2012-08, nº 08012.003898/2012-34 e nº 08012.003937/2012-01.

48. Dessa forma, a competitividade no seguimento de desenvolvimento de tecnologias transgênicas parece estar associada primordialmente a dois aspectos: “(i) *estratégias de integração e diversificação das empresas; e (ii) realização de contratos e parcerias tecnológicas.*”¹⁶

49. As tecnologias transgênicas desenvolvidas por essas empresas são protegidas pelo direito de propriedade intelectual, especificamente pelo sistema de patentes. A compreensão desse sistema é, pois, vital para a correta compreensão da dinâmica concorrencial nesse mercado.

VII.3.2. *A estrutura do sistema de patentes no Brasil*

50. São objetos de patrimonialização, pelo regime jurídico da propriedade intelectual uma série de criações humanas, como as de natureza técnica, literária, artística ou científica, indicações geográficas, reputação dos comerciantes, marcas ou listas de clientes.

51. Para Nuno Pires de Carvalho, a ideia de “diferenciação” é nuclear: “[o] denominador comum da propriedade intelectual é a natureza diferenciadora dos ativos que

¹⁶ Santini, G. A reestruturação da indústria de sementes no Brasil: o novo ambiente concorrencial dos segmentos de milho híbrido e soja. Dissertação de mestrado. Departamento de Engenharia de Produção. DEP/UFSCar, São Carlos, 2002, p. 149.

constituem o objeto de sua proteção.”¹⁷ Ou seja, o real objeto de proteção da propriedade intelectual são os ativos intangíveis diferenciadores de determinados objetos ou atividades, não abrangidos pela concepção tradicional de propriedade privada, mas que inegavelmente portam um valor (inclusive – e principalmente – econômico): “(...) *ideias só são protegidas pela propriedade intelectual na medida em que diferenciam, em que distinguem os ativos uns dos outros, as empresas umas das outras, os criadores uns dos outros, os comerciantes uns dos outros*”. Fruto de intensa atividade inventiva ou resultante de fatores externos ao gênio humano, o que justificaria a proteção seria a capacidade de diferenciação daquele ativo intangível:

“Em resumo, a propriedade intelectual, em todas as suas modalidades, permite às empresas capturar aqueles ativos intangíveis que detêm e que servem para distingui-las de seus concorrentes. Não importa se esses ativos intangíveis consistem num conhecimento incorporado num produto farmacêutico que pode salvar as vidas de milhões de pessoas ou simplesmente a informação sobre certo fornecedor que produz feijões de melhor sabor em sua fazenda. Qualquer desses conhecimentos pode constituir um fator determinante para os clientes preferirem os produtos de uma empresa aos de seus concorrentes.”¹⁸

52. A propriedade intelectual, como é cediço, é composta por duas grandes áreas: direitos de autor e seus direitos conexos e a propriedade industrial. O mecanismo de funcionamento dos primeiros pode ser resumido como a “*possibilidade de se proibir terceiros de reproduzir (...) a obra protegida*”, enquanto o último asseguraria o “*direito de proibir terceiros de usar os ativos protegidos*”¹⁹. A proteção de ativos intangíveis que não se enquadram nessas duas áreas é conhecida como **proteção *sui generis*** da propriedade intelectual, abrangendo a proteção a novas variedades de plantas (cultivares), à topografia de circuitos integrados, aos conhecimentos tradicionais e às manifestações folclóricas.

53. Inserta no regime de propriedade industrial, a patente é título concedido pelo poder público, que atribui o direito de propriedade sobre ativos intangíveis diferenciadores que

¹⁷ CARVALHO, Nuno Pires de. A estrutura dos sistemas de patentes e de marcas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 4.

¹⁸ CARVALHO, op. cit., p. 16.

¹⁹ CARVALHO, op. cit., p. 23.

apresentem determinadas características. O sistema de patente estruturou-se, via de regra, a partir de quatro elementos principais:

1. A natureza do direito: é um direito negativo, na medida em que se expressa unicamente pelo poder de impedir terceiros de usar a invenção;
2. A natureza do objeto: protegem invenções (e, no caso brasileiro, modelos de utilidade²⁰);
3. As condições de patenteabilidade: *condições substantivas* (novidade, suficiente atividade inventiva e aplicação industrial ou utilidade) e *formais* (descrição da invenção no pedido de registro);
4. O fim da exclusividade do inventor sobre o direito originário de aquisição da patente sobre o invento, permitindo-se a atribuição de tal direito aos detentores de capital via contrato (tal possibilidade foi vital para o recente processo de “financeirização” das patentes).

54. É útil, do ponto de vista concorrencial para o presente caso, investigar a **natureza do direito**, pois, em oposição aos direitos positivos regulados pela propriedade de bens corpóreos²¹, o direito de patente representa, como tecnologia jurídica, uma posição eminentemente negativa na medida em que gera o direito de impedir a utilização da invenção patenteada por terceiros; nada mais é do que o direito de lhes dizer “não”²²:

²⁰ O artigo 9º da Lei nº 9.279/96 determina que: “É patenteável como **modelo de utilidade** o objeto de uso prático, ou parte deste, suscetível de aplicação industrial, que apresente nova forma ou disposição, envolvendo ato inventivo, que resulte em melhoria funcional no seu uso ou em sua fabricação.”

²¹ Artigo 1.228 do Código Civil Brasileiro: “O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha.”

²² “A patente, com seu direito inerente de dizer ‘não’ é um mecanismo de mercado e que permite ao titular recuperar os custos da invenção mediante a sua incorporação (chamada de ‘internalização’) nos preços – ainda que nem sempre as patentes gerem preços mais elevados; muitas vezes, como no exemplo do processo mais eficaz, o que a patente faz é dar ao titular uma vantagem concorrencial que lhe permite vender produtos mais baratos. A patente, com este conteúdo jurídico singular, portanto, é um instrumento especificamente capitalista de apropriação de conhecimento.”

55. Essa apreensão de tecnologia patentária como poder de dizer não e, portanto, gerar débito bilionário do que insistir na utilização do objeto protegido sem autorização, é mais útil à compreensão do mercado em análise do que a clássica narrativa sobre “patentes como monopólios legais”, pois ela nos leva ao uso estratégico da propriedade intelectual e sua capacidade de ser ativo ou passivo nos patrimônios que se relacionam em um específico mercado. A noção de patentes como monopólios legais relaciona-se com a herança medieval da exclusividade conferida às corporações de ofício e, posteriormente, ao sistema de “patentes” regulado pelo Estatuto de Monopólios inglês, de 1624.²³ É sabido que o direito de exclusividade referente a um processo ou produto dificilmente tem capacidade de tornar uma empresa monopolista, como relembra Hovenkamp (mesmo que tal seja, como é, possível):

“[A] maioria das patentes cobre diferenças razoavelmente idiossincráticas relativas aos processos de fabricação ou produtos. Elas evitam que os processos ou produtos dos rivais sejam absolutamente idênticos – isto é, elas facilitam a diferenciação dos produtos. Mas assim como os vários produtos num mercado diferenciado não constituem normalmente mercados relevantes em si mesmos, também os direitos de propriedade intelectual por si sós não servem para transformar concorrentes em monopolistas.”²⁴

56. Lianos & Dreyfuss, também apontam correta concepção do direito negativo conferido pela patente ao seu titular como uma “vantagem de custo” (*cost advantage*): a possibilidade de impedir outros de utilizarem a tecnologia patenteada sem sua autorização

²³ Na Grã-Bretanha, os monopólios foram considerados como prejudiciais à sociedade a partir da decisão do Tribunal do Banco do Rei (“*King’s Bench*”) no caso *Darcy v. Allein*, em 1602. Em tal ocasião, no entanto, a corte apontou as **patentes** como uma exceção a essa regra, reforçando a ideia de patentes como monopólios temporários. Tal entendimento foi codificado no Estatuto dos Monopólios inglês de 1623, que tornou ilegais todos os monopólios com exceção das patentes conferidas aos primeiros inventores de novos produtos, desde que não fossem “*contrários à lei, nem perniciosos ao Estado, elevando os preços de commodities internamente, ou prejudicando o comércio ou inconvenientes em geral.*” (In: LIANOS & DREYFUSS. *New Challenges in the Intersection of Intellectual Property Rights and Competition Law – A View from Europe and the United States*. Centre for Law, Economics and Society Working Paper Series 4/2013, 2013, p. 46).

²⁴ HOVENKAMP, Herbert. *Federal Antitrust Policy – The law of competition and its practice*. West Publish. Co., St. Paul, 1994, p. 136. Interessante notar que nosso Supremo Tribunal Federal já reconheceu essa função diferenciadora das patentes ao decidir que a existência de confusão nas especificações de dois produtos, sendo um deles patenteado, consuma o crime de contrafação (Recurso Extraordinário nº 22.017-SP, Relator Ministro Márcio Guimarães, julgado em 16 de dezembro de 1953).

lhe permite lucrar mais que seus concorrentes.²⁵ Nesse mesmo sentido têm caminhado há muito os tribunais estrangeiros e, concorrencialmente, essa talvez seja a principal variável a ser investigada: quais as estratégias utilizadas por aqueles que partem desse direito de exclusividade, com o poder jurídico de dizer não, para chegar à posição no mercado na qual todos querem lhe dizer sim, isto é, usar seus produtos. Do “direito de dizer não” à “capacidade de distribuir sins”: esse é o círculo concorrencialmente sensível da proteção da propriedade intelectual, autoral, industrial, *sui generis*, ou que as combine em variações diversas.²⁶

57. Esse uso concorrencialmente estratégico pelos atores econômicos buscara funcionalizar as estruturas organizadas pelos principais diplomas que servem como pano de fundo institucional para as racionalidades econômicas ora sob análise: a “Lei de Propriedade Industrial” (Lei n.º9.279/1996), a “Lei de cultivares”(Lei n.º9.456/1997) e a “Lei da Biossegurança”(Lei nº 11.105/2005).

VII.3.3. Cadeia produtiva de soja transgênica no Brasil e a trajetória da Monsanto

58. O presente caso apresenta um contrato de licenciamento da tecnologia *Intacta* RR2 PRO, aplicável a soja, pela licenciante Monsanto (que representa, aqui, a Etapa 1 da cadeia produtiva), para a licenciada Bayer (Etapa 2 da cadeia), que desenvolverá diferentes cultivares a partir de seu banco de germoplasma, nos quais inserirá aquela tecnologia. Tais cultivares, resultantes do somatório da tecnologia da Monsanto com as características desenvolvidas pela Bayer, poderão ser explorados comercialmente – diretamente pela Bayer, por meio da devida multiplicação e distribuição, ou repassando a terceiros multiplicadores, para a produção em massa das sementes. Essas sementes, por sua vez, serão comercializadas aos sojicultores para o plantio. Esse tipo de negócio insere-se em linhagem evolutiva e estratégica iniciada anteriormente.

²⁵ LIANOS & DREYFUSS. *New Challenges in the Intersection of Intellectual Property Rights and Competition Law – A View from Europe and the United States*. Centre for Law, Economics and Society Working Paper Series 4/2013, 2013, p. 47.

²⁶ Confira os seguintes precedentes da Suprema Corte americana e da Comissão Europeia, respectivamente: *Illinois Tool Works Inc. v Independent Ink Inc.*, 547 US (2006) e *Deutsche Grammophon Gesellschaft mbH v. Metro-SB-Grossmarkete GmbH & Co.*, (1971) ECR 487.

59. A Monsanto foi fundada no ano de 1901, em Saint Louis, Estados Unidos, dedicando-se à produção de sacarina. Em 1919, se tornou uma multinacional com a aquisição da R.A. Graesser Chemical Works, sediada no País de Gales. Até a década de 1970, trabalhava com fibras sintéticas, plásticos, resinas, produtos químicos, têxteis e com mineração. Em 1997, contando com importantes divisões química, farmacêutica, agrícola e de alimentos, decidiu separar-se da área química, tornando-se uma empresa dedicada exclusivamente às “ciências da vida”:

“No final da década de 1980, a empresa iniciou pesquisas com plantas geneticamente modificadas, prevendo que os consumidores iriam questionar os alimentos com agrotóxicos. A empresa tinha em mente a substituição da agricultura química por plantas que pudessem se autodefender de insetos/pragas, dispensando os agroquímicos. O seu primeiro produto nessa linha foi a soja Roundup Ready, geneticamente modificada para ser tolerante a herbicidas à base de glifosato, lançada no mercado norte-americano em 1996.”²⁷

60. A mudança de rumo da empresa deveu-se em grande parte à síntese do glifosato (componente base do herbicida Roundup) na década de 1970, moldando o perfil da empresa e possibilitando a ampliação dos investimentos na área agrícola. Estabelecido nos mercados mundiais em 1974, o Roundup logo se tornou a *commodity* manufaturada mais lucrativa da empresa.²⁸

61. O desenvolvimento do atual modelo de negócios²⁹ da Monsanto pode ser dividido nos seguintes períodos: a) de 1970 a 1980: a síntese do glifosato, as novas competências e o

²⁷ FIGUEIRA, ZAMBALDE & SUGANO, op. cit., p. 114.

²⁸ Em 1970, a Monsanto sintetizou o glifosato, princípio ativo utilizado no herbicida Roundup. Registrado em 120 países, o Roundup é o produto químico mais vendido no mundo para o controle de plantas daninhas em pré-plantio e no plantio direto das lavouras. Inicialmente, todo o produto comercializado no Brasil era importado e, a partir de 1984, o Roundup passou a ser produzido nacionalmente, quando foi instalada a primeira fábrica em São José dos Campos. No Brasil, a marca Roundup se transformou num mix de produtos: o Roundup Original, produto pioneiro que passou a ser designado dessa forma em 1999; o Roundup WG, tecnologia granulada, lançada em 1997; e Roundup Transorb, que faz o produto chegar mais rápido e em maior quantidade à raiz da planta daninha. (MOURA & MARIN. Rede empresarial: a estratégia da produção de sementes de soja transgênica em Goiás. Interações, Campo Grande, v. 14, n. 1, p. 21-36, jan./jun. 2013, p. 27).

²⁹ Ostewalder definiu “modelo de negócios” como “*a ferramenta conceitual, contendo um conjunto de elementos, conceitos e as relações entre eles com o objetivo de expressar a lógica com a qual uma empresa faz*

investimento nos negócios agrícolas; b) de 1980 a 1990: a decisão de investir na nova frente tecnológica; a formação das competências essenciais; o nascimento das “plantas inteligentes”; c) de 1990 a 2002: comercialização e aceitação pública das plantas transgênicas; d) de 2002 até o presente: inovação de valor com as sementes transgênicas; mudanças na estrutura de cobrança de royalties.³⁰

62. A Monsanto desenvolve, atualmente, diversas atividades no setor agrícola, podendo ser agrupadas em dois segmentos: (i) *sementes e genômica*³¹ e (ii) *defensivos agrícolas*. A partir da leitura de seu relatório anual³², de 2012, auferiu-se que a empresa aposta no primeiro segmento como “carro chefe” para seu crescimento futuro, visto que, no segmento de defensivos agrícolas, há produtores globais de glifosato, com substancial capacidade de abastecer o mercado, pressionando suas margens de lucratividade, conforme também salientado pelo i. Conselheiro Eduardo Pontual nos supracitados votos-vista.³³

63. Em 2010, a empresa faturou, no Brasil, mais de R\$ 2 bilhões com a produção e comercialização da linha de herbicidas Roundup, de sementes convencionais e geneticamente modificadas de soja e de milho, sementes de sorgo, algodão e hortaliças. Em novembro de 2008, entrou no mercado de cana-de-açúcar com a aquisição das empresas Canavialis e Alellyx, do Grupo Votorantim Novos Negócios, e, em fevereiro de 2009,

dinheiro. Ele é uma descrição do valor que uma empresa oferece a um ou vários segmentos de consumidores e a arquitetura da firma e sua rede de parceiros para criar e entregar valor e capital relacional visando gerar receitas lucrativas e sustentáveis.” OSTERWALDER, A. The business model ontology – a proposition in a design science approach. École des Hautes Etudes Commerciales, Université de Lausanne, Lausanne: 2004, p. 15.

³⁰ FIGUEIRA, ZAMBALDE & SUGANO, op. cit., p. 112.

³¹ Ramo da bioquímica que estuda informação hereditária dos organismos.

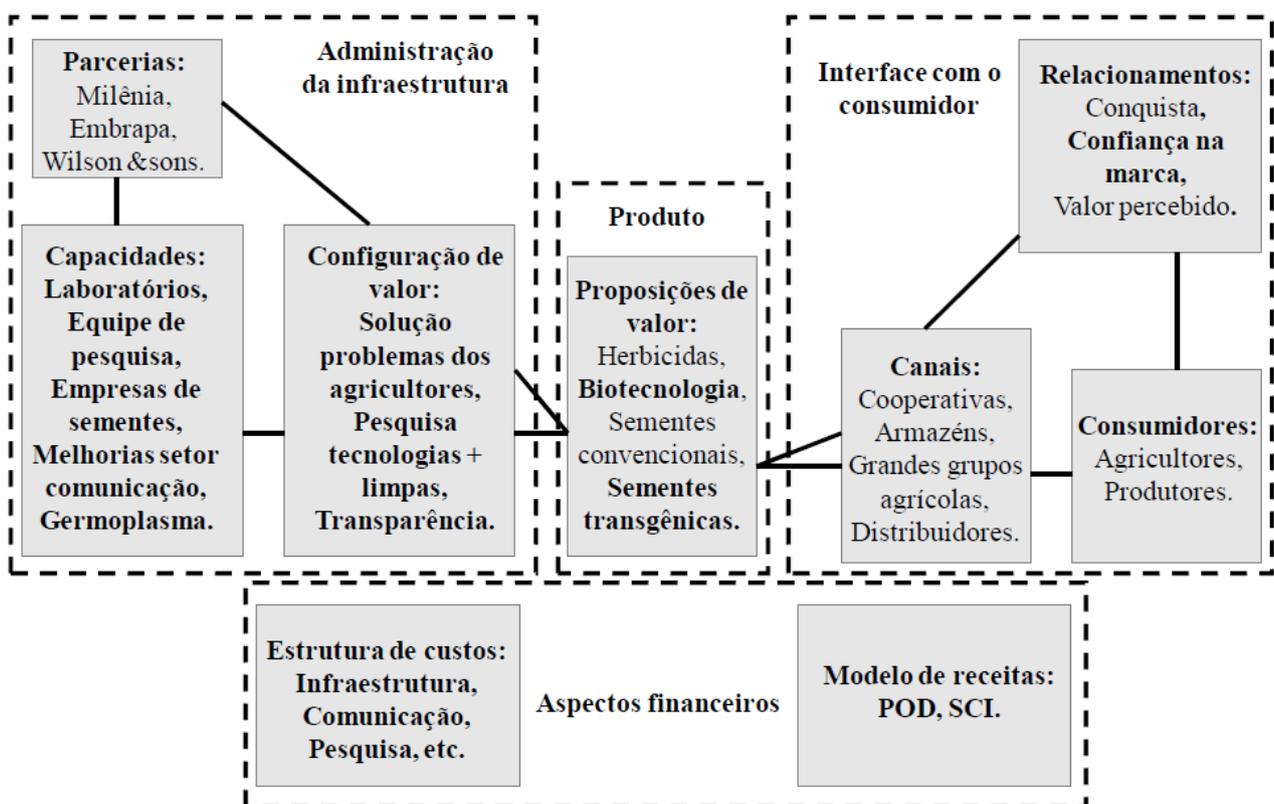
³² *Monsanto 2012 Annual Report*. Disponível em: <http://www.monsanto.com/investors/Documents/Annual%20Report/2012/monsanto-2012-annual-report.pdf>. Acesso em 20 de novembro de 2013.

³³ A patente da Monsanto sobre o glifosato, no entanto, já expirou, motivo pelo qual a sobreposição entre o mercado de sementes e genômica e de herbicidas (com o glifosato como princípio ativo) não tem gerado preocupações concorrenciais substanciais nesse Conselho. Aliás, considerando que as únicas duas tecnologias disponíveis no mercado para soja transgênica (ambas da Monsanto) têm como principal característica a tolerância ao glifosato, quanto mais força essa característica genética ganha no mercado de tecnologia transgênica, mais competitivo se torna o mercado de herbicidas à base de glifosato, dado o grande número de atores nesse último.

adquiriu os 49% restantes da MDM, reforçando a sua posição no mercado de algodão. Tem investido anualmente cerca de US\$ 1 bilhão em pesquisa e desenvolvimento de novos produtos, direcionando seus investimentos para a área de biotecnologia agrícola.³⁴

64. O modelo de negócio da Monsanto pode, portanto, ser resumido pelo seguinte esquema gráfico:

QUADRO IV – Modelo de negócios da Monsanto



Fonte: FIGUEIRA, ZAMBALDE & SUGANO. Inovação de Modelo de Negócios em uma Empresa de Biotecnologia Agrícola. Revista de Administração e Inovação, São Paulo, v. 8, nº 2, p.106-131, abr./jun. 2011, p. 126.

65. A atuação da Monsanto no mercado brasileiro de soja, move-se no terreno institucional apresentado no tópico anterior, com especial ênfase na “Lei de Proteção de Cultivares”(Lei nº 9.456/1997), regulamentada pelo Decreto nº 2.366/1997. Tal lei colocou

³⁴ Monsanto (2009). *Monsanto: produzir mais, conservar mais*. Disponível em: http://www.monsanto.com.br/sala_imprensa/press_release/press_release.asp. Visualizado em 07 de janeiro de 2014.

sob a proteção do direito de propriedade intelectual a atividade inventiva dos melhoristas/obtentores de cultivar, inclusive com a possibilidade de cobrança de royalties, tal qual na proteção por patentes. Com isso, adensou-se a “infraestrutura jurídica” para a exploração comercial do mercado de biotecnologia agrícola no Brasil, contando com (i) autorização, pela “Lei de Biossegurança”, da exploração comercial de organismos geneticamente modificados, (ii) enquadramento do desenvolvimento de tecnologias transgênicas na proteção à propriedade intelectual via patente, com a permissão de **licenciamento**, e (iii) inclusão da atividade inventiva de criação de novos cultivares na proteção à propriedade intelectual (via proteção *sui generis*), além do (iv) efetivo acesso, via aquisição de ativos ou contratos de licenciamento de tecnologia, das grandes multinacionais desenvolvedoras de tecnologia transgênica aos bancos de germoplasma de empresas nacionais, veículo necessário para a introdução de suas tecnologias no mercado brasileiro.

66. No entanto, entre outras disposições, a “Lei de Proteção de Cultivares” garantiu ao agricultor o direito de reservar e plantar futuramente sementes resultantes de determinada safra, desde que para uso próprio.³⁵ Com isso, o agricultor poderia comprar uma única vez a semente com a tecnologia transgênica, pagando os royalties devidos tanto à desenvolvedora da tecnologia (em consonância com a “Lei de Propriedade Industrial”) como quanto ao melhorista (em atenção à “Lei de Proteção aos Cultivares”), reservando e reaproveitando as sementes resultantes da colheita. Tal realidade tornava “insegura” a cobrança dos royalties da desenvolvedora de tecnologia pela falta de controle sobre cada um dos agricultores. Aliás, em razão da forte pressão competitiva exercida sobre o Sul do país pela Argentina (onde a utilização da soja transgênica já era há muito legalizada), instaurou-se um expressivo mercado ilegal de sementes com a transgenia RR nessa região, nos anos antecedentes à entrada em vigor da “Lei de Biossegurança” no Brasil.

67. Segundo depoimento de gerente de negócio da própria Monsanto, a saída encontrada pela empresa foi manter-se na compra da semente pelo agricultor, e intensificar a venda dos grãos de soja produzidos com essas sementes:

³⁵ “Art. 10. Não fere o direito de propriedade sobre a cultivar protegida aquele que:

I - **reserva e planta sementes para uso próprio**, em seu estabelecimento ou em estabelecimento de terceiros cuja posse detenha; (...).”

“Daí veio uma saída, a ideia que provavelmente está na casa de recebimento de receitas: já que todo agricultor que planta, seja com semente nova ou salva, tem que vender para alguém, porque soja não é um produto que se consome *in natura*, então vamos dividir em duas partes o modelo comercial: quem comprar a semente, paga na semente, quem não comprar, *vai entregar para alguém*. No momento em que ele entrega para alguém, eu mapeio quem esses *traders* que compram soja no Brasil: ADM, Bunge, Cargill, Draifus e as cooperativas. São cerca de quinhentas empresas que compram soja em cerca de quase três mil pontos. Mas, o agricultor colhe a soja, joga num caminhão e leva a um armazém desses. *Então, estava fechado o cerco se eu conseguisse estabelecer um link comercial com todos os compradores.*”³⁶

68. A Monsanto criou um sistema de cobrança de royalties como nenhum outro utilizado no mundo, partindo da conclusão de que, se as fontes das quais o agricultor adquiria a semente de soja eram muitas e incontroláveis, os destinos das colheitas eram limitados e mais facilmente controláveis:

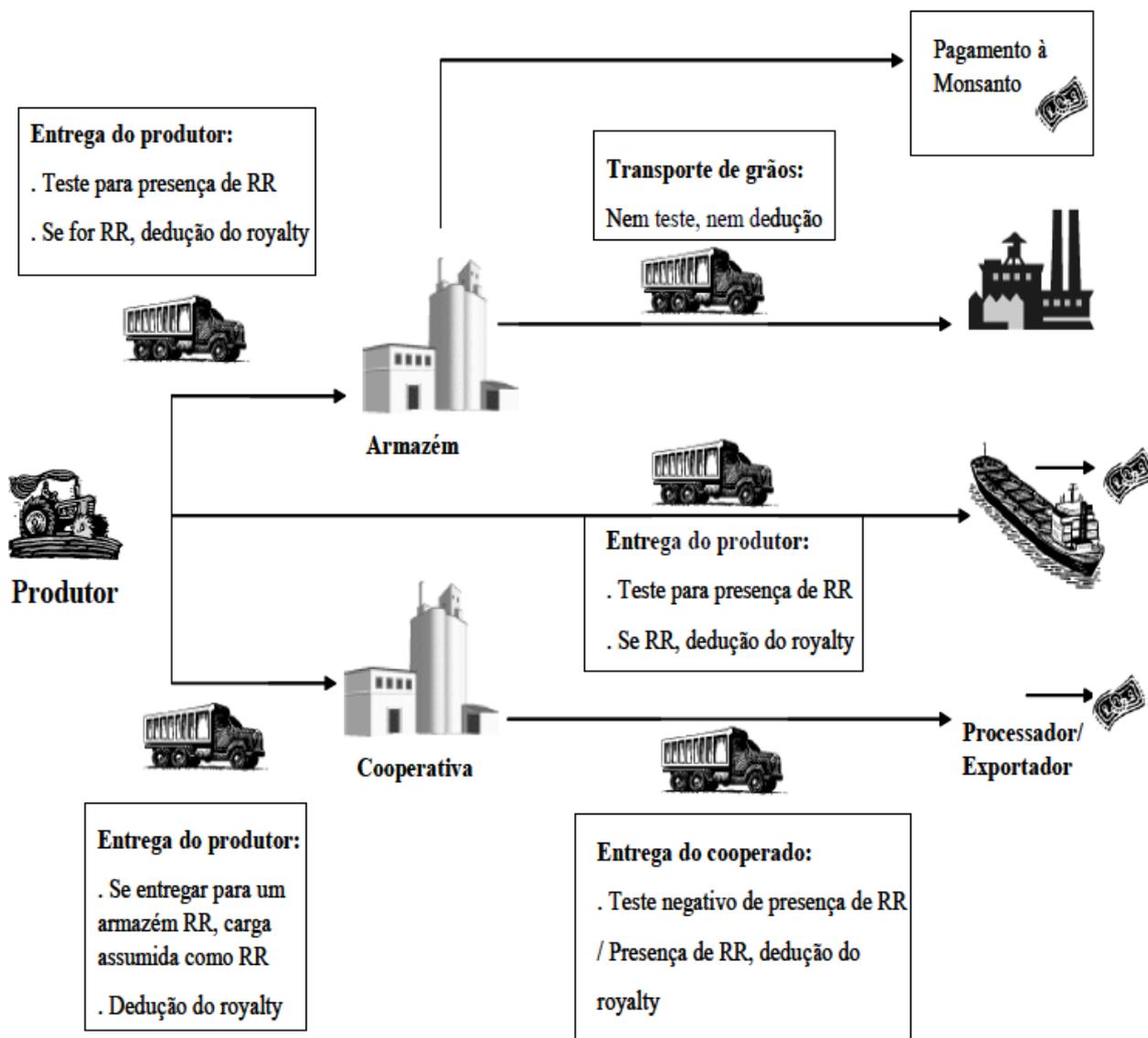
“No sistema do POD [*Point of Delivery*], quando o agricultor toma a decisão de entregar seus grãos para uma empresa ou para uma cooperativa, a cooperativa pergunta se a soja é transgênica ou não. Se o agricultor afirma que a soja é transgênica, ele assume que, no momento em que comercializar essa soja, ele autoriza um desconto no valor do *royalty*. O armazém, nesse sistema, se torna o responsável pelo pagamento à Monsanto, independentemente do caminho que a soja irá tomar, se irá para a indústria ou será exportada.”³⁷

³⁶ Esse depoimento é resultado de pesquisa empreendida por doutoranda e dois professores da Universidade Federal de Lavras, cujo objeto de estudo era a inovação do modelo de negócios em uma empresa de biotecnologia agrícola. A unidade caso da pesquisa foi a Monsanto do Brasil S.A., e os trabalhos envolveram as unidades da empresa localizadas em Lavras, Uberlândia, São Paulo e Botucatu. A coleta de dados envolveu nove entrevistas com os gerentes de negócios responsáveis pelas áreas com as quais a empresa trabalha: soja (2 gerentes), milho e sorgo (2 gerentes), algodão (1 gerente), herbicidas (1 gerente). Também foram entrevistados os gerentes responsáveis pela região de Minas Gerais (2 gerentes) e pela área de comunicação e responsabilidade social (1 gerente). As entrevistas foram gravadas e a transcrição foi literal. O resultado pode ser conferido em FIGUEIRA, ZAMBALDE & SUGANO. Inovação de Modelo de Negócios em uma Empresa de Biotecnologia Agrícola. Revista de Administração e Inovação, São Paulo, v. 8, nº 2, p.106-131, abr./jun. 2011.

³⁷ FIGUEIRA, ZAMBALDE & SUGANO, op. cit., p. 123.

69. Esse sistema de “Pontos de Entrega” pode ser graficamente compreendido pela figura a seguir:

QUADRO V – Sistema POD (“Point of delivery”)

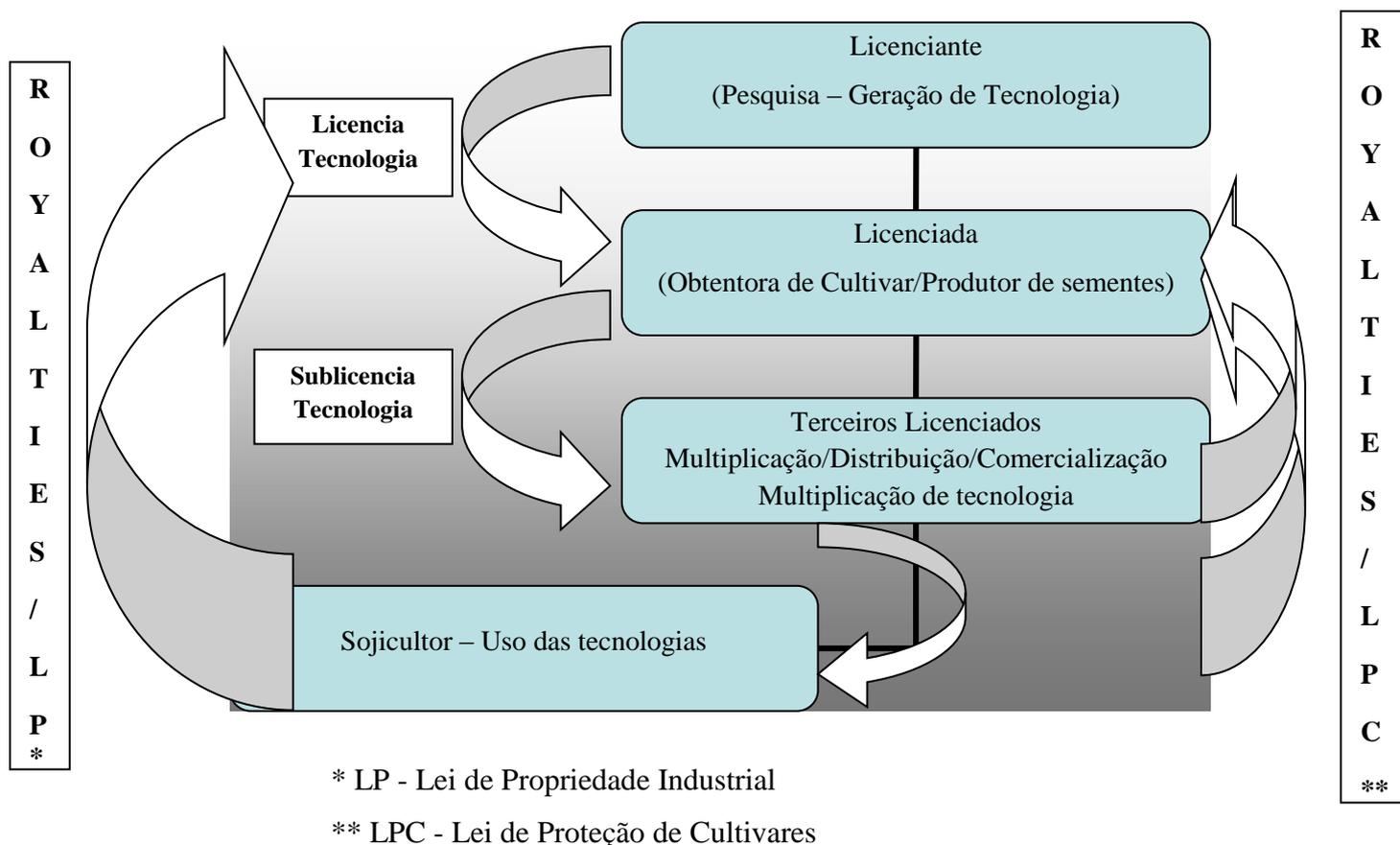


Fonte: adaptado de BELL & SHELMAN. *Monsanto: realizing biotech value in Brazil*. Harvard Business School, Case 507-018. Cambridge, MA: Harvard University, 2006.

70. Da perspectiva da empresa, um sistema confiável e seguro de cobrança de royalties era o último elemento que faltava para a viabilização de um mercado de biotecnologia agrícola completo no Brasil, o que ocorreu com a entrada em vigor desse sistema em janeiro de 2004.

71. Assim, estava viabilizada uma cadeia produtiva de sementes transgênicas cujo fluxo financeiro e operacional pode ser assim resumido:

QUADRO VI – Fluxo de royalties na cadeia produtiva de soja transgênicas



VII.3.4. Conclusões sobre o mercado

72. A partir da descrição da cadeia produtiva de sementes transgênicas, em tudo aplicável à cadeia de soja transgênica, e com base na estrutura padrão de remuneração (cobrança de *royalties*), é possível traçar uma primeira leva de conclusões a respeito do mercado e da relação entre os agentes econômicos localizados nas primeiras duas etapas do processo produtivo (desenvolvedores de tecnologia e obtentores de cultivar, representados, no presente caso, respectivamente pela **Monsanto** e pela **Bayer**):

- a) O desenvolvedor da tecnologia (Etapa 1) não recebe nenhuma contraprestação financeira dos melhoristas/obtentores de cultivar (Etapa 2) no momento do licenciamento da sua tecnologia transgênica.
- b) O desenvolvedor da tecnologia depende do melhorista/obtentor para que sua tecnologia seja introduzida no mercado.
- c) A dinâmica da cadeia produtiva faz que o lucro da licenciante (*in casu*, Monsanto) dependa necessariamente do sucesso no desenvolvimento do cultivar pela licenciada (*in casu*, Bayer) e sua bem-sucedida distribuição (por ela e/ou por terceiros licenciados) para que possa receber os royalties devidos.
- d) Os obtentores de cultivar não necessitam de uma tecnologia transgênica para produzir uma cultivar viável comercialmente, o que, à primeira vista, indicaria que os desenvolvedores da tecnologia sempre necessitariam de melhoristas/obtentores, não sendo a recíproca necessariamente verdadeira.
- e) No entanto, a depender da demanda dos agricultores, a presença de determinada transgenia em uma semente certificada (cultivar multiplicada) pode ser imprescindível do ponto de vista comercial, o que estabeleceria uma reciprocidade de interesse/necessidade na relação entre melhoristas e desenvolvedores de tecnologia.
- f) No mercado brasileiro de soja, as únicas tecnologias transgênicas disponíveis são de propriedade da Monsanto (RR1 e Intacta RR2 PRO).
- g) Especificamente quanto a Monsanto, o seguimento de sementes e genômica têm se consolidado como o centro de sua atividade empresarial. Atualmente sua estratégia comercial consiste em basicamente disseminar sua tecnologia para receber *royalties*, o que ocorre pela obtenção de cultivares de forma direta (pela sua subsidiária integral Monsoy) ou indireta (pelas licenciadas, via contratos de licenciamento).
- h) Tanto a Monsanto quanto as licenciadas dependem do sucesso comercial da semente produzida pela combinação da tecnologia da Monsanto com as

características de germoplasma das licenciadas para obter lucro com o referido contrato de licenciamento.

i) O desenvolvimento de novas cultivares prescinde da combinação das características do germoplasma com uma tecnologia transgênica. No entanto, **no mercado de soja**, a demanda por sementes transgênicas é alta, o que faz que as obtentoras dependam do acesso a essa tecnologia para que as sementes com suas características genéticas sejam comercializadas e recebam os royalties definidos na “Lei de Proteção aos Cultivares”.

j) Como a Monsanto é proprietária da única tecnologia transgênica de soja atualmente comercializada no Brasil e tem predominância no mercado de sementes transgênicas como um todo, as práticas adotadas por essa empresa são, efetivamente, as práticas dominantes no mercado.

73. Fazendo um cotejamento entre essas conclusões e a dicção da Lei nº 12.529/2011, nos aproximamos, com força, de pelo menos uma das hipóteses caracterizadoras de um ato de concentração:

“Art. 90. Para os efeitos do art. 88 desta Lei, realiza-se um ato de concentração quando:
(...)

IV - 2 (duas) ou mais empresas celebram **contrato associativo**, consórcio ou joint venture.”

74. A estrutura do mercado e as práticas comerciais adotadas na cadeia produtiva de sementes transgênicas (e especificamente no mercado de soja transgênica, objeto da presente operação) dispõem que os contratos de licenciamento de tecnologia podem efetivamente funcionar como atos formalizadores de entrelaçamento de interesses comerciais entre agentes econômicos independentes, vez que ambas direcionam seus esforços para desenvolver um projeto comum de criação de uma semente que, simultaneamente, combine a tecnologia transgênica de um com a variedade genética do outro. Assim, os contratos de transferência de tecnologia nesse mercado tornam-se praticamente tipos inequívocos dos contratos associativos descritos inciso IV do artigo 90 da lei.

75. Essa é conclusão inicial, diante do panorama de funcionamento e estruturação do mercado de sementes transgênicas, traçado pela instrução desse caso e pelo conhecimento

acumulado por esse Conselho em julgamentos anteriores. Outros casos e instruções adensarão a capacidade cognitiva do Conselho, possibilitando, em definitivo, o enterro da falsa tranquilidade trazida por nomes “inofensivos” como “licenciamento sem exclusividade” que, uma vez lidos, contextualizada e enraizadamente, nada têm de tranquilos, trazendo, pelo contrário, diversas preocupações concorrenciais.

76. Nessa senda, deve-se, agora, realizar detida análise do instrumento contratual formalizador da presente operação.

VII.4. O arranjo contratual concreto

77. O presente contrato consiste no licenciamento de uso de tecnologia da Monsanto à Bayer, para desenvolvimento, teste, produção e comercialização, no Brasil, de variedades de sementes de soja contendo tecnologia Intacta RR2 PROTM, responsável por conferir às plantas, simultaneamente, tolerância ao glifosato e resistência a insetos.³⁸

78. A remuneração da Monsanto –desenvolvedora de tecnologia – no mercado de soja transgênica depende do sucesso na combinação da sua tecnologia Intacta RR2 PRO com as características genéticas presentes no banco de germoplasma das licenciadas (Bayer), de forma a que se produzam sementes comercialmente viáveis e para que possa receber royalties do agricultor quando este plantar a semente ou quando vender o grão.

79. Para controlar o uso de sua invenção e garantir o recebimento correto dos royalties, a Monsanto criou o chamado “**Sistema de Soja Comercial**”, descrito no presente contrato como [CONFIDENCIAL].

80. No presente contrato, tal “Sistema” é introduzido a partir da cláusula 3.1, que determina à Bayer a [CONFIDENCIAL], submetendo-se a seus termos:

“3.1 [CONFIDENCIAL]

³⁸ “Cláusula 2.1:

[CONFIDENCIAL]

81. Na cláusula 6.6, estipula-se a Bayer como [CONFIDENCIAL]:

“6.6 [CONFIDENCIAL]”

82. O modo de funcionamento do “Sistema de Soja Comercial” que deve ser espraído e protegido pela Bayer é explicado no Anexo D do contrato, intitulado “Vendas Diretas a Sojicultores”:

“Anexo D

Vendas Diretas a Sojicultores

[CONFIDENCIAL]

83. Esse é, afinal, o sistema que operacionaliza a cobrança de *royalties* dos sojicultores pela Monsanto. Como detém os direitos de propriedade intelectual sobre sua tecnologia transgênica, a Monsanto exige o cadastro de todos os elos da cadeia produtiva no seu “Sistema de Soja Comercial” para oferecer-lhes contratos de licenciamento e monitorar o uso de sua invenção.

84. Tal como explicado anteriormente, o fato gerador da obrigação de pagamento de *royalties* à Monsanto é a **utilização** de semente com a tecnologia Intacta. Portanto, o valor do *royalty* sobre a tecnologia transgênica não poderia estar embutido no preço da semente, pois sua simples aquisição não impele o pagamento. Por essa razão, o valor do *royalty* é atualmente pago em separado pelo sojicultor, diretamente à Monsanto por meio da referida fatura.

85. Importante ponto da relação estabelecida entre desenvolvedores de tecnologia e obtentores de cultivar no mercado de biotecnologia é o chamado “*Compartilhamento de Valor*”, formalizado pela Cláusula 4.3 do contrato:

“4.3 [CONFIDENCIAL]

86. Tal cláusula reflete prática corrente nos contratos de licenciamento de tecnologia firmados nesse mercado pelos mais diversos atores: a desenvolvedora da tecnologia patenteada compartilha parte do valor total de *royalties* recebidos dos agricultores com as empresas licenciadas (melhoristas/obtentoras de cultivar). Como explicado anteriormente, o *royalty* devido pela proteção de uma patente garante que a utilização comercial daquela

invenção importe no pagamento de um valor ao seu detentor. Trazendo essa disposição normativa ao mercado de biotecnologia agrícola, a utilização de sementes nas quais estão presentes tecnologias transgênicas protegidas por patente importe no pagamento de *royalties* ao desenvolvedor da tecnologia. Um fato, porém, que não pode escapar à análise desse mercado é que, enquanto seres vivos, as plantas já germinadas produzem suas próprias sementes, como parte de seu processo reprodutivo, e essas novas sementes também conterão a transgenia patenteada (afinal, a referida tecnologia passa a fazer parte do DNA da semente e, conseqüentemente, da planta adulta e das sementes que produzir). Logo, mesmo que não adquira novas sementes, o agricultor deverá novamente pagar o *royalty* ao desenvolvedor da tecnologia (Monsanto) quando utilizar aquelas sementes (também transgênicas).³⁹

87. O mesmo, porém, não ocorre com o obtentor do cultivar. Como explicado anteriormente, os ativos intangíveis diferenciadores presentes em um novo tipo de cultivar (resultado de nova combinação de características genéticas presentes em seu banco de germoplasma) também são protegidos pelo direito de propriedade intelectual, mais especificamente pela “Lei de Proteção aos Cultivares”. No entanto, o *royalty* pago ao obtentor do cultivar é devido apenas uma única vez, quando da compra da semente certificada, sendo seu valor embutido no preço final da semente. Além disso, a referida lei permite ao agricultor a reserva e o reaproveitamento de sementes, desde que para uso próprio. Logo, a margem de lucro de um melhorista seria, aparentemente, menor do que a de um desenvolvedor de tecnologia, ainda que o lucro do segundo (via cobrança de *royalties* diretamente dos agricultores) só se torne possível com a obtenção de um cultivar comercialmente viável pelo primeiro.

88. Para corrigir esse descompasso, tornando mais interessante do ponto de vista comercial a implementação da sua tecnologia pelas licenciadas⁴⁰, a Monsanto usualmente

³⁹ Nesse sentido, vale ressaltar recente decisão da Suprema Corte americana no caso *Monsanto Co. v Bowman* (May 13, 2013), na qual assegurou à Monsanto o direito de receber *royalties* de um agricultor que havia reservado sementes com a transgenia patenteada sem o novo pagamento de *royalties*.

⁴⁰ Repise-se que os obtentores de cultivar não necessitam de uma tecnologia transgênica para produzir um cultivar viável, dado que seu trabalho é o de combinação de características genéticas contidas em um banco de germoplasma, de forma a obter um cultivar adaptado às condições edafoclimáticas de determinado lugar. No entanto, a depender da demanda dos agricultores, a obtenção de cultivar com determinada característica transgênica pode ser comercialmente necessária.

estabelece uma cláusula de compartilhamento de valor em seus contratos de licenciamento de tecnologia. Tais cláusulas, basicamente, determinam que a licenciada (no caso, a Bayer) terá uma participação nos lucros (*royalties*) recebidos pela Monsanto.

89. Outro relevante ponto do contrato é a obrigação instituída pela cláusula 4.3.2:

“4.3.2 [CONFIDENCIAL].”

90. Nesses termos, ainda que a cláusula 4.1 determine que “[CONFIDENCIAL]”, a redução no compartilhamento de valor a que a Bayer tem direito em 10 % “*por perdas de canal*” reforça, na licenciada, o interesse na pervasiva implementação e execução do Sistema de Soja Comercial, garantindo o pagamento do *royalty* pelo agricultor já na compra da semente. Em outras palavras, essa cláusula cria o interesse da Bayer de contribuir para que os sojicultores paguem o *royalty* devido à Monsanto já na compra da semente, alinhando-se com esse mesmo interesse comercial específico da Monsanto, que não está diretamente ligado ao licenciamento da tecnologia Intacta em particular, e sim ligado à atuação da Monsanto como desenvolvedora de tecnologias transgênicas como um todo, assim, estrutura-se uma lógica do individual ao total, pela qual a licenciada começa a tornar-se agente difusor da licenciadora. Não estão mais separados; passam a estar conectados. E essa conexão é programada para a auto expansão. Da capacidade de dizer não, para a manufatura do terreno onde muitos quererão obter o sim.

91. A mesma lógica rege o mecanismo do “*Incentivo Aumentado*”, explicitado pela Cláusula 4.5:

[CONFIDENCIAL].

92. Em resumo, o *Incentivo Aumentado* garante um “prêmio” à Bayer englobando todo seu portfólio no mercado de soja. Novamente temos aqui o alinhamento de interesses comerciais e posições estratégicas entre licenciante e licenciada, resultando, inclusive, na troca de informações concorrencialmente sensíveis entre ambos, chegando ao ponto de intrusão que expressamente estipula apresentação de relatórios de vendas por áreas geográficas passíveis de serem solicitadas pela Monsanto “a qualquer momento”:

“4.10 Informações de Pagamento

[CONFIDENCIAL].

93. Outro mecanismo importante para entender o relacionamento entre licenciante e licenciada por força do presente contrato é o chamado “*Royalty Mínimo*”:

“4.4 [CONFIDENCIAL]”.

94. Como se vê, *Royalty Mínimo* é a importância financeira devida pela Bayer à Monsanto, a partir de determinado marco temporal, todas as vezes em que os acres de Soja Intacta produzida nos campos sob a responsabilidade da Bayer sejam menores do que o percentual estipulado ([CONFIDENCIAL]). Com isso, a Bayer pagaria essa compensação ou “indenização”, caso não implemente a tecnologia ora licenciada em sua produção de forma satisfatória. Aqui, a modulação contratual mais uma vez faz ser portada, com uma tecnologia, um comportamento econômico de parceria estratégica, em tudo distante da caricatural, e abstrata e inofensiva imagem de “meros contratos de transferência de tecnologia sem exclusividade”.

95. Além disso, a cláusula 4.4.1 exclui do cálculo dessa área produzida os acres contendo somente o evento RR1 (sem quaisquer outros eventos ou características transgênicas), o que alinha a prática comercial da Bayer com interesses estratégicos da Monsanto, vez que desincentiva o uso da única outra tecnologia transgênica disponível para soja atualmente, a RR1, também inventada pela Monsanto, mas com a patente expirada desde 2010⁴¹:

“4.4.1 [CONFIDENCIAL].”

96. Temos, ainda, a previsão de isenção desse *royalty* mínimo “[CONFIDENCIAL]” (Cláusula 4.4.7). Ou seja, isenta-se a Bayer do pagamento do *royalty* mínimo enquanto a tecnologia ora licenciada (Intacta RR2 PRO) não tiver significativa penetração no mercado brasileiro. Com isso, temos novamente a inclusão da Bayer na política comercial global da Monsanto, por força do licenciamento de tecnologia, o que reforça o alinhamento de interesses empresariais, resultando em evidentes implicações concorrenciais, a serem ulteriormente enfrentadas.

⁴¹ Vide decisão do Superior Tribunal de Justiça no Recurso Especial nº 1359965/RJ.

97. A cláusula 2.10.1 estabelece opção de licenciamento para a Bayer para futuras tecnologias da Monsanto:

“[CONFIDENCIAL].”

98. Em complemento, a cláusula 2.10.3 assegura que tal opção de licenciamento só poderá ser exercida se a Bayer demonstrar que está, de fato, integrada nas diretrizes comerciais da Monsanto no mercado de soja transgênica, com a criação e exploração comercial da Soja Intacta RR2 PRO:

“[CONFIDENCIAL].”

99. Esse esquema de (i) “ceder a tecnologia”, (ii) determinando que o licenciado passe a ser um fator de polinização do produto licenciado, demonstrando que a tecnologia não é “transferida e pronto”, mas que é um mecanismo de vinculação de longo prazo, chega em seu ápice quando (iii) submete a licenciada a direitos de preferência da licenciada em relação a concentração no mercado, como se vê na clausula 2.11, articulada no “anexo 3”:

“[CONFIDENCIAL].”

100. Essa tipologia contratual modula o seguinte comportamento: em razão de ter adquirido uma tecnologia, a licenciada passa a subordinar suas estratégias globais no mercado à apreciação da licenciadora. Assim, a partir do papel de fornecedora de insumo, a licenciadora transforma-se em reguladora do mercado e de sua conformação geral, afirmando quem poderá concentrar-se com quem.

101. Há, ainda, disposições contratuais voltadas a reger o relacionamento futuro entre Monsanto e Bayer, para além do presente negócio jurídico:

“[CONFIDENCIAL]”

102. Como se observa, essa cláusula cria incentivo para a continuidade no relacionamento comercial de longa duração entre licenciante e licenciada para além do presente licenciamento, isentando a Bayer de pagar o *Royalty Mínimo* na hipótese de a Monsanto não oferecer opção de licenciamento de nova tecnologia que vise a substituir a atual tecnologia de resistência a glifosato.

103. Além disso, há a previsão de opção de licença de “Características Transgênicas Adicionais” à Bayer pela Monsanto. No entanto, tal opção é condicionada a uma “garantia de performance” por parte da Bayer no mercado de soja com a tecnologia Intacta:

“2.10.3 [CONFIDENCIAL].”

104. Ressalte-se, ainda, que o presente contrato atrela o lançamento comercial das sementes transgênicas produzidas pela licenciada (Bayer) à autorização expressa da licenciante (Monsanto), isentando essa última de qualquer obrigação para com a outra em caso de decidir pelo não lançamento da tecnologia no Brasil:

“[CONFIDENCIAL]”

105. Além disso, assegura-se à Monsanto a prerrogativa de interromper a produção ou retirar do mercado a Soja contendo a tecnologia Intacta produzida pela Bayer a qualquer momento:

“8.6 [CONFIDENCIAL]”

106. Contratos de licenciamento de tecnologia, como resta indiscutível, podem criar novas estruturas econômica e transformar a dinâmica competitiva no mercado de biotecnologia agrícola, demandando-se, portanto, seu conhecimento e análise por parte desse Conselho, nos termos do inciso IV do artigo 90 da Lei nº 12.529/2011, ou seja, na hipótese de ato de concentração econômica quando “2 (duas) ou mais empresas celebram contrato associativo, consórcio ou joint venture”.

VII.6. O arranjo contratual em concreto: viés associativo de contratos de licenciamento de biotecnologia

107. Quando do julgamento conjunto dos Atos de Concentração nº 08012.002870/2012-38, nº 08012.006706/2012-08, nº 08012.003898/2012-34 e nº 08012.003937/2012-01, a i. Conselheira Ana Frazão teceu importantes considerações acerca da quarta hipótese de concentração trazida pela lei, qual seja, os contratos associativos *lato sensu*, dos quais consórcios, *joint ventures* e contratos associativos *stricto sensu* seriam espécies:

“Em tais contratos, as participantes mantêm a sua independência econômica e financeira, não reestruturam internamente a sua gestão ou poder de controle e não necessariamente adquirem ativos e, se o fazem, isso se dá de forma meramente instrumental. Não obstante, passam a titularizar, em conjunto, um poder empresarial ou criam um novo centro de gestão ou decisão. (...)”

Isso porque o fio condutor de tais contratos é precisamente a ideia de uma empresa ou objetivo empresarial comum, em torno do qual se coordenam os esforços das participantes. Para isso, cria-se normalmente uma organização mínima – daí se falar em estruturas intermediárias entre a empresa e o mercado – que possa dar suporte ao objeto comum sem, por outro lado, engessar as participantes ou comprometer significativamente a independência jurídica e econômica de cada uma delas.”⁴²

108. Na análise da i. Conselheira, a nota distintiva entre os “contratos associativos” e os demais não seria a existência de colaboração, mas sua intensidade e tipologia, gerando, os contratos associativos, verdadeiros comportamentos paralelos:

“Dessa maneira, o que distingue os contratos associativos dos demais contratos não é a existência ou não de cooperação, mas sim o grau e o tipo desta. Enquanto nos contratos comutativos a cooperação é um dever lateral, já que as prestações das partes são naturalmente distintas e contrapostas, nos contratos associativos a cooperação corresponde à própria prestação ou aos deveres principais assumidos pelas partes.

Isso acontece porque os contratos comutativos ou de troca partem da premissa de que as necessidades das partes são diferentes. **Já nos contratos associativos ou plurilaterais, as necessidades das partes são as mesmas ou muito próximas, motivo pelo qual são reunidas em torno do fim comum que, por sua vez, impõe o paralelismo do comportamento das partes.**”⁴³

⁴² Atos de Concentração nº 08012.002870/2012-38, nº 08012.006706/2012-08, nº 08012.003898/2012-34 e nº 08012.003937/2012-01. Voto-vista da Conselheira Ana Frazão, lido na 18ª sessão ordinária de julgamento desse Tribunal, em 20 de março de 2013.

⁴³ Atos de Concentração nº 08012.002870/2012-38, nº 08012.006706/2012-08, nº 08012.003898/2012-34 e nº 08012.003937/2012-01. Voto-vista da Conselheira Ana Frazão, lido na 18ª sessão ordinária de julgamento desse Tribunal, em 20 de março de 2013.

109. Esse é, em verdade, um ponto que ruma do consenso entre os observadores do fenômeno contratual contemporâneo.⁴⁴

110. Os contratos associativos *stricto sensu* apresentam cooperação “qualificada” entre os contratantes, que deságua em alguma forma de organização comum. Essa característica seria o denominador comum entre esse tipo de contrato e os consórcios e as *joint ventures*:

“Outra semelhança com o contrato de sociedade decorre da assunção conjunta do risco da nova atividade, o que envolve a criação de meios para arrecadar fundos e partilhar resultados. Por todas essas razões, e até mesmo em razão de estarem estruturados legalmente, não há maiores discussões no sentido de que os consórcios são efetivamente atos de concentração. (...)”

Todavia, no que diz respeito à *joint venture*, não há maiores controvérsias no sentido de que esta compartilha com o consórcio a característica de comunhão de interesses e coordenação de atividades empresariais para exercer um empreendimento comum sob risco comum das participantes. Não é sem razão que tal contrato é também conhecido no direito português simplesmente por ‘empresa comum’.⁴⁵

111. Importante esclarecer, ainda, que a adoção de uma “organização comum” entre os contratantes varia em intensidade de um modelo contratual para o outro, sendo mais rígida na formação de um consórcio (que possui previsão legal na Lei das S.A.) ou de uma *joint venture* (na qual, frequentemente, temos interdependência organizativa entre os participantes, inclusive com centro de receitas e despesas), sendo ainda mais flexível em contratos associativos *stricto sensu*.

⁴⁴ “Nos contratos de ‘fim comum’, pelo contrário, as partes comprometem-se na realização de um objetivo comum, de um mesmo resultado prático. A prossecução do ‘fim comum’ exprime-se num ‘movimento paralelo de pessoas e bens’, i.e., na realização de contribuições em bens e atividades que concorrem para a realização de um resultado.” PINHEIRO, Luís de Lima. Contrato de empreendimento comum – *joint venture* – em Direito Internacional Privado. Coimbra: Almedina, 2003, p. 132. No mesmo sentido, encontra-se Luís Domingos Silva Morais, que defende serem os contratos associativos caracterizados por uma “**solidariedade de interesses**”, quando as vantagens de um são as vantagens do outro. MORAIS, Luís Domingos Silva. Empresas Comuns – *joint ventures* – no Direito Comunitário da Concorrência. Coimbra: Almedina, p. 178.

⁴⁵ Atos de Concentração nº 08012.002870/2012-38, nº 08012.006706/2012-08, nº 08012.003898/2012-34 e nº 08012.003937/2012-01. Voto-vista da Conselheira Ana Frazão, lido na 18ª sessão ordinária de julgamento desse Tribunal, em 20 de março de 2013.

112. De maneira geral, mas não exclusiva ou exaustiva, podemos descrever os caracteres dos tipos contratuais elencados pelo inciso IV do artigo 90 da Lei nº 12.529/2011 como **(i) a comunhão de interesses comerciais e (ii) o exercício de empreendimento comum** por meio da **(iii) coordenação de atividades empresariais**, com o devido **(iv) compartilhamento de riscos** dessa atividade.

113. Estabelecidas as bases teóricas de análise antitruste dos contratos associativos, passo à verificação, *in casu*, das características acima descritas.

(i) *Comunhão de interesses comerciais*

114. O entrelaçamento de interesses comerciais entre a Monsanto e a Bayer no caso concreto decorre da própria estrutura de funcionamento do mercado de biotecnologia agrícola.⁴⁶

⁴⁶ Relembre-se:

- a) *O desenvolvedor da tecnologia (Etapa 1) não recebe nenhuma contraprestação financeira dos melhoristas/obtenores de cultivar (Etapa 2) no momento do licenciamento da sua tecnologia transgênica.*
- b) *O desenvolvedor da tecnologia depende do melhorista/obtenor para que sua tecnologia seja introduzida no mercado.*
- c) *A dinâmica da cadeia produtiva faz com que o lucro da licenciante (in casu, Monsanto) dependa necessariamente do sucesso no desenvolvimento do cultivar pela licenciada (in casu, Bayer) e sua bem-sucedida distribuição (por ela e/ou por terceiros licenciados) para que possa receber os royalties devidos.*
- d) *Os obtentores de cultivar não necessitam de uma tecnologia transgênica para produzir um cultivar viável comercialmente, o que, à primeira vista, indicaria que os desenvolvedores da tecnologia sempre necessitariam de melhoristas/obtenores, não sendo a recíproca necessariamente verdadeira.*
- e) *No entanto, a depender da demanda dos agricultores, a presença de determinada transgenia em uma semente certificada (cultivar multiplicado) pode ser imprescindível do ponto de vista comercial, o que estabeleceria uma reciprocidade de interesse/necessidade na relação entre melhoristas/obtenores e desenvolvedores de tecnologia.*
- f) *No mercado brasileiro de soja, as únicas tecnologias transgênicas disponíveis são de propriedade da Monsanto (RR1 e Intacta RR2 Pro, sendo a patente da primeira expirada). A demanda por soja transgênica é cada vez maior no mercado brasileiro.*
- g) *Especificamente quanto a Monsanto, o seguimento de sementes e genômica têm se consolidado como o centro de sua atividade empresarial. Atualmente sua estratégia comercial consiste em basicamente disseminar sua tecnologia para receber royalties, o que ocorre pela obtenção de cultivares de forma direta (pela sua subsidiária integral Monsoy) ou indireta (pelas licenciadas, via contratos de licenciamento).*

115. Essa descrição é plenamente aplicável ao presente caso, também, pela análise do conteúdo de algumas cláusulas, dentre as quais se destacam as que modelam o “Sistema de Soja Comercial”, a estrutura de cobrança de *royalties* pela Monsanto e as estipulações de repasses financeiros entre as contratantes (*Compartilhamento de Valor, Incentivo Aumentado e Royalty Mínimo*). Como se pode notar, existe comunhão de interesses comerciais entre a Monsanto e a Bayer, em decorrência do licenciamento da tecnologia Intacta RR2 PRO, pelas seguintes razões: (i) a Monsanto depende da criação de uma cultivar comercialmente viável, pela Bayer (e outras licenciadas), para que sua tecnologia penetre o mercado e ela possa receber royalties e, (ii) em razão da demanda dos agricultores pela tecnologia Intacta (pois, além de ser resistente ao glifosato, também é resistentes às lagartas), a Bayer depende da introdução da tecnologia da Monsanto para lucrar com as sementes resultantes de suas cultivares. Como resultado, temos que (iii) tanto Monsanto quanto Bayer dependem do sucesso comercial da “Semente Certificada” Intacta RR2 PRO para terem lucro com suas respectivas criações. Adicionalmente, ressalte-se que (iv) a Bayer tem seu interesse no sucesso comercial da Monsanto no mercado de soja transgênica aumentado, em razão do compartilhamento de valor instituído pelo presente contrato (é dizer: o lucro da Monsanto será também, em parte, o lucro da Bayer).

116. Em linhas gerais, essa é – conforme se observa das cláusulas analisadas no tópico anterior – a estrutura de interesses comuns das duas empresas envolvidas na operação em análise, denotando clara comunhão de interesses comerciais em um mercado específico (mercado de soja transgênica).

(ii) *Exercício de empreendimento comum*

h) Tanto a Monsanto quanto as licenciadas dependem do sucesso comercial da semente produzida pela combinação da tecnologia da Monsanto com as características de germoplasma das licenciadas para obter lucro com o referido contrato de licenciamento.

i) O desenvolvimento de novos cultivares prescinde da combinação das características do germoplasma com uma tecnologia transgênica. No entanto, no mercado de soja, a demanda por sementes transgênicas é alta, o que faz com que as obtentoras dependam do acesso a essa tecnologia para que as sementes com suas características genéticas sejam comercializadas e recebam os royalties definidos na Lei de Proteção aos Cultivares.

j) Como a Monsanto é proprietária da única tecnologia transgênica de soja atualmente comercializada no Brasil e tem predominância no mercado de sementes transgênicas como um todo, as práticas adotadas por essa empresa são, efetivamente, as práticas dominantes no mercado.

117. Conforme exposto, a estrutura da cadeia produtiva de soja transgênica exige dos atuantes nas Etapas 1 e 2 da cadeia (respectivamente, desenvolvedores de tecnologia e melhoristas/obtentores) atuação conjunta para a geração de valor econômico, que será apropriado apenas na outra ponta da cadeia, quando do pagamento de royalties pelo sojicultor. Ainda que os lucros de cada um desses agentes sejam, a princípio, independentes, o compartilhamento de valor e outros repasses entre licenciante e licenciada formalizados em cláusulas do presente contrato criam um interesse mais intenso em um empreendimento comum: o sucesso comercial da Soja Intacta RR2 PRO. Tal interesse transborda o mero interesse econômico resultante de um licenciamento, pois à licenciada é oferecida a possibilidade de lucrar duas vezes: na venda da semente com o valor do *royalty* devido pela proteção legal à sua própria propriedade intelectual (“Lei de Proteção aos Cultivares”) e no posterior recebimento de parte dos *royalties* recebidos pela licenciante (com base na “Lei de Propriedade Industrial”). Portanto, ambas as empresas dedicam-se, por meio do presente contrato, ao exercício de um empreendimento comum: **criar e colocar em circulação a Soja Intacta RR2 PRO.**

118. Com isso, o caráter associativo desses contratos torna-se evidente. Temos, inclusive, a ilustrativa demonstração do entrelaçamento de cláusula associativa e cláusula puramente comutativa, como a 4.7.1 e a 4.7.2:

“4.7.1 [CONFIDENCIAL].

4.7.2 [CONFIDENCIAL]”

119. Enquanto a cláusula 4.7.1 estabelece o compartilhamento de valor naqueles produtos nos quais a Bayer empreenda esforço e contribua com seus ativos e *know how*, criando sementes que combinem a tecnologia Intacta com seu banco de germoplasma, a cláusula seguinte (4.7.2) esclarece que a ausência desse esforço conjunto não ensejará o compartilhamento de valor. Em outras palavras, apenas quando a Bayer atuar como efetiva melhorista, participando do empreendimento conjunto com a Monsanto de criação e comercialização da Soja Intacta, terá direito à parcela de seu lucro; quando atuar como simples distribuidora de sementes com a tecnologia, sem contribuir para sua confecção, ficará de fora desse compartilhamento.

120. A ausência de uma estrutura formal de cooperação ou de uma congruência absoluta de objetivos comerciais imediatos não afasta o fato de que, no presente caso, temos a conjunção de interesses comerciais no exercício de um empreendimento comum entre ambas.

121. Além disso, o desenho contratual operacionaliza tal empreendimento por disposições que efetivamente ocasionam a coordenação entre as atividades empresariais de ambas, como analisado a seguir.

(iii) Coordenação de atividades empresariais

122. Analisando-se o contrato de licenciamento formalizador da presente operação, podemos destacar algumas cláusulas que promovem a coordenação de suas atividades empresariais no mercado de soja transgênica, desnudando a estrutura de interesses comuns entre elas e concretizando a execução do empreendimento comum.

123. Nesse sentido, são relevantes as cláusulas já analisadas no tópico anterior, que estruturam os repasses financeiros entre licenciante e licenciada (*Compartilhamento de Valor, Incentivo Aumentado e Royalty Mínimo*), posto que tais repasses relacionam-se com direitos e obrigações instituídas às partes que dão ensejo a expectativas comportamentais por parte de ambas.

124. Uma vez autorizado o lançamento da Soja Intacta RR2 PRO no Brasil pela Monsanto⁴⁷, a Cláusula 3.9 é responsável por organizar a atividade de distribuição de tais sementes pela Bayer:

“[CONFIDENCIAL]”

125. O mesmo contrato também possui cláusulas que normatizam a atuação da Bayer junto ao “Sistema de Soja Comercial”, sendo esse interesse reforçado pelos referidos repasses financeiros (*Compartilhamento de Valor e Incentivo Aumentado*):

“3.2.4 [CONFIDENCIAL].”

⁴⁷ Como visto, cabe à Monsanto a decisão sobre o lançamento do produto final no mercado brasileiro, tal como determinado pelo contrato:

“3.9.1 [CONFIDENCIAL].”

4.1 [CONFIDENCIAL].”

126. No tocante à produção e alocação de informações necessárias a cada um dos contratantes para a execução do empreendimento comum de produção e comercialização da Soja Intacta, destacam-se as seguintes cláusulas, que garantem “relatórios” e “acesso a locais” para a Monsanto:

“5.1 [CONFIDENCIAL].

8.5.2 [CONFIDENCIAL].”

127. As cláusulas acima colacionadas são exemplos de coordenação das atividades empresariais de ambas as empresas, na busca dos interesses comuns decorrentes da configuração do mercado de soja transgênica.

128. Especial destaque deve ser dado, ainda, ao disposto na cláusula 2.11.1 do contrato:

“2.11.1. [CONFIDENCIAL]”

129. A existência de direitos de preferência quanto à aquisição de outras estruturas empresariais revela que o grau de coordenação empresarial é intenso, extrapolando estratégias de ganho com o específico negócio, e desbordando para atuação coordenada no próprio mercado como um todo. O que temos aqui são duas empresas aparentemente separadas, mas em situação na qual uma pede a benção da outra sobre suas estratégias de crescimento no mercado relevante, em comportamento subalterno, com efeitos para todo o mercado.

(iv) *Compartilhamento de riscos*

130. Verifica-se (i) o panorama de comunhão de interesses comerciais entre desenvolvedores de tecnologia e melhoristas, em razão da cadeia produtiva de sementes transgênicas; (ii) o exercício de empreendimento comum (criação e comercialização de soja Intacta) com, inclusive, o estabelecimento de compartilhamento de lucro (cláusulas de *Compartilhamento de Valor* e de *Incentivo Aumentado*); (iii) coordenação de atividades

empresariais por meio de diversas disposições contratuais; todos esses elementos levando ao o compartilhamento de riscos:

“3.9.3 [CONFIDENCIAL].

4.3.2 [CONFIDENCIAL]

4.4 [CONFIDENCIAL]

4.4.7 [CONFIDENCIAL].”

131. O presente contrato de licenciamento de tecnologia significa efetivamente a *comunhão de interesses comerciais* e a *coordenação de atividades empresariais* das contratantes para o exercício de um *empreendimento comum*, com o devido *compartilhamento de riscos*. Trata-se, portanto, de um contrato associativo.

132. Ainda que essa não seja a realidade de muitos dos contratos de licenciamento de tecnologia utilizados em diversos setores econômicos, fato é que esse tipo de contrato tem sido utilizado no **mercado de biotecnologia agrícola** como ferramenta jurídica viabilizadora da exploração comercial das tecnologias transgênicas resultantes de pesados investimentos em P&D. Assim, por meio dos repasses financeiros a melhoristas (tais como o *Compartilhamento de Valor e Incentivo Aumentado*, no presente caso) e outros incentivos, os desenvolvedores de tecnologia garantem o direcionamento do esforço, dos ativos empresariais e da atividade inventiva de melhoristas na criação de sementes com suas tecnologias.

133. Deve se abandonar, portanto, a figura do “mero” contrato de licenciamento de tecnologia como negócio jurídico acima ou fora da cadeia produtiva em que se insere, por meio do qual o licenciante simplesmente autorizaria a utilização de sua tecnologia, sem qualquer envolvimento no processo produtivo, esperando passivamente pelo recebimento dos *royalties*. Tal ingênua caricatura não condiz com a realidade e sublima questões concorrenciais de extrema importância. Como dito anteriormente, o “*a priori*” e o “*em abstrato*” não são bons conselheiros das políticas de defesa da concorrência.

134. Como observado pelo i. ex-Conselheiro Marcos Paulo Veríssimo no julgamento do Ato de Concentração nº 08012.002870/2012-38, as estruturas contratuais possuem o mesmo potencial de concentração econômica das interpenetrações societárias:

“É óbvio, por um lado, que esse resultado (a concentração econômica) independe de fórmulas jurídicas específicas, podendo ser obtido tanto por concentração empresarial formal (via fusão, aquisição de controle ou fundação de novas sociedades em conjunto) quanto por meio de arranjos contratuais específicos (especialmente no caso da concentração vertical, que pode ser obtida por meio de contratos exclusivos de distribuição, fornecimento ou mesmo transferência de direitos variados de propriedade industrial). A inexistência de uma linha divisória clara e substantiva entre as estruturas empresariais formais e as estruturas contratuais é, por sinal, correntemente conhecida e reconhecida, no mínimo, desde o famoso ‘*The Nature of the Firm*’, de Ronald Coase, publicado em 1937.”

135. Tal conclusão já seria suficiente para justificar o conhecimento da presente operação, por enquadrar-se no inciso IV do artigo 90 da Lei nº 12.529/2011, enquanto um contrato associativo. No entanto, como se pode vislumbrar a partir da análise das cláusulas contratuais supracitadas, muitas das disposições parecem também apontar na direção de outra hipótese de conhecimento prevista na legislação antitruste: quando “***I (uma) ou mais empresas adquirem, direta ou indiretamente, por compra ou permuta de ações, quotas, títulos ou valores mobiliários conversíveis em ações, ou ativos, tangíveis ou intangíveis, por via contratual ou por qualquer outro meio ou forma, o controle ou partes de uma ou outras empresas;***” (inciso II do artigo 90 da Lei nº 12.529/2011).

136. É o que passo a verificar.

VII.6. O arranjo contratual em concreto: a aquisição de controle como consequência de contratos de licenciamento de biotecnologia

137. As estruturas empresariais podem coexistir com formas jurídicas que tenham como efeito nublarem o conhecimento que concorrentes ou autoridades venham a ter sobre sua real constituição. Tais assertivas, como é óbvio, não guardam novidade, pois o direito empresarial brasileiro, na figura, dentre outros, de Fábio Konder Comparato, já havia

iniciado a sistematização do quadro de possibilidades de *controle externo* (controle empresarial *ab extra*) no qual uma relação contratual de direito (por exemplo, um contrato de fornecimento de tecnologia sem exclusividade) pode significar a efetiva direção dos negócios, isto é, a formatação de uma nova estrutura econômica, que não guarda a necessária correspondência com a forma jurídica expressa ou “visível”:

“[O] poder de controle de uma empresa sobre a outra – elemento essencial do grupo de subordinação – consiste no direito de decidir, em última instância, a atividade empresarial de outrem. Normalmente, ele se funda na participação societária de capital, permitindo que o controlador se manifeste na assembleia geral ou reunião de sócios da empresa controlada. Mas pode também suceder que essa dominação empresarial se exerça *ab extra*, sem participação de capital de uma empresa em outra e sem que o representante da empresa dominante tenha assento em algum órgão administrativo da empresa subordinada. **É o fenômeno do chamado controle externo.** (...) além desses tipos de contratos nominados (...) também admite[-se] que **qualquer outro contrato possa gerar a situação de dependência – controle**, característica do grupo de subordinação. Os exemplos dados são o financiamento bancário e o **contrato de fornecimento**”.⁴⁸

⁴⁸ COMPARATO, Fábio Konder. Grupo societário fundado em controle contratual e abuso de poder do controlador. *In*: Direito Empresarial, p. 270-91. São Paulo: Saraiva, 1995. A exposição desde o início: “A associação de empresas juridicamente independentes, atuando sob uma direção unitária, compõe a figura dos grupos econômicos, que são atualmente os grandes agentes empresariais. O direito empresarial entra, assim, na terceira fase histórica de seu desenvolvimento. A primeira corresponde ao surgimento do comerciante individual, como profissional dotado de um estatuto próprio, destacado do sujeito do direito comum. A segunda fase abre-se com a multiplicação das empresas societárias, notadamente com a vulgarização da sociedade anônima no curso do século passado, como instrumento de captação do investimento popular. Agora, o universo das multinacionais, das *holdings*, *joint ventures* e consórcios indica que os atuais protagonistas da vida empresarial são associações de empresas, e não mais sociedades isoladas. Os grupos econômicos são de duas espécies: grupos de subordinação e de coordenação. Os primeiros apresentam uma estrutura hierárquica, em que uma empresa (individual ou societária, pública ou privada) exerce um poder de dominação, denominado *poder de controle*, sobre as demais. Nos grupos de coordenação, ao revés, não há empresas dominantes e dominadas, mas a coordenação de duas ou mais empresas sob uma mesma direção unitária: são os consórcios. Não se confundem consórcios com cartéis, porque nestes últimos cada empresa componente conserva sua própria direção administrativa e não se submete a uma administração comum. Os cartéis são conjugações de atividades independentes, e não a união de atividades comuns. (...) o poder de controle de uma empresa sobre a outra – elemento essencial do grupo de subordinação – consiste no direito de

138. Essa constatação, icônica há diversas décadas, é mais intensa ainda nos setores de altíssima densidade tecnológica, que podem ser organizados por padrões de “alta especificação técnica e alta flexibilidade jurídica”, em contraposição à “baixa especificação técnica e baixa flexibilidade jurídica”, como mapeado pelos estudos sobre “contratos relacionais” (de que temos um bom exemplo na produção brasileira com Ronaldo Porto Macedo Jr. e seu estudo sobre previdência privada). Assim, o padrão de subordinação se dá pela necessidade de o fornecedor adequar-se às especificações técnicas do fornecedor. Portanto, essencialmente temos a dependência tecnológica como pressuposto da subordinação da vontade, com a formação de estruturas econômicas independentemente da respectiva formalização jurídica.

VII.6.1. Dominação empresarial ab extra em setores de alta intensidade tecnológica

139. Conforme ressaltai no julgamento dos Atos de Concentração nº 08012.002870/2012-38, nº 08012.006706/2012-08, nº 08012.003898/2012-34 e nº 08012.003937/2012-01, inúmeras trajetórias tecnológicas dispensam as formas usuais e juridicamente previstas no ordenamento jurídico para a organização do controle. Para além da organização jurídica da firma ou do contrato, as estruturas podem ser formadas pela dependência da própria tecnologia (com compras, licenças com ou sem exclusividade), do crédito, do acesso às redes de distribuição, tudo isso amparado nos fatos, muito mais do que nos textos. E, além disso, todas essas opções podendo ser plenamente lícitas, depois de julgadas pela autoridade concorrencial. A construção de estruturas empresariais de dependência que prescindem de formas jurídicas clássicas não é, em si, ilícita. Trata-se apenas de uma estrutura que tem outros mecanismos – provavelmente mais eficazes – para organizar-se.

decidir, em última instância, a atividade empresarial de outrem. Normalmente, ele se funda na participação societária de capital, permitindo que o controlador se manifeste na assembleia geral ou reunião de sócios da empresa controlada. Mas pode também suceder que essa dominação empresarial se exerça *ab extra*, sem participação de capital de uma empresa em outra e sem que o representante da empresa dominante tenha assento em algum órgão administrativo da empresa subordinada. É o fenômeno do chamado *controle externo*. (...) além desses tipos de contratos nominados (...) também admite[-se] que qualquer outro contrato possa gerar a situação de dependência – controle, característica do grupo de subordinação. Os exemplos dados são o financiamento bancário e o contrato de fornecimento.”

140. Especificamente nos ramos de alta tecnologia, esta pode funcionar como um fator de organização das estruturas empresariais, para além de fatores exclusivamente formais. Desse ponto de vista, os jargões “*black box dependence*” ou “*the code is the law*” tentam dar conta dessa formação de estruturas de controle empresarial fundado diretamente na técnica, e não na formação de sociedades ou contratos consensuais. Nas palavras de Nathan Rosenberg,

“os aperfeiçoamentos tecnológicos não penetram a estrutura econômica somente pela entrada principal, como quando assumem a forma extremamente visível de grandes saltos tecnológicos patenteáveis, mas também utilizam inúmeras entradas menos visíveis nos fundos e pelos lados, onde sua chegada é discreta, não anunciada, não observada, e não celebrada”.⁴⁹

141. Dessa maneira, o desenvolvedor e detentor de uma tecnologia pode passar a dominar parceiros, construindo uma estrutura distinta justamente por essas frestas “menos visíveis” ao olhar, em razão da quantidade de comandos contidos na tecnologia, implícitos, tácitos, porém obrigatórios, e eloquentes quando o formalismo deixa de ser o instrumento cognitivo, substituído por um olhar mais humilde e investigativo das realidades. Nesse momento, inclusive, as inovações tecnológicas podem ser organizadoras não só das relações estruturais de parceiros ou intra-setoriais, mas também inter-setoriais. O caso do Google e seu algoritmo de busca é célebre exemplo: uma inovação tecnológica (um conjunto de informações, o “*code*” ou a “*black box*”) transformou (i) a capacidade de captar a atenção do público, (ii) os padrões de anúncio, (iii) a precificação da publicidade e (iv) a precificação do relacionamento entre os diversos atores do mercado.

142. Como relembra Rosenberg:

“[a] mensuração – e mesmo a percepção – do retorno econômico da inovação tecnológica tem sido obscurecida pelas dificuldades envolvidas na completa identificação do crescimento de produtividade associado a uma dada inovação. Um aspecto crítico dessas dificuldades parece ser a prevalência, nas economias industrializadas modernas, de um tipo especial de economia externa. Especificamente, muitos dos benefícios do aumento de produtividade decorrente de uma inovação são

⁴⁹ ROSENBERG, Nathan. Por dentro da Caixa-Preta – Tecnologia e Economia. Trad. José Emílio Maiorino. Editora da Unicamp: 2006, p. 97.

auferidos em setores de produção *distintos* daquele setor no qual foi realizada a inovação. Em vista disso, uma completa contabilização dos benefícios da inovação precisa incluir um exame das *relações intersetoriais*. Isso se deve ao fato de que o desenvolvimento industrial sob uma tecnologia dinâmica leva a padrões de especialização inteiramente novos, por empresa e por setor produtivo, de modo que torna impossível compartimentalizar as consequências da inovação tecnológica (...)⁵⁰

143. Tais padrões produtivos inter-setoriais podem ser acompanhados de formas empresariais as mais diversas, incluindo, dentre outras, (i) comportamentos agregadores “bons para as duas partes”: sociedades, grupos societários de direito, grupos econômicos de fato; (ii) comportamentos de “manutenção do *status quo ante*, separados”: contratos de fornecimento, de distribuição, de compra e venda clássicos; ou (iii) comportamentos de “fagocitose empresarial”, quando antigos parceiros transformam-se em “meras repartições internas” do inovador, mas com aparência de independência. Nesse terceiro caso, a “*black box*” detida por um determina os comportamentos do outro. Na expressão de Lawrence Lessig, “*The Code is The Law*”, isto é, a posição jurídica, de subordinação ou de supremacia, vem pressuposta ao regime técnico, sendo determinada pela assimetria de poderes tecnológicos.

144. Por isso, em ambientes de altíssima inovação tecnológica, com impactos internos e externos à firma (intra-setoriais e inter-setoriais), as formas jurídicas clássicas podem não ser um balizador correto das relações estruturais entre os atores. Podem, pelo contrário, ser completamente irrelevantes para a compreensão das estruturas de fato existentes ou com potencial de se tornarem o padrão dominante.

VII.6.2. O controle como consequência da presente operação: análise contratual

145. A análise do contrato *sub examine* demonstrou que algumas das cláusulas indicam a possibilidade de exercício de controle da licenciante sobre a licenciada, o que enquadraria a presente operação na hipótese do inciso II do artigo 90 da Lei nº 12.529/2011.

146. Conforme exposto, o contrato exige autorização expressa da Monsanto para o lançamento e exploração comercial das sementes de soja produzidas pela Bayer,

⁵⁰ ROSENBERG, Nathan. Por dentro da Caixa-Preta – Tecnologia e Economia. Trad. José Emílio Maiorino. Editora da Unicamp: 2006, p. 117.

possibilitando, ainda, a interrupção da produção e retirada do produto do mercado por decisão unilateral da Monsanto.⁵¹ Como se vislumbra, ainda que o contrato em questão trate do licenciamento da tecnologia da Monsanto à Bayer, as referidas cláusulas possibilitam à primeira controle efetivo sobre a atividade comercial da segunda. Além de poder determinar quando a produção da Bayer (envolvendo sua tecnologia) será lançada no mercado a Monsanto, ainda detém a prerrogativa de interromper essa produção e até mesmo retirar o produto do mercado quando quiser. A depender do portfólio da Bayer e sua diversificação nesse mercado, tais cláusulas podem significar o controle da Monsanto sobre toda a produção da Bayer no mercado de soja transgênica.

147. Além disso, outras cláusulas estabelecem limites à atuação comercial da Bayer, chegando a estabelecer “regras de relacionamento” entre essa empresa e terceiro:

“3.1 [CONFIDENCIAL]. (...)”

3.2.2 [CONFIDENCIAL]. (...)”

3.2.3 [CONFIDENCIAL]”

148. Há, como visto, a possibilidade de a Monsanto vetar o relacionamento comercial da Bayer com outra empresa que atue no mercado de soja no tocante à produção e comercialização de Soja Intacta, a seu juízo discricionário:

“3.2.4 [CONFIDENCIAL].”

149. Tais cláusulas possibilitam à Monsanto influenciar de forma determinante os negócios da Bayer no mercado de soja, extrapolando o mero licenciamento de sua tecnologia, caracterizando o comportamento virótico do controle ab extra.

150. Outro importante ponto do contrato é o *Compartilhamento de Valor* entre Monsanto e Bayer, segundo o seguinte parâmetro:

Valor	Mix de Portfólio
Ação	

⁵¹ “3.9.1 [CONFIDENCIAL].”

10%	[CONFIDENCIAL]
15%	[CONFIDENCIAL]

151. Como se pode observar, a base de cálculo para o repasse, à Bayer, de percentual dos *royalties* recebidos pela Monsanto é o “Mix de Portfólio” da Bayer, levando em consideração o total das variedades (cultivares multiplicados) de soja vendidas pela Bayer e por seus licenciados, distribuidores, multiplicadores, cooperadores e negociadores. Com isso, o referido compartilhamento fica atrelado à produção global da Bayer no mercado de soja, extrapolando completamente o escopo nominal do presente contrato, que seria o “mero” licenciamento da tecnologia Intacta em particular.

152. Além disso, como o percentual de compartilhamento é progressivo ([CONFIDENCIAL]), há forte incentivo para que a Bayer opte comercialmente pela semente de Soja Intacta.

153. No mesmo sentido, funciona o mecanismo de *Incentivo Aumentado*, previsto no contrato:

“4.5 Incentivo Aumentado
4.5.1 [CONFIDENCIAL].

Compartilhamento de Valor	Mix de Portfólio
5% adicionais	[CONFIDENCIAL]

154. Tal mecanismo determina que, caso a proporção de Soja Intacta no portfólio da Bayer ultrapasse determinado percentual (alto, observa-se), e, além disso, se a Bayer tiver assinado um contrato de licença com a Monsanto com relação a um determinado produto por ela produzido ([CONFIDENCIAL]), haverá acréscimo no valor a ser recebido a título de compartilhamento de valor.

155. Atingido um percentual alto de Soja Intacta no portfólio da Bayer, o mecanismo do “*Royalty Mínimo*” serve como instrumento para desencorajar mudanças na política

comercial da Bayer, garantindo a manutenção da alta presença da tecnologia da Monsanto na produção de soja transgênica da Bayer:

“4.4 [CONFIDENCIAL]

4.4.3 [CONFIDENCIAL].”

156. Temos, portanto, um mecanismo de geração de controle que se retroalimenta, pois os incentivos estabelecidos contratualmente elevam a importância do produto contendo a tecnologia da licenciante no portfólio da licenciada o que, posteriormente, garante um controle maior ainda sobre a licenciada em razão de outras obrigações estipuladas contratualmente.

157. O regime contratual estipulador do controle ab extra tem a seguinte estrutura: (i) o contrato possibilita o controle indireto por meio de uma particular combinação de obrigações e compensações na qual, num primeiro momento, (ii) as compensações e bônus induzem a atividade empresarial da licenciada, influenciando sua atividade produtiva e alterando seu portfólio, mas, num segundo momento, (iii) o aumento expressivo do produto licenciado no portfólio da licenciada confere maior peso às obrigações e ônus contratuais, consolidando e expandindo o controle da licenciante, que anteriormente era apenas potencial e indireto.

158. Por último, a análise detida do contrato demonstra que essa estrutura de criação e manutenção de controle é aparelhada com mecanismos de fiscalização, por meio do acesso a informações comerciais da licenciada pela licenciante, algumas das quais, inclusive, em nada se relacionando com a produção de sementes de Soja Intacta:

“3.2.4 [CONFIDENCIAL] (...).

3.2.5 [CONFIDENCIAL] (...).

3.7.3 [CONFIDENCIAL] (...)

(v) [CONFIDENCIAL].

4.10.1 [CONFIDENCIAL].

CLÁUSULA 5 AUDITORIA

5.1 [CONFIDENCIAL].

8.5.2 [CONFIDENCIAL]: (...)

(e) [CONFIDENCIAL].”

159. Especificamente com base nas informações a serem prestadas em cumprimento às cláusulas 3.2.4 e 3.2.5 do contrato⁵², cumpre destacar que a recusa da Bayer em prestar tais informações poderá acarretar, segundo disposto contratualmente, a interrupção do compartilhamento de valores ou, até mesmo, a rescisão do contrato pela Monsanto:

“11.3 [CONFIDENCIAL]: (...)

b) [CONFIDENCIAL].”

160. A Bayer, ainda, nos termos da cláusula 11.5, perderá o direito de vender os produtos que tiver em estoque contendo a tecnologia da Monsanto, devendo destruí-los:

“11.5 [CONFIDENCIAL] (...)

11.6 [CONFIDENCIAL].

11.6.1 [CONFIDENCIAL].”

161. A já analisada cláusula 2.11.1, que estipula o pedido de benção para expansão ou aquisição é a cereja desse bolo. O presente contrato de licenciamento de tecnologia traz embutido mecanismo de criação, manutenção e expansão de controle da licenciante sobre a licenciada. Com isso, enquadra-se na hipótese do inciso II do artigo 90 da Lei nº 12.529/2011.

⁵² **“3.2.4 [CONFIDENCIAL] (...).**

3.2.5 [CONFIDENCIAL] (...).”

VII.8. Decisão sobre o conhecimento

162. Por todo o exposto, o presente contrato de licenciamento de tecnologia enquadra-se nas hipóteses previstas nos incisos II e IV do artigo 90 da Lei nº 12.529/2011, constituindo ato de concentração econômica, pelo que conheço da operação.

163. A análise fática da dinâmica empresarial do mercado de sementes transgênicas demonstrou que o licenciamento de tecnologia é ferramenta jurídica utilizada para o estabelecimento de *atividade empresarial coordenada* que viabiliza o *empreendimento comum* nascido da *comunhão de interesses comerciais* existentes entre os dois primeiros elos dessa cadeia produtiva, com o devido *compartilhamento de riscos* entre ambos. A dinâmica produtiva e os mecanismos de geração e apropriação de valor desse setor têm o condão de transformar os contratos de licenciamento de tecnologia em verdadeiros **contratos associativos**.

164. O desenho desses negócios jurídicos muitas vezes garante o exercício de influência dominante do licenciante sobre a atividade empresarial da licenciada, caracterizando hipótese genuína de **aquisição de controle**.

VII.9. Definição de Mercado Relevante

165. O presente contrato trata do licenciamento da tecnologia Intacta RR2 PRO, tecnologia transgênica aplicada à soja. Como já detalhado, o licenciamento da tecnologia é uma das estratégias de entrada, consolidação e expansão adotadas pelas empresas desenvolvedoras de biotecnologias. Logo, tal negócio jurídico deve ser entendido, do ponto de vista concorrencial, como afeito ao elo *upstream* da cadeia produtiva de sementes transgênicas (Etapa 1 da cadeia).

166. A instrução do processo demonstrou, portanto, que o estabelecimento de contratos de licenciamento de tecnologia com empresas responsáveis pela viabilização e/ou disseminação desta tecnologia é, provavelmente, a única forma de expandir e consolidar-se nesse mercado. Desenvolver uma variedade e levá-la até o consumidor é a própria razão de ser dos altos investimentos no desenvolvimento da tecnologia transgênica. Além disso, a exploração comercial das sementes contendo essa transgenia pode ser feita nacionalmente.

167. Assim, o mercado relevante (nas dimensões geográfica e de produto) deva ser entendido como o mercado nacional de fornecimento de tecnologia para produção de sementes de soja.

VII.10. Poder da Monsanto no mercado de tecnologia transgênica para soja

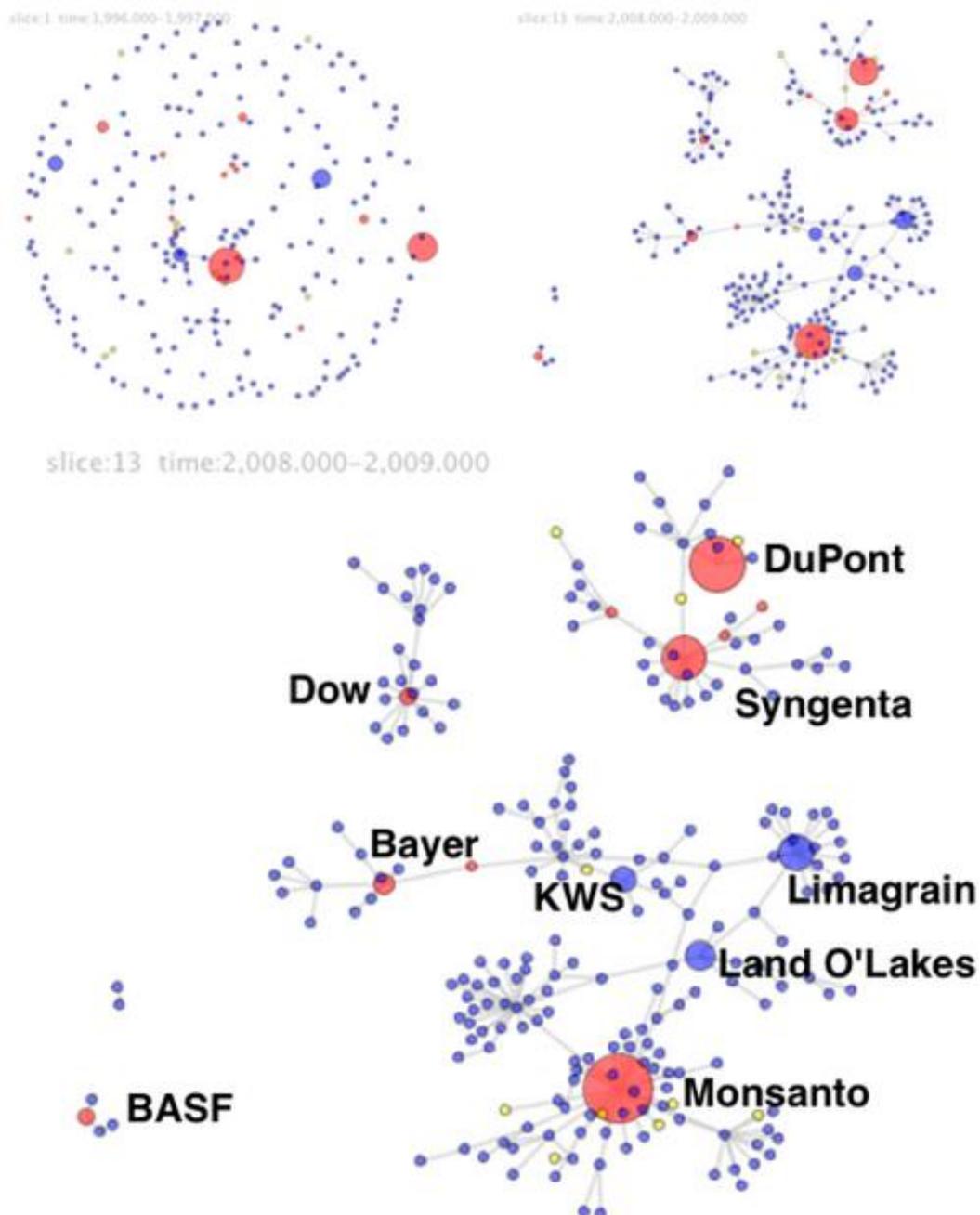
168. Em âmbito internacional, o setor de sementes transgênicas para soja é caracterizado por um oligopólio, com cinco empresas dominando 91% das vendas totais: Monsanto Company, Syngenta Seeds Ltda., Bayer CropScience (Aventis), DuPont S/A. e Dow AgroSciences Ltda.⁵³ No mercado de soja transgênica, destaca-se o grupo Monsanto, que forneceu 90% das sementes para o cultivo transgênico de soja no mundo (representando 60% da área plantada mundial) em 2005, segundo levantamento da Organização das Nações Unidas (UNCTAD, 2009).

169. A evolução no setor se deu a partir, principalmente, de fusões e aquisições entre essas grandes empresas com outras menores, segundo representado pela figura abaixo:

⁵³ GUERRANTE, R. Di S. Comportamento estratégico das grandes empresas do mercado de sementes geneticamente modificadas. *In*: COSTA & SANTANA. Poder de mercado e desenvolvimento de novas cultivares de soja transgênicas e convencionais: análise da experiência brasileira. *Revista Ciência Agrária*, v. 56, n. 1, p. 61-68, jan./mar. 2013.

QUADRO VII – Evolução da concentração na indústria de sementes

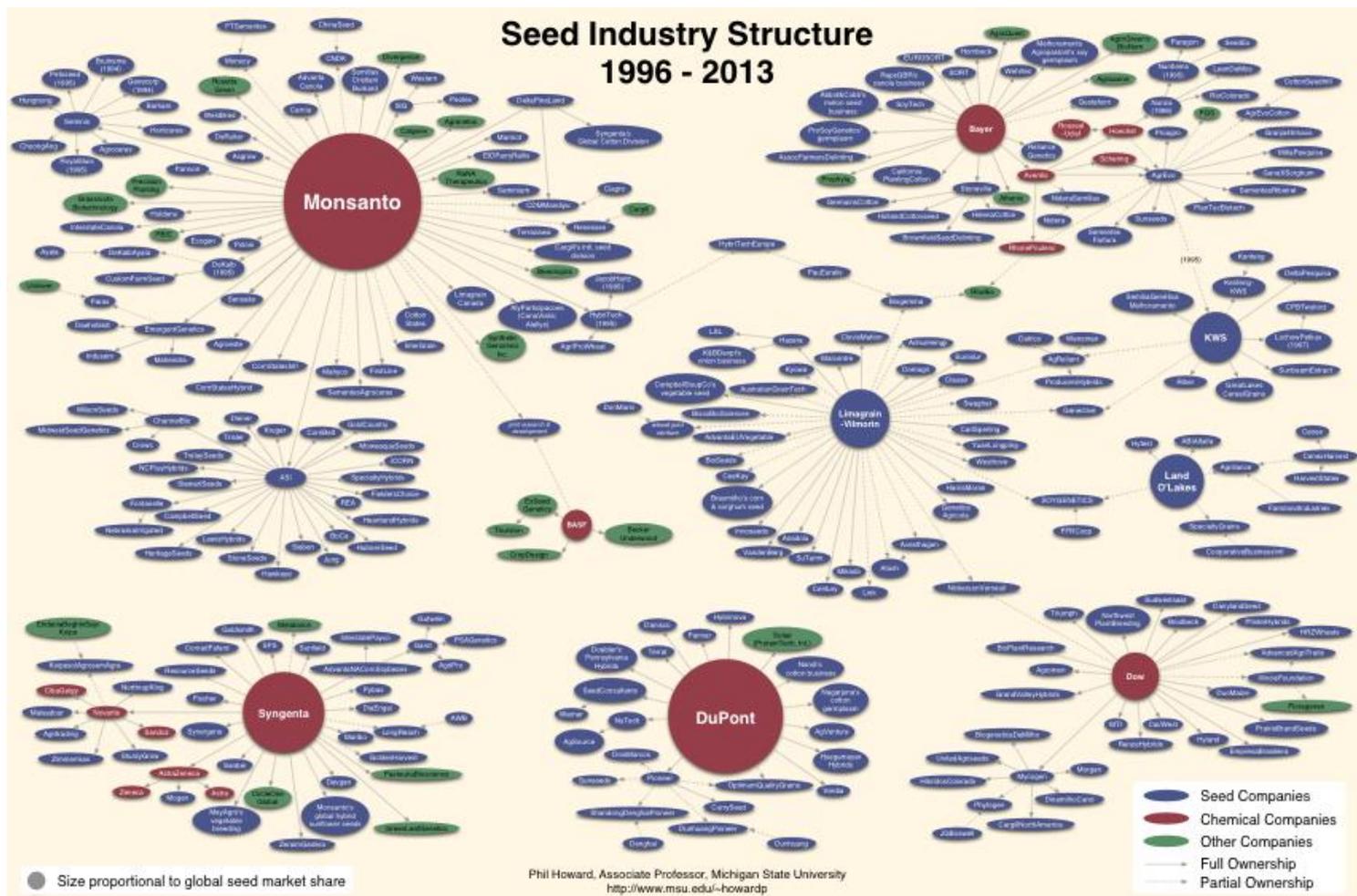
Network Animation of Changes in the Seed Industry, 1996-2008



Fonte: HOWARD, Philip H. **Seed Industry Structure**. Disponível em: <https://www.msu.edu/~howardp/seedindustry.html>.

170. O atual panorama da indústria de biotecnologia mundial pode ser assim esquematizado:

QUADRO VIII – As seis maiores empresas de biotecnologia do mundo

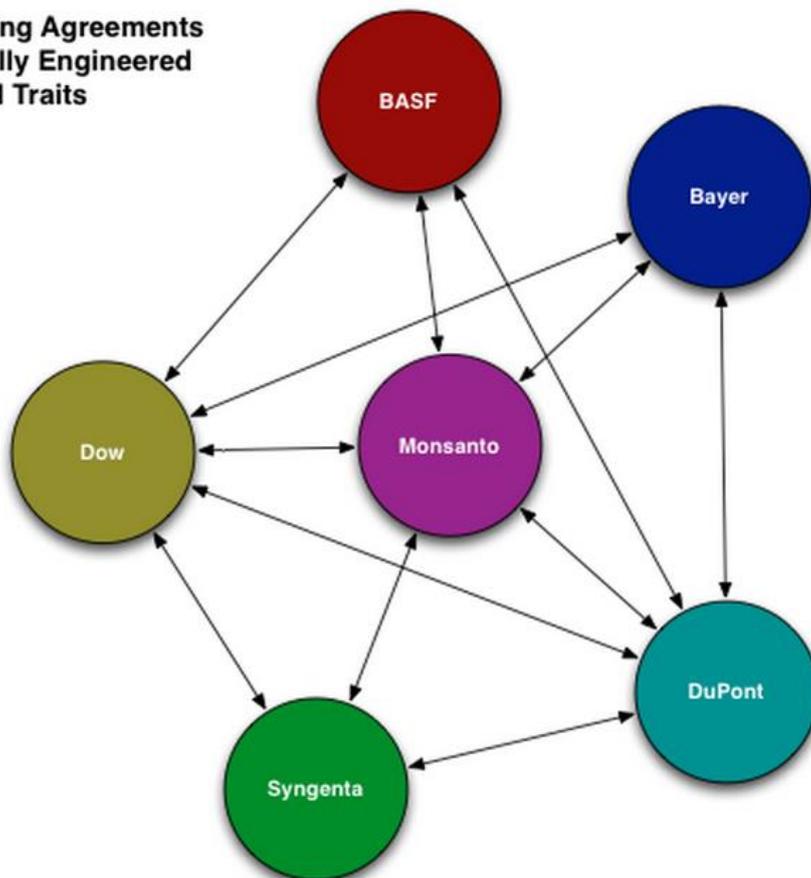


Fonte: HOWARD, Philip H. Seed Industry Structure. Disponível em: <<http://www.msu.edu/~howardp/seedindustry.html>>.

171. Tais empresas passaram a firmar diversos contratos de licenciamento de tecnologia cruzados (*cross-licenses*), como estratégia de entrada e expansão nos diferentes mercados de biotecnologia. Atualmente, o relacionamento contratual entre elas pode ser representado pelo seguinte esquema gráfico:

QUADRO IX – Relação contratual entre as maiores empresas de biotecnologia

Cross-licensing Agreements for Genetically Engineered Seed Traits



Phil Howard, Michigan State University

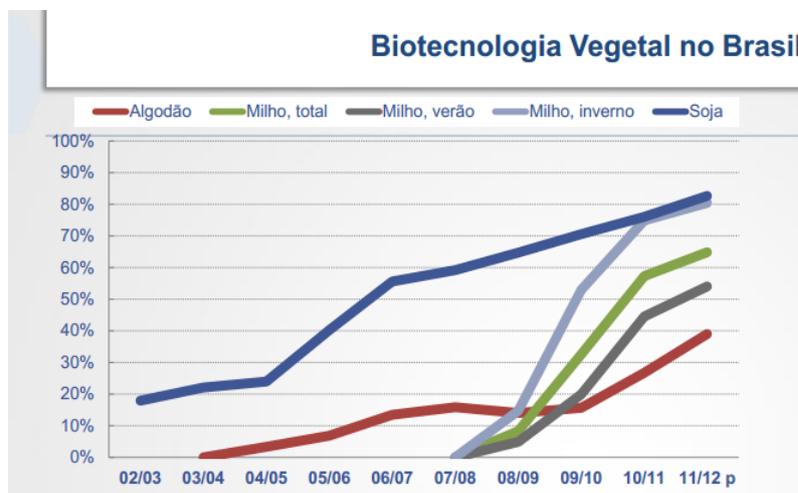
September 2013

Fonte: HOWARD, Philip H. **Seed Industry Structure**. Disponível em: <https://www.msu.edu/~howardp/seedindustry.html>.

172. O desenvolvimento de tecnologias transgênicas constituiu uma das principais linhas de atuação da Monsanto. Dessa forma, com a utilização de inúmeros contratos de licenciamento, a empresa inseriu suas características biotecnológicas entre as tecnologias mais ampla e rapidamente adotadas na história da agricultura. As sementes de soja geneticamente modificadas pela Monsanto alcançaram, em pouco mais de uma década desde sua entrada no mercado, cerca de 90% da produção total no país⁵⁴, como ilustrado pela figura abaixo:

⁵⁴ Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/atividade/comissoes/listaAudiencia.asp?cc=1307>>. Acesso em 20 de setembro de 2013.

QUADRO X – Participação das tecnologias transgênicas da Monsanto na produção total do país



Fonte: MONSANTO. VI Congresso Brasileiro de Soja, Cuiabá, MT, 2012. Disponível em: <http://www.cbsoja.com.br/anais/apresentacao/monsanto.pdf>.

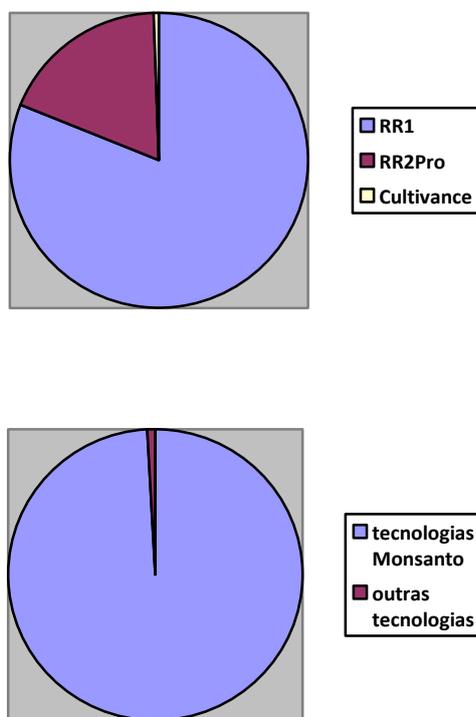
173. Consoante informações extraídas do site do Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento⁵⁵, atualmente estão registradas no Brasil 674 cultivares de soja geneticamente modificadas, dentre as quais 669 utilizam uma das duas tecnologias desenvolvidas pela Monsanto, a RR1 (tolerância ao glifosato – 546 cultivares) ou a Intacta RR2 PRO (tolerância ao glifosato e resistência a lagartas – 123 cultivares).⁵⁶

174. No segmento de soja transgênica, portanto, observa-se uma presença de tecnologia Monsanto em **99,21%** das cultivares registradas, diante de menos de 1% de outros polos econômicos, conforme se verifica graficamente abaixo:

⁵⁵ Disponível em: <http://extranet.agricultura.gov.br/php/snpc/cultivarweb/cultivares_registradas.php>. Acessado em 15 de janeiro de 2014.

⁵⁶ As outras 4 cultivares restantes, foram registradas pela EMBRAPA em 2013 e utilizam a tecnologia Cultivance (CV), que confere tolerância aos herbicidas do grupo químico das imidazolinonas (Soja CV127).

QUADRO XI – Participação de tecnologia Monsanto no mercado de soja transgênica



175. A tecnologia RR1 da Monsanto teve sua patente expirada em 2010. Portanto, não serviria mais, a princípio, ao exercício de poder da Monsanto, vez que não constituir-se-ia como fonte de receitas da empresa (não há mais pagamento de *royalties*) ou poderia ter seu uso monitorado pela Monsanto. A patente sobre uma invenção é, segundo a mais comum das noções, título de propriedade sobre bem intangível e sua expiração representa efetivamente o fim (ou a “morte”) daquele direito, prioritariamente o uso estratégico do “direito de dizer não”; sua utilização, com a expiração, torna-se permitida a todos, concluindo-se o círculo discursivo que vai “do incentivo à produção via proteção” à “liberação do uso do conhecimento para todos”. Pode-se considerar, portanto, que a tecnologia RR1 faz parte do domínio público.

176. No entanto, em se tratando de bens intangíveis diferenciadores, é inegável que o grande sucesso alcançado pela tecnologia RR1 continua a render frutos à Monsanto, seja em reputação (a qualidade da tecnologia na visão dos agricultores é vital nesse mercado), seja em informações acumuladas pelo relacionamento contínuo com os agentes atuantes nos mais diversos elos da cadeia (disponibilidade de capitais e de canais de distribuição). Tanto é

assim que a Tecnologia Intacta, recém-lançada no mercado, já representa **18,24%** dos cultivares registrados.

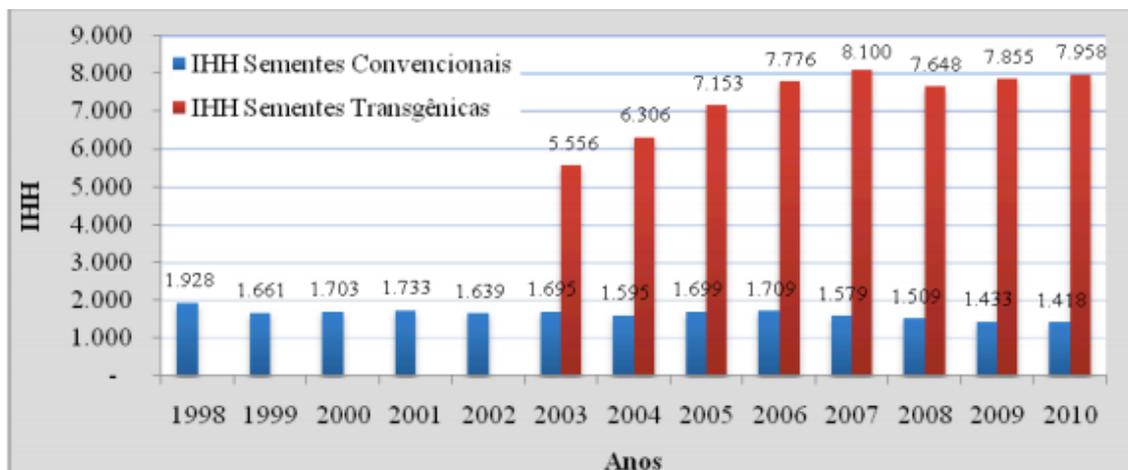
177. Outro aspecto merecedor de atenção diz com as barreiras à entrada, reconhecidamente elevadas nesse mercado. Trata-se de indústria de capital intensivo, por um lado, mas que depende sobremaneira da confiança do agricultor, de outro. Além disso, ainda existem as leis de proteção à propriedade intelectual que, em cenários de grande concentração, podem efetivamente constituir-se como barreiras à entrada. Um desses exemplos, já fortemente mapeados, são os chamados “arbustos de Propriedade Intelectual”, conjuntos de propriedade intelectual adquiridos por um ator que tornam trajetórias tecnocientíficas inteiramente de uma ou mais patentes integrantes de referido conjunto, estabelecendo, na prática, uma espécie de “pedágio” aos interessados em percorrer a trajetória.⁵⁷

178. Tais elementos refletem-se no cálculo do *Herfindahl-Hirschman Index*⁵⁸ do setor de sementes transgênicas, em comparação ao de sementes convencionais:

⁵⁷ Cf., entre tantos outros, *passim*: HOPE, Janet. *Biobazaar – the open source revolution and biotechnology*. USA-UK: Harvard University Press, 2008. OCTAVIANI, Alessandro. *Biotechnology in Brazil: promoting open innovation*, in Lea Shaver (ed.) *Access to knowledge in Brazil: new research on intellectual property, innovation and development*. UK: Bloomsbury, 2010. OCTAVIANI, Alessandro. *Recursos genéticos e desenvolvimento: os desafios furtadiano e gramsciano*. São Paulo: Saraiva, 2013.

⁵⁸ “O Herfindahl-Hirschman Index (HHI) é uma medida de tamanho das empresas em relação à indústria e um indicador do grau de concorrência entre elas. É definido como as somas dos quadrados das participações de mercado das 50 maiores empresas dentro da indústria, em que as participações de mercado são expressas em números de zero a cem. O resultado é proporcional às participações de mercado, média ponderada pela participação de mercado individual de cada firma. Como tal, pode variar de zero a 10.000, movendo-se de um grande número de pequenas empresas muito pequenas para um único produtor monopolista. Os aumentos do HHI geralmente indicam uma diminuição da concorrência e um aumento do poder de mercado, enquanto que diminuições no HHI indicam o oposto. A grande vantagem do HHI é dar mais peso às grandes empresas em uma análise de concentração de mercado. Os critérios adotados pela Comissão Européia para verificar se uma operação gera ou não impactos anticompetitivos são os seguintes: (a) se HHI (pós-operação) < 1000: operação aprovada. Pouco provável que a autoridade identifique preocupações em termos de concorrência de tipo horizontal e estes mercados não justificam, normalmente, uma análise aprofundada; (b) se 1000 < HHI < 2000 e $\Delta\text{HHI} < 250$: operação aprovada. Pouco provável que a autoridade identifique preocupações em termos de concorrência de tipo horizontal; (c) se HHI (pós-operação) > 2000 e $\Delta\text{HHI} < 150$: operação aprovada, exceto quando ocorrer algum dos seguintes fatores ou circunstâncias: (i) uma concentração que envolva um

QUADRO XII - HHI para o segmento de desenvolvimento de sementes convencionais e transgênicas



Fonte: Elaboração própria a partir de dados do Registro Nacional de Cultivares (RNC).

179. Como se observa do quadro acima, a concorrência aumentou nos últimos anos no segmento de **sementes convencionais** e a tendência é que continue elevada. Tal cenário não permite que as desenvolvedoras de semente exerçam poder de monopólio, ou elevem seus preços acima do custo marginal, que é o nível modelizado para o ideal de concorrência perfeita.

180. Diferentemente, o segmento que oferta **sementes transgênicas** está altamente concentrado. Sendo assim, a estratégia da firma dominante tenderá a ser consolidar o seguimento de transgênicos, pois nesse mercado a firma poderá auferir lucros acima dos níveis obtidos em mercado competitivo. A aplicação prática de tal estratégia pode ser vislumbrada em matéria veiculada pelo jornal Valor Econômico:

“Produtores acusam a Monsanto de ‘segurar’ semente convencional

Mais uma disputa entre produtores de soja de Mato Grosso e a multinacional Monsanto está em curso. Desta vez, o centro das discussões é a soja convencional. Produtores da

concorrente potencial que entre no mercado ou um concorrente recente com uma participação de mercado reduzida; (ii) uma ou mais das partes na concentração são inovadoras importantes e este fato não está refletido nas participações de mercado; (iii) existência de participações cruzadas significativas entre os participantes no mercado; (iv) uma das empresas na concentração é uma empresa ‘dissidente’, existindo grandes probabilidades de perturbar o comportamento coordenado; (v) indícios de existência de coordenação passada ou presente ou de práticas que a facilitam; e (vi) uma das partes na concentração possui uma participação de mercado anterior à concentração igual ou superior a 50%.” (Ato de Concentração nº 08012.007847/2010-78).

região norte do Estado, juntamente com a Associação dos Produtores de Semente de Mato Grosso (Aprosmat), alegam que a multinacional está reduzindo a disponibilidade de variedades convencionais. A Monsanto atua na comercialização e produção de sementes de soja com a marca Monsoy. A oferta menor é identificada, segundo os produtores, no momento em que a Monsanto oferece as cultivares aos multiplicadores de sementes. Eles afirmam haver uma gama muito maior de opções geneticamente modificadas. A Aprosmat alega que a Monsanto disponibilizou para seus associados 15% de cultivares convencionais e 85% transgênicas para serem multiplicadas e comercializadas como sementes na safra 2010/11. ‘A proporção era de 50% a 50% há alguns anos. Percebemos que a estratégia deles [Monsanto] é trabalhar exclusivamente com transgênicos’, diz Pierre Marie Jean Patriat, presidente da Aprosmat.”⁵⁹

181. Nesses níveis e, resguardada por barreiras à entrada, a presente concentração possibilita a intervenção da empresa no mercado com vistas a aumentar o preço da semente e, assim, pressionar pelo aumento na cobrança de *royalties*. Nesse sentido, observa-se, pelas disposições do contrato *sub examine* (e outros elementos resultantes da instrução do caso empreendida por meu gabinete), que a empresa desestimula a utilização de sementes com a tecnologia RR1 nos seus contratos de licenciamento.

182. Essa estratégia de substituição de um produto pelo outro parece ter surtido efeito, como se observa pela inversão dos valores gastos com cada uma das tecnologias nos últimos anos, tal como informado pela empresa GDM Genética (melhorista/obtentora de cultivar) em resposta ao Ofício nº 3956/2013/CADE: “[CONFIDENCIAL].”⁶⁰

183. No segmento de soja transgênica no Brasil e no mundo, (i) as trajetórias tecnocientíficas, (ii) o regime jurídico vigente e (iii) o aporte de recursos financeiros apontam para uma trajetória de concentração ascendente, que pode se traduzir em alocação menos eficiente de recursos.

184. Essa preocupação estende-se ao presente caso em razão da detida análise empreendida em relação às cláusulas do contrato de licenciamento de tecnologia firmado entre a Monsanto e a Bayer, pois tal arranjo traz embutido mecanismo de criação,

⁵⁹ Valor Econômico, São Paulo, 15 jul. 2010: *Produtores acusam Monsanto de ‘segurar’ semente convencional*. Disponível em: <<http://www.valor.com.br/arquivo/835861/produtores-acusam-monsanto-de-segurar-semente-convencional>>. Acessado em 05 de janeiro de 2014.

⁶⁰ Fls. 78 do apartado confidencial.

manutenção e expansão de controle da licenciante sobre a licenciada, condicionando a atuação empresarial da segunda no mercado de soja como um todo e extrapolando (ou desnaturando) o caráter de licenciamento de tecnologia do presente instrumento.

185. Antes, porém, de empreender uma análise das consequências concorrenciais da operação em epígrafe, importante que a análise antitruste leva em consideração as peculiaridades próprias à propriedade intelectual.

VII.11 Aspectos da relação entre Direito da Concorrência e Propriedade Intelectual

186. Como apresentado acima, um objeto estratégico de proteção da propriedade intelectual são os ativos intangíveis diferenciadores das empresas, que as diferenciam de seus concorrentes (em sentido amplo, e não apenas em sentido comercial):

“A **exclusividade** que resulta da apropriação privada cria as condições necessárias para a comparação entre ativos intangíveis e os respectivos preços. Ela contribui para a medição mais exata do objeto da propriedade privada. A propriedade intelectual gera este efeito tanto para as patentes, quanto para os desenhos, quanto para a reputação do comerciante, ao assegurar que as forças do mercado atuem livremente e que os concorrentes sejam colocados sob a pressão da concorrência”.⁶¹

187. Assim, enquanto ativo essencial para a atividade produtiva, a propriedade privada sobre a tecnologia – propriedade industrial – pode ser utilizada como ferramenta de obtenção e/ou manutenção de poder econômico. O abuso dos direitos de PI por seus titulares pode ocasionar a mitigação (ou até a completa destruição) da rivalidade existente entre diferentes agentes econômicos, necessária à efetividade operacional da PI e, por isso, observadores mais atentos afirmam que “*a propriedade industrial, se mal usada, pode conter em si o germe da sua própria destruição.*”⁶²

188. Por isso, algumas cartografias conceituais sugerirão acoplar os subsistemas constitucionais de defesa da concorrência e de propriedade intelectual sob a égide da promoção da “concorrência dinâmica”, hermenêutica vocacionada em gerar e disseminar

⁶¹ CARVALHO, op. cit., p. 35.

⁶² CARVALHO, op. cit., p. 60.

produtores de conhecimento inovador. Em países periféricos e semi-periféricos, essa tecnologia de interpretação parece ser particularmente aderente, como no específico caso do Brasil, com sua Constituição dirigente que comanda a construção de um setor intensivo em conhecimento (arts. 3º., 218 e 219) e sua Política de Desenvolvimento da Biotecnologia. Dentre tais contribuições, Ordover conceitua a existência de dois “mercados” diferentes: o mercado *upstream*, composto por ideias, informações e conhecimento, e o mercado *downstream*, representado efetivamente por produtos e serviços. Tais mercados estariam conectados – na argumentação de Ordover – temporal e intertemporalmente, “*no sentido de que eventos econômicos (como a intensidade de competição) que ocorrem no mercado upstream têm um impacto prospectivo na competição e na eficiência alocativa no mercado downstream.*”⁶³ Assim, sugere que a análise dos efeitos dessas práticas e instituições dê-se na forma de uma “regra da razão estruturada”, que analisaria participações de mercado, níveis de concentração e barreiras à entrada nos dois níveis dessa “*cadeia vertical temporal*”. Uma correta análise concorrencial do exercício de direitos de PI levaria em conta as **eficiências** dessa prática, para chegar a um “*custo menor para ‘produzir’ a mesma ‘quantidade’ de conhecimento, novas informações ou ideias*”⁶⁴ Sendo necessário sopesar efeitos pró-competitivos em um mercado com impactos anticompetitivos em outro, Ordover sugere que se dê maior relevância à expansão de produção no primeiro mercado (P&D) do que expansões (ou contrações) de produção no segundo (oferta de bens ou serviços).

189. Em essência, sua abordagem antecipa os seguintes componentes do que denomina “regra da razão estruturada”:

“(i) a delicada e tênue estrutura tanto do mercado *upstream* quanto do *downstream*; (ii) as verdadeiras interpretações legais dadas às leis de patentes, *copyrights* e de marcas: por exemplo, as patentes são interpretadas de forma extensiva ou restritiva?; (iii) a força dos incentivos para a criação de propriedade intelectual e industrial providos por outras

⁶³ ORDOVER, J. A. Economic Foundations and Considerations in Protecting Industrial and Intellectual Property (1984), 53(3) Antitrust Law Journal 503. In: LIANOS & DREYFUSS. New Challenges in the Intersection of Intellectual Property Rights and Competition Law – A View from Europe and the United States. Centre for Law, Economics and Society Working Paper Series 4/2013, 2013, p. 58.

⁶⁴ Ibid.

ferramentas de política social que têm impacto no processo de criação de conhecimento e informação; e (iv) a natureza da atividade de P&D em si.”⁶⁵

190. Por isso essa cartografia fará uso de diversas imagens da “competição dinâmica”, alinhavando que seu fio condutor é a “inovação”:

“(i) a ‘competição schumpeteriana’ não foca no preço e na produção, mas em novos produtos, novas tecnologias, novas fontes de fornecimento, novas formas de organização. Ter poder de mercado é considerado consistente com competição vigorosa; (ii) ‘competição evolucionária’ reconhece que firmas desenvolvem diferentes rotinas para fazer coisas e que o feixe de rotinas que melhor possibilitam às empresas crescer e prosperar é selecionado pelo processo competitivo, que deveria ser deixado operar livremente (sem intervenção); (iii) de uma ‘perspectiva austríaca’, a informação sobre métodos de produção e desejos dos consumidores é incompleta. Portanto, competição é um processo pelo qual firmas descobrem novos recursos e melhores meios de satisfazer consumidores; (iv) uma abordagem de ‘*path dependence*’ focaria em efeitos de rede e retorno em crescimento, reconhecendo o fato de que consumidores podem ser confinados a opções tecnologicamente inferiores e que a competição geralmente tem a forma de “*winner takes it all*”; e, finalmente, (v) uma ‘perspectiva baseada em recursos’ vai enfatizar competências em transformar recursos em produções valiosas, e, portanto, aumentar a lucratividade. Uma característica comum dessas diferentes teorias de “competição dinâmica” é que elas focam em inovação como um componente chave do processo competitivo.”⁶⁶

191. Nesses contextos, são necessárias análises pormenorizadas dos diferentes setores da indústria, seus respectivos processos competitivos dinâmicos e a forma como tais processos se estruturam ao longo da referida “cadeia vertical temporal”, que permitem encaixar adequadamente uma específica manifestação contratual, tomando-a de maneira menos alienada, como parte de uma totalidade ordenada, e não manifestação particularizada e arbitrária em um mundo sem hierarquia, poderes ou derivações do passado.

⁶⁵ Ibid.

⁶⁶ Jerry Ellig and Daniel Lin, ‘A Taxonomy of Dynamic Competition Theories’ in Jerry Ellig (ed), *Dynamic Competition and Public Policy – Technology, Innovation and Antitrust Issues* (Cambridge University Press 2011) 16-44. In: LIANOS & DREYFUSS. *New Challenges in the Intersection of Intellectual Property Rights and Competition Law – A View from Europe and the United States*. Centre for Law, Economics and Society Working Paper Series 4/2013, 2013, p. 64.

192. No ato de concentração em epígrafe, a análise pormenorizada do mercado em questão permite-nos vislumbrar diversos efeitos gerados pelo licenciamento da tecnologia Intacta RR2 PRO à Bayer: (i) facilitação do acesso dessa tecnologia aos consumidores finais, aumentando o número de players no mercado no elo a jusante (obtenção de cultivares) e (ii) o lançamento de novos produtos no mercado: novas cultivares, contendo a tecnologia da Monsanto combinada com as características genéticas armazenadas no germoplasma da Bayer, resultando em novos tipos de sementes de soja transgênica.

193. Uma análise detida do contrato, com os pressupostos acima detalhados, revelará diversos de seus aspectos concorrencialmente negativos.

VII.12 Efeitos concorrenciais nocivos do contrato e remédios antitruste

194. Como ressaltado anteriormente, diversas cláusulas conferem à Monsanto a possibilidade de exercer efetivo controle sobre a Bayer em sua atuação no mercado de soja. Dentre elas, algumas dessas cláusulas extrapolam por completo o escopo aparente do instrumento de licenciamento.

195. Um exemplo é o instituto do “Compartilhamento de Valor”, cuja base de cálculo foi fixada no “Mix de Portfólio” da licenciada:

Valor	Mix de Portfólio
Ação	
10%	[CONFIDENCIAL]
15%	[CONFIDENCIAL]

“Mix de Portfólio = A/B, onde

A = [CONFIDENCIAL]

B = [CONFIDENCIAL].”

196. A utilização do mix de portfólio da Bayer como base de cálculo para o compartilhamento de valor, indelévelmente eleva as barreiras à entrada para outras

empresas, que por ventura possuíssem tecnologia transgênica concorrente (ainda que imperfeitamente) com a da Monsanto e que quisessem estabelecer contrato de licenciamento com a Bayer a fim de obter acesso ao seu germoplasma. Desta forma, apesar de não significar diretamente uma exclusividade, é clara forma de elevação das barreiras à entrada e consequente fechamento de mercado, vez que, para concorrer com a Monsanto, a empresa concorrente teria que “cobrir” os incentivos oferecidos pela rival.

197. Aliás, como se viu, a própria Bayer possui tecnologia transgênica para soja (tecnologia Liberty Link) já patenteada e aprovada pelos órgãos regulatórios, mas ainda não lançada comercialmente no Brasil. Com a presente base de cálculo do compartilhamento de valor, pode-se razoavelmente concluir como mitigado ou diminuído o estímulo comercial da Bayer no lançamento dessa tecnologia no mercado brasileiro, o que prejudica a concorrência no setor.

198. A forma de calcular o ‘compartilhamento de valor’ prevista no contrato extrapola o escopo do negócio jurídico e têm por efeito a elevação das barreiras à entrada de novos concorrentes.

199. A mesma base de cálculo é ainda utilizada para o mecanismo de “Incentivo Aumentado”, previsto na cláusula 4.5.1:

“4.5 Incentivo Aumentado

4.5.1 [CONFIDENCIAL].

Compartilhamento de Valor	Mix de Portfólio
5% adicionais	[CONFIDENCIAL]

200. Novamente temos a estipulação de uma compensação financeira vinculada à produção global da licenciada naquele mercado.

201. No caso específico do “Incentivo Aumentado”, há ainda a condição de que a Bayer assine contrato de licenciamento com a Monsanto referente a determinado produto de soja ([CONFIDENCIAL]), para que possa habilitar-se ao recebimento desse incentivo. Tal produto relaciona-se com característica transgênica da Monsanto de resistência a herbicidas, descrita como de “2ª geração” pelo contrato ([CONFIDENCIAL]). Portanto, há inequívoco estímulo para que a Bayer dê continuidade em sua relação comercial com a Monsanto,

inclusive no tocante a tecnologias ainda nem disponibilizadas no mercado. Tal disposição eleva, por consequência, as barreiras à entrada para novas tecnologias transgênicas para soja.

202. Os efeitos anticompetitivos desse tipo de cláusula já foram enfrentados por esse Tribunal quando do julgamento conjunto dos Atos de Concentração nº 08012.002870/2012-38, nº 08012.006706/2012-08, nº 08012.003898/2012-34 e nº 08012.003937/2012-01, julgados na 27ª sessão ordinária de julgamento desse Conselho e referentes a quatro contratos de licenciamento da tecnologia Intacta RR2 PRO pela Monsanto às empresas Syngenta, Nidera, Cooperativa Central de Pesquisa Agrícola e Don Mario, dos quais três apresentavam cláusulas de “compartilhamento de valor” semelhantes a do presente contrato.

203. Naquela ocasião, o Tribunal acompanhou o voto-vista do i. Conselheiro Eduardo Pontual, cuja análise apontou efeitos deletérios decorrentes do compartilhamento de valor quando baseado no mix de portfólio da licenciada⁶⁷:

Mix de Portfólio da Licenciada	Percentual para cálculo de Remuneração
0% a 20%	7%
20,1% a 50%	13%
50,1% a 80%	20%
80,1% a 100%	7%

“Digamos que a Licenciada tivesse uma capacidade produtiva de 100 mil unidades de sementes, e que 70% fossem Intacta, percebendo uma remuneração de 20% sobre as unidades vendidas. Se a concorrente da Monsanto oferece nova tecnologia para a Licenciada, ela poderia reduzir a produção da Intacta, substituindo-a pela concorrente, ou, ainda expandir sua capacidade produtiva para atender à concorrente, mantendo a quantidade produzida com Intacta constante.

No segundo caso, se a licenciada quisesse aceitar expandir sua produção para a concorrente de modo relevante, ela cairia para a faixa de remuneração da Monsanto de 13%, de forma que o negócio só seria economicamente interessante para ela se o entrante pagasse essa redução do seu lucro. (...) A perda existe pela decisão de atender concorrente da Monsanto sem expandir, proporcionalmente, a produção Intacta. **Fica clara a interferência da Monsanto nos negócios da multiplicadora ou obtentora com concorrentes.**

⁶⁷ O voto-vista do Conselheiro Pontual utilizou valores fictícios para explicar a racionalidade da cláusula aos administrados em razão da confidencialidade dos contratos.

Essa cláusula não significa uma exclusividade, mas **representa forma de a Monsanto elevar as barreiras à entrada em um mercado de empresas de semente com cultivares próprios que já possui barreiras elevadas**. Uma empresa que detiver a patente de um produto concorrente da soja Intacta terá de pagar um prêmio para os obtentores já comprometidos em suas variedades com a Monsanto, pois quando da multiplicação cada unidade não Monsanto produzida traz o potencial de um duplo prejuízo: a perda do incentivo daquela unidade (perda esta usual, por escolha individual da licenciada) e a redução na remuneração de *toda* a produção licenciada de Intacta, se mudar o patamar no mix de portfólio. (...)

De novo, não se questiona aqui a transferência de recursos, mas sim a forma como estava prevista no contrato. **Trata-se, pois, do pagamento de um prêmio para reduzir o interesse das Licenciadas em desenvolver tecnologia concorrente, ou mesmo para produzir para concorrentes**.

Descarta-se a hipótese de que, caso o CADE proibisse essa cláusula tal como ela se encontra, a Monsanto iria reduzir a possibilidade de investimento de P&D pelas Licenciadas.”

204. Portanto, concludo que as referidas cláusulas, tal como redigidas, não obrigam a exclusividade, mas induzem-na (ou, melhor dizendo, a “aconselham com veemência”), incrementando os custos de troca da tecnologia Intacta por outras tecnologias eventualmente disponíveis para a Bayer e, conseqüentemente, elevando as barreiras à entrada de novos concorrentes no mercado de tecnologias transgênicas para soja, de forma que os prejuízos à concorrência superam em muito as eficiências produzidas pela instituição do compartilhamento de valor e de incentivos entre licenciantes e licenciadas nesse mercado.

205. Aqui, ter-se-ia a consagração de um modelo “desindutor” da inovação e da concorrência, justamente o inverso da melhor hermenêutica para as relações entre direito da concorrência e direito da propriedade industrial, ainda mais sob a égide da Constituição de 1988, propaladora de uma Ordem Econômica vertida à “produção de produtores de conhecimento”.

206. Com relação ao mecanismo de “*Royalty Mínimo*” previsto no contrato, temos uma racionalidade similar:

“4.4.3 [CONFIDENCIAL]”

207. Ao vincular a produção da Bayer nos acres de variedades de soja com resistência ao glifosato, a previsão de “*Royalty Mínimo*” eleva os custos de troca de tecnologia da licenciada por outra tecnologia, que também apresente a característica de resistência ao glifosato.

208. Como esclarecido anteriormente, a única outra tecnologia transgênica para soja atualmente disponível no mercado tem como característica justamente a resistência ao glifosato: a tecnologia RR1, cuja patente (detida pela Monsanto) expirou em 2010. Além disso, não se exclui a possibilidade do surgimento de outras tecnologias que também tenham como característica a resistência ao glifosato.

209. Logo, a fixação da base de cálculo nos acres de variedades resistentes ao glifosato torna extremamente custosa à Bayer a eventual decisão de se utilizar de outra tecnologia, dificultando a troca de tecnologia pela Bayer e aumentando de forma desarrazoada as barreiras à entrada nesse mercado. Por essa razão, também considero que os prejuízos à concorrência superam em muito quaisquer possíveis eficiências resultantes dessa cláusula.

210. Como ressaltado anteriormente, essa estrutura de poder criada pelo contrato em análise é aparelhada por mecanismos de acesso a informações comerciais da licenciada. Também temos aqui disposições contratuais que extrapolam o escopo razoável de qualquer contrato que se pretenda instrumento de “licenciamento de tecnologia”. Existe, inclusive, previsão de acesso a informações relativas à produção global de soja da Bayer:

“4.10.1 [CONFIDENCIAL].”

211. Não pode subsistir o acesso às informações previstas na cláusula 4.10.1 do contrato, referentes a todas as unidades de semente certificadas⁶⁸ vendidas/plantadas na colheita anterior pela licenciada, por resultar em claros efeitos concorrenciais danosos: o controle de toda a atividade empresarial da Bayer no mercado de soja pela Monsanto.

⁶⁸ O contrato define Sementes Certificadas como [CONFIDENCIAL]. Em outras palavras, trata-se de todas as sementes resultantes de cultivares obtidos pela Bayer, dentre as quais se incluem as sementes de Soja Intacta RR2 PRO.

212. Como se observa, essas cláusulas (i) extrapolam o escopo do negócio jurídico do contrato, (ii) resultando em inequívocos efeitos anticompetitivos, (iii) não comportando eficiências suficientes para afastar as preocupações concorrenciais ora descritas.

213. Ressalto, ainda, que tal conclusão parece indicar que tais cláusulas, por imporem restrições que extrapolam o âmbito do negócio jurídico de licenciamento da tecnologia Intacta, teriam como seu próprio e explícito **objeto** a restrição à concorrência, sendo, portanto, intrinsecamente ilícitas. O tratamento de cláusulas contratuais como ilícitas pelo seu próprio objeto em sede de controle de estruturas não é, por óbvio, novidadeiro na jurisprudência desse Conselho, a exemplo do entendimento dado a cláusulas de não-concorrência que extrapolam as dimensões do mercado relevante da operação.⁶⁹

214. Outro ponto sensível na análise dos impactos concorrenciais do presente contrato é o mecanismo de cobrança de royalties estruturado pela Monsanto, o chamado “Sistema de Soja Comercial”.

215. Conforme explicado anteriormente, a existência de um sistema de cobrança de *royalties* efetivo é condição fundamental para a atuação de empresas desenvolvedoras de tecnologia no Brasil e, inclusive, para o desenvolvimento de um mercado de biotecnologia nacional.

216. No caso específico da soja, deve-se ter em mente o sistema criado pela Monsanto em meados da década passada, conhecido como Sistema POD (“*Point of delivery*”), por meio do qual a empresa mapeou e estabeleceu relacionamento comercial com as empresas e cooperativas compradoras de soja no Brasil (os agentes que atuam depois da utilização da semente pelo agricultor), como forma de cobrar o *royalty* no momento da venda do grão de soja, contornando, assim, tanto o problema da pirataria quanto as práticas de reserva⁷⁰ e de

⁶⁹ Esse é, pelo menos, o quarto contrato analisado por esse Conselho nos últimos 12 meses envolvendo o licenciamento de biotecnologia em que cláusulas estão presentes e nos quais o CADE identificou efeitos concorrenciais prejudiciais. Quanto o presente caso, a assunção de cláusulas que imponham restrições à atuação da licenciada para além do negócio jurídico principal como ilícitas pelo objeto não significaria a proibição absoluta de disposições acessórias ao licenciamento de tecnologia. Significa, apenas, que tais disposições restritivas seriam presumidas como anticompetitivas.

⁷⁰ Como esclarecido, o direito de reservar sementes para uso futuro próprio resulta da imunidade que a “Lei de Proteção aos Cultivares” conferiu ao agricultor quanto aos direitos de propriedade intelectual do melhorista:

troca de sementes entre os sojicultores. Dessa forma, o *royalty* poderia ser pago pelo sojicultor em dois momentos distintos: o sojicultor pagava já na aquisição da semente, caso a adquirisse de algum dos pontos de distribuição “formais”, ou pagava o *royalty* após a colheita, no momento em que vendesse o produto final (grão de soja), independentemente da procedência da semente (desde que contivesse a tecnologia da Monsanto).

217. A instituição do “Sistema de Soja Comercial” serve como um mecanismo de fiscalização e controle da cadeia produtiva da Soja Intacta, mapeando e estabelecendo o relacionamento comercial com os agentes que atuam antes da utilização da semente pelo agricultor. Assim, serão cadastrados no sistema todos os agentes que vierem a atuar na cadeia produtiva da semente de Soja Intacta, tal como disposto no contrato:

“Anexo D

Vendas Diretas a Sojicultores

1. [CONFIDENCIAL].

3.2.4 [CONFIDENCIAL] (...).

3.2.5 [CONFIDENCIAL] (...).”

218. Como se pode observar, o “Sistema de Soja Comercial” nada mais é do que um sistema de obtenção e gerenciamento de informações comerciais da cadeia produtiva de soja transgênica.

219. Tal como observado acima, o acesso da Monsanto a informações comerciais da Bayer que não tenham relação direta com a produção e/ou comercialização de Soja Intacta permite o controle da primeira sobre a atuação empresarial global da segunda, no mercado de soja, elevando de maneira indubitável as barreiras à entrada no referido mercado. Portanto, para que se garanta a independência da atividade comercial da Bayer no mercado de soja, é importante que o acesso a suas informações sensíveis não vá além do necessário

“Art. 10. Não fere o direito de propriedade sobre a cultivar protegida aquele que:

I - reserva e planta sementes para uso próprio, em seu estabelecimento ou em estabelecimento de terceiros cuja posse detenha; (...).”

para a manutenção do empreendimento comum de produção e comercialização de Soja Intacta.

220. Não se questiona que a efetividade na cobrança de royalties seja condição basilar para a atuação de desenvolvedores de biotecnologia no mercado brasileiro. No entanto, o acesso da Monsanto a algumas das informações contidas no “Sistema de Soja Comercial” em particular potencializa seu controle sobre a licenciada e aumenta de forma desarrazoada o poder de mercado já detido pela empresa, por conta de sua expressiva participação no mercado de tecnologias transgênicas para soja. Tais preocupações ganham, ainda, mais relevo pela integração vertical existente no setor (conforme descrito, a Monsanto atua no elo a jusante da cadeia produtiva de soja por meio de sua subsidiária integral Monsoy).

221. Tal conclusão é reforçada pelas próprias disposições contratuais:

“3.1 [CONFIDENCIAL] (...)

3.2.4 [CONFIDENCIAL] (...).”

222. Além disso, uma vez comprovado o papel central detido pela cobrança de royalties nesse mercado (e a depender do relacionamento estabelecido pela Monsanto com produtores, cooperativas, multiplicadores, distribuidores e comerciantes por meio dos respectivos contratos de licenciamento), o sistema de cobrança de royalties estabelecido pela Monsanto no presente contrato (“Sistema de Soja Comercial”) pode constituir meio essencial para recebimento de royalties nesse mercado.

223. Portanto, dois seriam os remédios concorrenciais possíveis: (i) Monsanto disponibilizar as informações contidas no seu “Sistema de Soja Comercial” a eventuais concorrentes; ou então (ii) a Monsanto deixar de ter acesso às informações ali contidas.

224. Caso se adotasse a primeira opção, a Monsanto garantiria que quaisquer empresas que quisessem ofertar tecnologia transgênica para soja no Brasil teriam acesso às informações contidas no Sistema de Soja Comercial. Nesse caso, a Monsanto estaria, a rigor, tornando públicas todas as informações do setor. Tal hipótese, no entanto, poderia elevar sobremaneira a possibilidade de colusão no mercado, ao diminuir os custos de monitoramento entre os (hipotéticos) concorrentes.

225. Adotada a segunda opção, no entanto, a utilização do “Sistema de Soja Comercial” permaneceria como exclusivo à Monsanto. No entanto, o acesso às informações ser-lhe-ia vedado, devendo atribuir a terceiro desinteressado (auditor independente, p. ex.) a operação do sistema. Assim, a Monsanto apenas receberia informações sobre as inadimplências, para que tomasse as medidas cabíveis. O efeito prático dessa opção seria que as informações prestadas permaneceriam restritas a quem as prestou (*in casu*, à própria Bayer), restando eliminado o risco de que a Monsanto tivesse acesso ilimitado a informações concorrencialmente sensíveis de toda a cadeia produtiva de soja transgênica.

226. O mecanismo que atribui a análise de determinadas informações a um terceiro desinteressado é, inclusive, adotado pelo próprio contrato em análise, em disposições relativas à “Auditoria” e aos “Programas de Gestão Responsável Relacionados a Características Transgênicas”:

“3.7.2 [CONFIDENCIAL].

CLÁUSULA 5 AUDITORIA (...)

5.2 [CONFIDENCIAL]. (...)

5.6 [CONFIDENCIAL].”

227. Entendo, portanto, que o remédio antitruste mais apropriado para o problema do acesso a informações e para a concentração de controle representado pelo “Sistema de Soja Comercial” é a vedação do acesso da Monsanto às informações ali contidas (a segunda opção relatada). Para tanto, a solução que ao momento parece-me mais adequada é a atribuição da administração do “Sistema de Soja Comercial” a um terceiro desinteressado. No entanto, isso não impede que as requerentes apresentem proposta diversa, desde que efetivamente neutralizem as preocupações concorrenciais aqui descritas e, portanto, vedem o acesso da Monsanto às informações do “Sistema de Soja Comercial”. Tal proposta de solução deverá ser analisada e aceita pelo Conselho, sob pena de descumprimento da obrigação ora estipulada.

228. Entendo, ainda, que a **cláusula 3.2.4** do contrato – que permite o acesso da Monsanto a informações sobre os agentes atuantes em outros elos da cadeia produtiva de

soja com os quais a Bayer se relaciona ou venha a se relacionar – deve ser reformulada de forma a se adequar às preocupações ora expostas. A dicção da cláusula⁷¹ não deixa claro se (i) a Monsanto terá acesso às referidas informações apenas daqueles produtores, cooperativas, multiplicadores, distribuidores e comerciantes que estejam envolvidos especificamente na cadeia produtiva de Soja Intacta, ou (ii) se terá acesso às informações de todos os produtores, cooperativas, multiplicadores, distribuidores e comerciantes com os quais a Bayer se relacionar na cadeia de soja em geral, para que, ao oferecer-lhes contrato de licenciamento, passem a integrar a cadeia produtiva de Soja Intacta. O uso da expressão “*em potencial*” (“*produtores, cooperativas, multiplicadores, distribuidores e comerciantes em potencial*”) reforça a segunda impressão.

229. Na primeira hipótese (acesso da Monsanto a informações restritas aos agentes que atuam na cadeia produtiva de Soja Intacta), aplicar-se-iam as mesmas preocupações esboçadas quanto às informações constantes no Sistema de Soja Comercial: o acesso a tais informações potencializa o controle sobre a licenciada e aumenta o poder de mercado já detido pela empresa no seguimento de soja transgênica. Portanto, entendo aplicável o mesmo remédio antitruste: a vedação do acesso da Monsanto a essas informações. Nesse tocante, a solução mais adequada é a substituição da obrigação de prestação daquelas informações à Monsanto pela obrigação de incluir tais obrigações no “Sistema de Soja Comercial”, quando já sob a administração de auditor independente. No entanto, as requerentes não ficam impedidas de propor solução diversa (a ser analisada e aceita por esse Conselho), desde que efetivamente neutralize as preocupações concorrenciais relatadas.

230. No entanto, caso estejamos diante da segunda hipótese (acesso da Monsanto a informações sobre todos os aos agentes que atuam na cadeia produtiva de soja em geral que se relacionam com a Bayer), estaríamos diante de cláusula absolutamente anticompetitiva, em seu objeto e nos seus (inafastáveis) efeitos. O acesso a essas informações não apenas transborda o objeto do negócio jurídico principal, como o desnatura por completo, permitindo o controle sobre a atividade global da licenciada no mercado de soja e representando o abuso de posição dominante da Monsanto nesse mercado. Nesse caso, o único remédio antitruste possível é a exclusão da referida cláusula do contrato.

⁷¹ “3.2.4 [CONFIDENCIAL] (...)”

231. Com vistas a adotar a decisão menos gravosa às requerentes, determino a mudança na redação da cláusula, de forma a explicitar que as informações de que trata serão relativas aos agentes com os quais a Bayer se relacione exclusivamente na cadeia produtiva de Soja Intacta. Além disso, cumpre às requerentes solucionar o problema do acesso da Monsanto a essas informações, em consonância com o quanto estabelecido em relação ao “Sistema de Soja Comercial”.

232. Por último, chamo a atenção para o disposto na **cláusula 2.11.1** do contrato, que disciplina sobre a possível aquisição, pela Bayer, de empresas atuantes no mercado de soja:

“2.11.1. [CONFIDENCIAL]:

(i) [CONFIDENCIAL]. (...)

(vii[CONFIDENCIAL]”

233. A imposição de qualquer direito de preferência ou recusa para a Monsanto, em relação a eventuais empresas-alvo, tecnologias-alvo ou negócios-alvo de qualquer espécie da Bayer é inaceitável, pois resultaria em controle da Monsanto sobre sua atuação empresarial, com a possibilidade de efetivamente barrar sua expansão no mercado *downstream* de obtenção de cultivares (no qual a Bayer é concorrente direta da Monsoy, subsidiária da Monsanto) e, até mesmo, minar sua possível entrada no mercado *upstream* (conforme ressaltado, a Bayer possui tecnologia transgênica de soja já aprovada e patenteada – a Liberty Link). Aqui, ocorre a consagração de controle empresarial *ab extra*, com fundamento no fornecimento de tecnologia, com nefandos efeitos anti-concorrenciais. Não vislumbro qualquer eficiência gerada por essa cláusula que possa compensar o enorme risco concorrencial criado.

234. Considerando que o não exercício desse “direito de preferência ou recusa” operaria apenas contra as empresas listadas no **Anexo J** do presente contrato [CONFIDENCIAL], decido pela exclusão do referido anexo como forma de solucionar o problema concorrencial apontado.

235. Como visto, inexistem, no presente caso, cláusulas de exclusividade expressas, já rechaçadas por esse Conselho em situações pretéritas⁷². No entanto, diversas estipulações contratuais efetivamente aumentam os custos de utilização, pela licenciada, de tecnologias transgênicas concorrentes com as da Monsanto e elevam, por consequência, as barreiras à entrada nesse mercado. Apesar de não exigirem-na, tais cláusulas induzem, de maneira intensa e pervasiva, a produção exclusiva de Soja Intacta pela Bayer.

236. Além disso, em razão da integração vertical verificada na atuação da Monsanto, nos elos a montante e a jusante da cadeia produtiva de soja transgênica, e devido ao fato de apenas outra tecnologia (Tecnologia RR1) estar disponível no mercado de soja transgênica atualmente, entendo que as referidas obrigações contratuais têm suas implicações concorrenciais reforçadas diante do poder de mercado da Monsanto.

237. Nesse sentido, vale destacar a posição da autoridade concorrencial norte-americana, contida no “*Antitrust Guidelines for the Licensing of Intellectual Property*” (DOJ/FTC):

“Uma licença que explicitamente não requer exclusividade pode ter o efeito de exclusividade, se for estruturada para aumentar de modo significativo o custo do licenciado quando do uso de tecnologias competidoras.”⁷³

238. Pelo exposto, faz-se necessária a implementação das referidas restrições. Além disso, devem ser excluídas do contrato quaisquer outras cláusulas que confirmam à Monsanto o exercício de influência externa sobre a Bayer.

VIII. CONCLUSÃO

239. Pelo acima exposto, voto pela aprovação do Ato de Concentração, condicionada às seguintes restrições:

⁷² Ato de Concentração nº 08012.003711/2000-17, envolvendo Coodetec, julgado em 15/03/2006; Ato de Concentração nº 08012.003997/2003-83, envolvendo Fundação Mato Grosso Unisoja, julgado na mesma data; e Ato de Concentração nº 08012.000311/2007-26, envolvendo a Syngenta, julgado em 25/07/2007.

⁷³ U.S. DEP’T OF JUSTICE & FED. TRADE COMM’. *Antitrust Enforcement And Intellectual Property Rights: Promoting Innovation And Competition* (1995), p. 19.

CLÁUSULA DO CONTRATO	REMÉDIO ANTITRUSTE								
<p>4.3 Compartilhamento de Valor sobre Semente Certificada. [CONFIDENCIAL]:</p> <table border="1" data-bbox="381 566 849 893"> <thead> <tr> <th>Valor</th> <th>Mix de Portfólio</th> </tr> </thead> <tbody> <tr> <td>Ação</td> <td></td> </tr> <tr> <td>10%</td> <td>[CONFIDENCIAL]</td> </tr> <tr> <td>15%</td> <td>[CONFIDENCIAL]</td> </tr> </tbody> </table> <p>4.3.1 Mix de Portfólio = A/B, onde A = [CONFIDENCIAL], B = [CONFIDENCIAL].</p>	Valor	Mix de Portfólio	Ação		10%	[CONFIDENCIAL]	15%	[CONFIDENCIAL]	<p>Retirada da referência ao “Mix de Portfólio da Licenciada” da cláusula e adoção de uma base de cálculo para o “Compartilhamento de Valor” que não faça qualquer referência ao portfólio ou à produção total da Bayer no mercado de soja.</p>
Valor	Mix de Portfólio								
Ação									
10%	[CONFIDENCIAL]								
15%	[CONFIDENCIAL]								
<p>4.5 Incentivo Aumentado</p> <p>4.5.1 [CONFIDENCIAL].</p> <table border="1" data-bbox="181 1464 1048 1590"> <thead> <tr> <th>Compartilhamento de Valor</th> <th>Mix de Portfólio</th> </tr> </thead> <tbody> <tr> <td>5% adicionais</td> <td>[CONFIDENCIAL]</td> </tr> </tbody> </table>	Compartilhamento de Valor	Mix de Portfólio	5% adicionais	[CONFIDENCIAL]	<p>Retirada da referência ao “Mix de Portfólio da Licenciada” da cláusula e adoção de uma base de cálculo para o “Incentivo Aumentado” que não faça qualquer referência ao portfólio ou à produção total da Bayer no mercado de soja. Além disso, retirada da necessidade de contratar o produto de soja da Monsanto.</p>				
Compartilhamento de Valor	Mix de Portfólio								
5% adicionais	[CONFIDENCIAL]								
<p>4.4.3 O mecanismo para o <i>royalty</i> mínimo será: [CONFIDENCIAL]</p>	<p>Retirada da referência à utilização de tecnologias resistentes ao glifosato da cláusula e adoção de uma</p>								

	base de cálculo para o “Royalty Mínimo” que não faça qualquer referência a outras tecnologias transgênicas de soja ou à produção global da Bayer no mercado de soja.
4.10.1 [CONFIDENCIAL].	Exclusão da expressão [CONFIDENCIAL] da cláusula.
Anexo D Vendas Diretas a Sojicultores 1. [CONFIDENCIAL] (...) 3.2.4 [CONFIDENCIAL] (...). 3.2.5 [CONFIDENCIAL] (...).”	(i) Vedação do acesso da Monsanto às informações contidas no “Sistema de Soja Comercial”, devendo sua administração ser atribuída a um terceiro desinteressado/independente, com a garantia de que não exercerá qualquer tipo de influência sobre esse novo administrador do “Sistema de Soja Comercial”. Alternativamente, (ii) reestruturar o Sistema de Soja Comercial”, de forma a neutralizar as preocupações concorrenciais expostas no voto.
3.2.4 [CONFIDENCIAL].	(i) Substituição da obrigação de prestação dessas informações à Monsanto pela obrigação de incluir tais

	<p>obrigações no “Sistema de Soja Comercial”, quando já sob a administração de um auditor independente.</p> <p>Alternativamente, (ii) adoção de outro mecanismo que solucione o problema do acesso a essas informações.</p>
<p>“2.11.1. [CONFIDENCIAL]:</p> <p>(i) [CONFIDENCIAL] (...)</p> <p>(vii) [CONFIDENCIAL].”</p>	<p>Exclusão do Anexo J do contrato.</p>

240. Concluo, pois, com a restrição de que nenhuma cláusula que possibilite o exercício de influência externa da Monsanto sobre a Bayer permaneça no contrato.

É o voto, que ofereço à apreciação do Tribunal do Conselho Administrativo de Defesa Econômica.

Brasília, 22 de janeiro de 2014.

ALESSANDRO OCTAVIANI LUIS

Conselheiro-Relator