Contrato de licenciamento comercial para sementes de soja (Cade)

Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade)

Ato de Concentração nº 08012.002870/2012-38
Requerentes: Monsanto do Brasil Ltda. e Syngenta Proteção de Cultivos Ltda.
Advogados: José Inácio Gonzaga Franceschini, Cristhiane Helena Lopes Ferrero, Ludmylla Scalia Lima e outros.
Conselheiro Relator: Marcos Paulo Veríssimo
Ato de Concentração nº 08012.006706/2012 -08
Requerentes: Monsanto do Brasil Ltda. e Nidera Sementes Ltda.
Advogados: José Inácio Gonzaga Franceschini, Cristhiane Helena Lopes Ferrero, Ludmylla Scalia Lima e outros.
Conselheiro Relator: Alessandro Octaviani
Ato de Concentração nº 08012.003898/2012-34
Requerentes: Monsanto do Brasil Ltda. e Cooperativa Central de Pesquisa Agrícola
Advogados: José Inácio Gonzaga Franceschini, Cristhiane Helena Lopes Ferrero, Ludmylla Scalia Lima e outros.
Conselheiro Relator: Alessandro Octaviani
Ato de Concentração nº 08012.003937/2012-01
Requerentes: Monsanto do Brasil Ltda. e Don Mario Sementes Ltda.
Advogados: José Inácio Gonzaga Franceschini, Cristhiane Helena Lopes Ferrero, Ludmylla Scalia Lima e outros.
Conselheiro Relator: Alessandro Octaviani
Voto-vista: Conselheiro Eduardo Pontual Ribeiro

Voto-vista

Acesso público

1. Do pedido de vista

1. Trata-se da celebração de Contratos de Licenciamento Comercial, por meio do qual a Monsanto do Brasil Ltda. ("Monsanto") concede às partes licença não exclusiva para desenvolver, testar, produzir e comercializar variedades de sementes de soja *Intacta RR2 PRO*^{TM1} no Brasil, além de licenciar marca *Intacta RR2 PRO*.

2. Os casos foram levados inicialmente a julgamento na 13ª Sessão Ordinária de Julgamento, realizada em 12 de dezembro de 2012. No entanto, houve divergências no Conselho com relação ao conhecimento das operações que envolvessem esses tipos de contrato. Entendi por bem aprofundar a instrução e a análise do caso para me posicionar sobre o conhecimento da operação e, em caso positivo, dos efeitos concorrenciais da mesma.

3. Meu pedido de vista ocorreu na 20ª Sessão de Julgamento, no dia 17 de abril de 2013. Dado que os processos encontravam-se com 37 dias do prazo legal,[2] e que transcorreram 4 dias do prazo em meu gabinete, o processo encontra-se com 41 dias do prazo legal.

2. Dos votos proferidos

2.1. Do voto do Conselheiro Marcos Veríssimo

4. No âmbito do Ato de Concentração 08012.002870/2012-38, envolvendo Monsanto e Syngenta Proteção de Cultivos Ltda., o Relator concluiu pelo não conhecimento desse tipo de operação (se ausente cláusula de exclusividade).

---

1 *Intacta RR2 PROtm* consiste em uma nova tecnologia de sementes geneticamente modificadas, cujas plantas apresentam tolerância ao glifosato e resistência a insetos.

2 A informação quanto aos 37 dias de prazo legal consta dos relatórios juntados à fl. 232 (Don Mario), fl. 219 (Coodetec), fl. 219 (Nidera) e fl. 252 (Syngenta).

5. O Conselheiro apresentou o histórico dos julgamentos das operações envolvendo contratos de licenciamento, começando no ano de 2005[3] e chegando ao ano de 2012. Em sua análise, ele destaca que:

> (i) não há ainda uma "jurisprudência consolidada" do CADE em relação ao conhecimento de contratos de licenciamento não exclusivos de patente, (ii) a maioria dos casos que foram conhecidos foi analisada (em especial recentemente) pelo rito sumário; (iii) em grande parte dos casos se reconheceu o caráter pró-competitivo, especialmente por possibilitarem o compartilhamento de tecnologia patenteada e especialmente quando não há cláusulas de exclusividade envolvidas, (iv) as restrições impostas às operações que foram conhecidas disseram respeito basicamente à alteração de cláusulas contratuais que estabeleciam algum tipo de exclusividade ou não concorrência entre as partes; (v) o único risco à concorrência apontado em tais precedentes disse respeito, justamente, a um potencial fechamento de mercado decorrente de uma eventual exclusividade; (vi) apesar das decisões proferidas pelo Plenário no sentido do não conhecimento, algumas operações foram conhecidas; e (vii) as operações não conhecidas envolviam todas contratos de licenciamento não exclusivos.

6. Em que pese a não existência de casos suficientes para elaboração de uma súmula, ele defendeu o não conhecimento principalmente pelos seguintes motivos: (i) de um ponto de vista de política de *enforcement*, as preocupações concorrenciais decorreriam do exercício abusivo do direito de patente, o que estaria normalmente mais ligado ao controle repressivo, visto que, entre outros, seria difícil para a autoridade antitruste antever os casos de abuso. Inclusive, poderia haver o uso estratégico da autorização do CADE para a celebração de contratos que se revelariam, posteriormente, anticompetitivos; (ii) de um ponto de vista legal, contratos de licenciamento de patente sem exclusividade não teriam o potencial de produzir "concentração econômica" (na verdade, geraria "desconcentração"); e (iii) de um ponto de vista pragmático, exigir conhecimento dessas operações implicaria lançar na ilegalidade um número bastante expressivo de operações semelhantes já

[3] AC 08012.008359/2005-11.

realizadas por partes distintas, não notificadas (com razão) ao CADE. Além disso, outras jurisdições, como União Europeia e Estados Unidos, dispensam a notificação de contratos nesses termos.

7. Com isso, concluiu que um ato de concentração não deve ser conhecido quando, ao menos em análise *prima facie*,

> (i) tiver como objeto tão somente o licenciamento de patente/tecnologia; (ii) não prever empreendimentos em comum ou forma de atuação conjunta; (iii) não implicar troca ou rearranjo de participação societária entre as Requerentes ou entre estas e terceiras empresas e; (iv) tampouco prever cláusulas de exclusividade ou que influenciem a atuação concorrencial independente de ambas as partes.

2.2. Do voto do Conselheiro Alessandro Octaviani

8. No bojo do Ato de Concentração 08012.006706/2012-08, envolvendo Monsanto e Nidera Sementes Ltda., o Relator votou, conservadoramente, pelo conhecimento da operação, com o intuito de zelar pelas estruturas concorrenciais do mercado. Nesse sentido, apresentou critérios para o conhecimento da operação em epígrafe:

(i) *Dever primeiro da administração antitruste: proteger as condições de concorrência;*
(ii) *Fronteiras do acúmulo de conhecimento e de capital trazem assimetria de informação praticamente instransponível e constantemente móvel entre os conglomerados multinacionais e as autoridades antitruste;*
(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 tecnologia;*
(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) *Argumento de escassez de recursos da Administração, necessidade de cálculos com base estatística consolidada sobre diminuição do bem-estar do consumidor com as opções do não conhecimento e conhecimento.*

9. Considerando a assimetria de informação, o Conselho deveria se pautar, em suas palavras, por uma postura de *humildade cognitiva*, o que acarretaria na necessidade de se conhecer esse tipo de operação.

10. Além disso, as hipóteses de não conhecimento de operações ou de setores inteiros, por parte da autoridade antitruste, deveriam ser totalmente excepcionais, seguindo, aliás, justamente o modelo legal, que dotou de enorme amplitude a competência do CADE. Esse argumento seria ainda mais forte em setores de altíssima tecnologia embarcada.

11. No que tange à dominação empresarial *ab extra*, sem participação de capital de uma empresa em outra, ela poderia ser ainda mais intensa nos setores de altíssima inovação tecnológica. Nesse sentido, as estruturas poderiam 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.

12. O Relator argumenta ainda que não identificou nos precedentes a consolidação de bases de dados sobre a trajetória tecnológica e os padrões (se formais ou informais, internos ou externos) de formação das estruturas empresariais, e tampouco referência aos objetivos cognitivos determinados à Administração brasileira pela instituição da política nacional de biotecnologia.

13. Em suma, a fim de contribuir para a segurança jurídica, o Relator propõe:

(i) *se a Lei não trouxe exceções de maneira expressa, quaisquer atos que possam ocasionar, sob quaisquer formas, concentrações,* ***devem ser submetidos****, respeitados os critérios de subsunção legais e gerais;*

(ii) ***decisões pelo não conhecimento são a exceção****, jamais a regra, dada a assimetria de informações entre o mercado e a autoridade;*

(iii) *a autoridade deve se pautar pela postura de* ***"humildade cognitiva",*** *assumindo que não sabe, e não pressupondo que sabe;*

(iv) *"cheques em branco em bloco" para setores* ***não estão contidos na Lei de Defesa da Concorrência****, ainda que haja "não exclusividade";*

(v) ***setores de alta tecnologia são especialmente mais sensíveis*** *(ainda que haja "não exclusividade"), pois neles a assimetria de informação sobre*

as estruturas se acentua e, logo, decisões pelo não conhecimento devem ser objeto de um ônus argumentativo muito maior;

(vi) *esse* ***elevadíssimo ônus argumentativo*** *deve incorporar, no mínimo, uma detalhada descrição e domínio das trajetórias tecnológicas, em seus aspectos explícitos e tácitos, uma estabilizada base de dados sobre as estruturas, que inclua comportamentos econômicos, jurídicos e sociais, e seus efeitos sobre o ambiente concorrencial, os concorrentes, demais atores da cadeia produtiva e os consumidores;*

(vii) *mesmo com tal ônus argumentativo, havendo* ***algum grau de dúvida, a missão da autoridade antitruste sempre será conhecer*** *e, depois, decidir, pois sua finalidade precípua é a proteção das condições de concorrência, sendo a indicação de padrões de segurança às empresas sobre critérios de submissão (ou "sinalizar ao mercado com um pouco mais de clareza") um valor instrumental a tal fim, jamais podendo haver disfunção entre meios e fins; e*

(viii) *se houver* ***outros eixos normativos que buscam o conhecimento*** *sobre setores e trajetórias tecnológicas, a decisão administrativa deve buscar a harmonização, como é óbvio, dos dois comandos normativos, optando-se* ***pelo conhecimento das operações****.*

14. Por fim, concluiu que a operação não geraria efeitos anticoncorrenciais, tendo em vista a baixa participação de mercado da Nidera Sementes.

2.3. Do voto-vista da Conselheira Ana Frazão

15. Em seu voto-vista sobre as quatro operações, a Conselheira concluiu pelo não conhecimento de operações desse tipo, destacando que o cerne da discussão seria saber o que é um ato de concentração e onde se encaixaria o contrato de licença de patente sem exclusividade. Nesse sentido, estabeleceu três perguntas que norteariam o seu voto:

(i) *Contrato de licença de patente sem exclusividade se encaixa em alguma das hipóteses do art. 90 da Lei 12.529/2011?*

(ii) *Contrato de licença de patentes sem exclusividade pode ser considerado ato de concentração?*

(iii) *Em que medida eventuais efeitos anticompetitivos decorrentes destes contratos podem ou devem ser tratados pelo controle de estrutura?*

16. Em seguida, a Conselheira fez uma profunda análise do termo "contrato associativo", que é uma das formas de ato de concentração prevista na nova lei concorrencial.[4] Nessa linha, primeiramente ela destaca que licenciantes em contratos de licença sem exclusividade poderiam inclusive usufruir do seu direito sem acordo com ninguém ou mesmo conceder licenças semelhantes a outros interessados, sendo que poderiam ser vistos, em princípio, como pró-competitivos e geradores de eficiências econômicas.[5] De outro ângulo, as licenças poderiam ser comparadas à locação de bem incorpóreo, conforme J. P. Remédio Marques[6] e outros. E ainda que possam ter efeitos anticompetitivos, principalmente quando combinados a outros contratos, esse risco, por si só, não os tornariam atos de concentração. Seria na verdade elemento justificador de controle de condutas.

17. Após apresentar considerações sobre consórcios e *joint ventures*, a Conselheira conclui que contratos de licença sem exclusividade possuem características muito próprias, não se assemelhando a contratos associativos, visto não terem por pressuposto a realização de empresa comum nem existência de paralelismo de comportamento nem organização comum, ainda que mais flexível do que em *joint ventures*. E ainda que licenciante e licenciada atuem no mesmo segmento, a mera licença revela apenas que ambas estarão aptas a desenvolver as mesmas atividades, mas cada um atuando por sua conta e risco.

18. Mesmo em uma perspectiva mais ampla, contratos de licenciamento sem exclusividade não seriam contratos associativos. O mero objetivo de cooperação ou colaboração não seria suficiente, visto que todo contrato se preza a isso. Assim, o que os caracterizariam seria o grau e o tipo.

19. Para a Conselheira, os contratos ora em análise seriam claramente comutativos de execução duradoura, já que uma das partes cede à outra o direito de usar a sua propriedade intelectual mediante remuneração. Não se cogitaria nem de comunhão de fim, nem de prestações idênticas ou

---

4 "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."

5 Por todos, ver Louis Vogel (*European competition law*. Paris: LawLex, 2012. p. 235).

6 Contrato de licença de patente. ALMEIDA, Carlos Ferreira de; GONÇALVES, Luis Couto; TRABUCO, Claudia (Org.). *Contratos de direito de autor e de direito industrial*. Coimbra: Almedina, 2011. p. 395-545, p. 431-432.

semelhantes, nem de organização comum. Pelo contrário, a contraposição das prestações seria clara, assim como o seriam o fato de que cada contratante executa o contrato por conta e risco próprios, sem qualquer interferência da outra parte em suas atividades.

20. Ela deixa claro que está se referindo a licença como objeto único do contrato, ou seja, a licença "simples". Não se está diante da licença como cláusula acessória de contratos mais abrangentes, nem de arranjos contratuais mais complexos, tais como os license packages ou patent pools.

21. Destaca ainda que apenas se poderia considerar o contrato de licença de patente sem exclusividade como um contrato associativo caso se adotasse um sentido amplo de cooperação. Todavia, isso implicaria tornar associativos vários — senão todos — contratos empresariais de execução continuada no tempo, tais como mandato, agência, distribuição, comissão mercantil, concessão mercantil, representação e franquia, os quais podem apresentar muito mais elementos "associativos" do que o contrato aqui analisado.

22. Ainda assim, a Conselheira entende que a enumeração do art. 90, da Lei 12.529/11 não é exaustiva e, de toda forma, trata-se de AC notificado sob a égide da Lei 8.884/94. Com isso, visto ato de concentração como aumento de poder empresarial ou a criação de direção comum, poder-se-ia vir a conhecer as operações em análise. Entretanto, também por esse enfoque, conclui que esse tipo de contrato geraria, *a priori*, desconcentração.

23. Por outro lado, como enfatizado pelo Conselheiro Alessandro Octaviani, tais contratos poderiam levar a situações de controle externo. Só que, ao contrário das demais formas de controle, o controle externo seria extremamente casuístico e insuscetível de presunções ou constatações apriorísticas, podendo decorrer até mesmo de contratos comutativos "triviais", tais como empréstimo ou fornecimento. Destaca, porém, que essa conclusão não valeria para as hipóteses de cláusulas que extrapolem o objeto e a função econômica de tais contratos, permitindo influência ou controle de uma das partes sobre a atividade empresarial da outra. Nestes casos, haveria, sim, concentração.

24. O foco de sua preocupação seria mesmo quando os contratos fossem utilizados de acordo com suas funções típicas, mantendo a comutatividade que lhes é inerente, e, ainda assim, ensejando situações de controle externo ou influência dominante, as quais se estabeleceriam na própria dinâmica da execução do contrato. Sobre o caso concreto, conclui que se trata de contrato comutativo, sem nenhuma cláusula que o desnature para um contrato associativo ou para um ato de concentração e, mesmo assim, foi considerado pelo

Conselheiro Octaviani como um ato de notificação obrigatória. A adoção de critérios muito genéricos e amplos poderia levar à situação em que todas ou quase todas as transações estariam sujeitas à notificação obrigatória.

25. Assim, afirma que a avaliação da existência de controle externo não poderia ser feita *ex ante*, mas tão somente *ex post*, considerando que o controle externo é um poder meramente fático, insuscetível de apreensão apriorística. Dessa maneira, a única maneira de lidar com o controle externo, sempre que ele não decorrer das cláusulas contratuais em si, mas sim do exercício efetivo do poder empresarial em virtude da dinâmica contratual, seria aguardar a sua manifestação (impondo a notificação, no prazo de um ano, conforme previsto no §7º, do art. 88, da Lei 12.529/11, ou fazendo controle de conduta).

26. Em suma, ela parte da premissa de que o que justifica o controle de estrutura é a existência de ato de concentração, que é o que modifica a estrutura do mercado. A mera possibilidade de haver controle externo leva apenas à conclusão da possibilidade de haver ato de concentração, o que poderá ou não ocorrer. E essa mera possibilidade não seria suficiente a ensejar o controle de estrutura aprioristicamente.

27. Por fim, em caso de prevalecer a opinião contrária, que adota critérios mais flexíveis para a definição de ato de concentração, a Conselheira levanta algumas perguntas delicadas:

(i) Se consideramos ato de concentração qualquer contrato que possa levar a situações de controle externo, influência relevante ou dependência econômica, quais são os desdobramentos desta premissa sobre os demais contratos empresariais de longa duração?

(ii) Se consideramos que o contrato de licença de patentes é um ato de concentração, não deveríamos considerar da mesma maneira todos os contratos empresariais de longa duração, especialmente aqueles que apresentam elementos associativos muito mais fortes, tais como os de mandato, representação, comissão mercantil, agência, distribuição e franquia, os quais apresentam igualmente riscos à concorrência?

(iii) Se consideramos que é a possibilidade de controle externo o critério para definir o ato de concentração, não estamos admitindo que todos os contratos celebrados por agentes detentores de poder econômico terão que ser notificados ao CADE, incluindo aí até contratos tipicamente comutativos, tais como os de fornecimento e empréstimo, dentre outros?

28. Em síntese, a Conselheira Ana Frazão acompanhou o entendimento do Conselheiro Marcos Paulo Veríssimo e não conheceu a operação como Ato de Concentração sob a Lei 8.884/1994, vigente à época da submissão, nem o consideraria se submetido sob a nova Lei 12.529/2011.

2.4. Do voto-vista do Conselheiro Elvino Mendonça

29. Ao analisar as quatro operações, o Conselheiro apresentou algumas considerações sobre a Lei nº 9.279/96, que regula a propriedade intelectual no Brasil, e sobre a literatura econômica acerca dos efeitos dos contratos de licenciamento, em especial no que tange à sua utilização para elevação das barreiras à entrada, bem como as considerações do FTC e da Comunidade Europeia, por meio de seus respectivos guias.

30. Em seguida, acompanhando entendimento do Conselheiro Alessandro Octaviani, destacou a existência de diversas formas de controle entre empresas, como a modalidade de controle externo que decorre da própria tecnologia,[7] e que pode gerar uma relação de dependência entre a Empresa Licenciante e a Empresa Licenciada. Inclusive, afirma que, para grande parte dos autores, a licença é vista como uma forma associativa. Nesse sentido, Barbosa (2012):[8]

> *Outros autores vão mais além e, não se restringindo ao paralelo com a locação, percebem na licença a natureza complexa que resulta do caráter associativo do licenciamento; ao se comprometer a não disputar um mercado com o seu licenciado (ou a permitir que ele o dispute) o licenciador estabelece uma relação de repartição de benefícios que se aproxima da sociedade; a similitude se acentua quando o contrato prevê a transmissão de conhecimentos técnicos complementares, know-how ou assistência técnica.*

---

[7] *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****, do crédito, do acesso às redes de distribuição, tudo isso amparado nos fatos.*

[8] Grupo societário fundado em controle e abuso de poder do controlador. In: *Direito empresarial*. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 270-291.

31. Com isso, propõe dois critérios para o conhecimento desses casos, destacando dois fatores primordiais a serem analisados nos Atos de Concentração oriundos de Contrato de Licenciamento de Patentes:

I. Fechamento de mercado decorrente de cláusulas de exclusividade entre as empresas

II. Criação de barreiras à entrada oriundas desses Contratos

32. Esses critérios, para conhecimento da operação envolvendo licenciamento, seriam a existência de (i) cláusulas de não concorrência e/ou de (ii) cláusulas de exclusividade. Do contrário, os acordos não precisariam ser notificados, mas, caso o fossem, o CADE deveria conhecê-los.

33. Dito isso, votou pelo conhecimento da operação, por envolver transferência de tecnologia via contratos de licenciamento em cultivares e pela criação de barreiras à entrada e desincentivo à inovação e, no mérito, acompanhou o entendimento do Conselheiro Alessandro Octaviani.

3. Do mérito

3.1. Da estrutura e funcionamento do mercado

34. A partir do estudo dos votos já proferidos, pode-se concluir que as divergências são mais aparentes do que reais. Antes, contudo, dada a complexidade do mercado, é necessário esclarecer o seu funcionamento.

35. Iniciando pelo seu principal *player*, a Monsanto, ela foi fundada em 1901, sendo que em 1963 ela iniciou suas atividades no Brasil. Atualmente, nos termos do seu relatório anual,[9] ela desenvolve diversas atividades no setor agrícola, podendo fazer a divisão em dois segmentos: (i) sementes e genômica[10] e (ii) produtividade agrícola.

36. Pelo referido documento, a Monsanto vê o primeiro segmento como *driver* para o futuro crescimento da empresa, visto que no segmento de produtividade agrícola há produtores globais de glifosato[11] com substancial capacidade de abastecer o mercado, pressionando as margens de lucratividade.

37. Em termos de marcas de glifosato no Brasil, entendo que não se verifica problema concorrencial, havendo diversos ofertantes desse herbicida,

---

9 Monsanto 2012 Annual Report.

10 Ramo da bioquímica que estuda informação hereditária dos organismos.

11 Em 1970 a empresa sintetizou o glifosato, que é o princípio ativo do seu herbicida Roundup.

além da Monsanto, com sua linha "*Roundup*®". Eventuais problemas concorrenciais poderiam surgir no mercado *upstream* da cadeia, em especial do principal insumo, o ácido de glifosato, mercado que já foi analisado de forma sumária pelo CADE.[12] Contudo, por não se tratar da análise principal destes processos, ainda que sendo um produto complementar à soja transgênica, diante do aparente não impacto na presente operação, não se faz necessário o aprofundamento da análise.[13]

38. No que tange ao chamado segmento de sementes e genômica, em 1995 a empresa foi autorizada nos EUA a comercializar produtos geneticamente modificados ("organismo geneticamente modificado" ou "OGM"). Esses produtos são resultado da transferência de genes entre seres vivos, sendo que especificamente a soja RR (cuja patente está vencendo) possui uma enzima modificada (EPSP sintase) resistente ao herbicida glifosato[14] ("Roundup Ready®"), utilizado contra diversos tipos de ervas daninhas em diversos tipos de cultura. No Brasil, a aprovação para seu uso aconteceu apenas em 2005, com a publicação da Lei de Biossegurança (Lei nº 11.105/2005), após discussões no âmbito do Poder Judiciário. Já em 2010 foi aprovada a utilização no Brasil da soja *Intacta RR2 PRO*, objeto dos contratos de licenciamento ora analisados. Esse novo evento transgênico, de acordo com a empresa, a torna resistente a cinco tipos de lagartas e ao herbicida glifosato, facilita o manejo de plantas daninhas e promove aumento significativo na produtividade.

39. Fazendo referência à cadeia de produção (incluindo a pesquisa transgênica), ela é composta pelos seguintes níveis:

a) Desenvolvimento da Tecnologia Transgênica, do qual a Monsanto faz parte, é o nível em que se objetiva a criação de um evento, o que inclui testes e aprovações regulamentares. Há fortes investimentos em P&D, além de demandar longo tempo até a obtenção da patente;

---

[12] Análise de contratos de fornecimento de ácido de glifosato pela Monsanto: AC n. 08012.006367/2009-56 (para a Milenia), AC n. 08012.005367/2010-72 (para Dow), AC n. 08012.010018/2008-58 (para a Nufarm, com o CADE não conhecimento da operação) e AC n. 08012.003370/2007-56 (para Nortox, também fabricante de ácido, decidido pelo não conhecimento).

[13] A produção nacional é bastante concentrada, mas há concorrência especialmente com produtos provenientes da China. Contudo, em análise antidumping, houve restrições impostas pelo Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio, no âmbito do processo MDIC/SECEX 52000.019437/2010-09.

[14] Trata-se de herbicida não seletivo e sistêmico, de amplo espectro, ou seja, com atuação em toda a planta.

b) Desenvolvimento do Germoplasma, etapa na qual empresas de melhoramento genético, chamadas Obtentoras Vegetais ("Obtentoras"),[15] 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;
c) Multiplicação de Sementes, composta pela indústria de sementes, ou seja, empresas e cooperativas que produzem esse produto, de acordo com a Lei nº 10.711/2003. A partir das sementes matrizes, os multiplicadores fazem a produção e comercialização em larga escala;
d) Distribuição e Comercialização, composta por empresas e Cooperativas que distribuem, comercializam e prestam assistência técnica aos agricultores que adquirem tais sementes;
e) Agricultor, que adquire a soja com tecnologia transgênica ou convencional.

40. As operações em tela tratam de contratos envolvendo, de uma parte, um desenvolvedor de tecnologia transgênica (Monsanto) e, de outra, obtentores e multiplicadores (Don Mario, Syngenta, COODETEC e Nidera). Nos termos dos chamados "Contratos de P&D" mencionados nos autos, pode-se inferir que as requerentes podem desenvolver variedades de soja (cultivares) contendo o evento transgênico Intacta da Monsanto. Dito de outra forma, as cultivares desenvolvidas pelos obtentores, com autorização para utilização do produto registrado da Monsanto, passam a ser comercializadas

[15] Nos termos da Lei n. 10.711/03, que dispõe que obtentor é a pessoa física ou jurídica que obtiver cultivar, nova cultivar ou cultivar essencialmente derivada.

através de autorizações, regras e condições específicas a cada empresa através destas operações.[16]

41. Além disso, vale destacar que, a partir de uma consulta ao Registro Nacional de Cultivares — RNC, em 28/8/2013, existem 68 cultivares de soja registradas para o evento transgênico *Intacta RR2 PRO*, sendo 17 cultivares licenciadas para a GDM Genética do Brasil Ltda (Don Mario); 5 registradas pela COODETEC; 13 registradas em nome da Nidera Semestes e 6 mantidas pela CCGL Tecnologia, além de 28 cultivares mantidas pela Monsoy S.A. do grupo Monsanto. Estes cultivares foram obtidos sob a égide destes contratos de pesquisa e desenvolvimento e os da operação, sendo que os primeiros foram realizados há mais de dois anos do registro no RNC.

3.2. Da estrutura da cobrança de *royalties*

42. Exposta a cadeia de produção, passa-se à estrutura do sistema de cobrança de *royalties* da Monsanto, valores esses que se somam aos demais custos dos agricultores, para formar o custo total de produção da soja. Em resposta ao ofício 3.513/2013 expedido por este gabinete, e complementado por informações nos contratos em análise, há três tipos de *royalties* cobrados pela Monsanto na produção de soja: a) "*Royalty na semente*": pago pelos agricultores; b) "*Royalty no grão*": pago pelos agricultores na entrega dos grãos nos pontos de entrega (POD — *point of delivery*[17]) nos casos em que não foram pagos *royalties* na semente;[18] e c) "*Royalty de multiplicação*": pago pelos multiplicadores.

43. Especificamente no que tange ao pagamento de *royalties* à Monsanto pelo agricultor, há três formas. A primeira é no momento da aquisição das sementes certificadas junto aos multiplicadores, sendo que estes emitem nota fiscal contendo o valor da semente (genética), emitindo também um boleto separado, em favor da Monsanto, com o valor dos "*royalties* na semente" pela utilização da sua tecnologia. Quanto à safra Intacta 2013/2014, será testado um modelo, chamado de "Sistema Soja Monsanto", no qual a nota

---

[16] Para fins de simplificação do texto do voto, mas sem se afastar dos fatos nestas operações, os termos melhorista e obtentor serão utilizados como sinônimo.

[17] Em geral são tradings ou cooperativas que recebem, armazenam e comercializam soja.

[18] A legislação brasileira permite que os agricultores produzam sua própria semente, desde que em conformidade com as normas estabelecidas pelo Decreto nº 5.153 que regulamenta a Lei do Sistema Nacional de Sementes e Mudas, Lei nº 10.711/2003.

fiscal emitida pelos multiplicadores incluirá o valor dos *royalties*, que serão repassados posteriormente à Monsanto. Em qualquer caso, a Monsanto define o preço da sua tecnologia, além de monitorar o preço pago pelo agricultor ao seu multiplicador ou distribuidor, a identidade do agricultor, localização, quantidade vendida, safra, estado de plantio, plantabilidade e produtividade, entre outras informações. (Resp. Of. 3513).

44. A segunda forma de pagamento se refere à utilização de sementes salvas dentro da Lei de Proteção aos Cultivares, sendo que o agricultor informa ao multiplicador ou à Monsanto para que haja a emissão de um boleto em separado, em favor da Monsanto, para pagamento de "*Royalties* na semente".

45. Já a terceira forma é o pagamento de "*royalties* no grão" na ocasião da entrega do grão de soja aos PODs. Neste caso, o POD verifica junto ao agricultor se a soja entregue deriva de semente geneticamente modificada e qual a tecnologia incorporada na semente. Ao acessar o "Sistema Monsanto", o POD verifica se já foi recolhido *royalty* na semente e, apenas em caso negativo, o POD recolhe o *royalty* no grão, equivalente a um percentual do valor da produção de grãos.

46. Segundo as informações oficiadas, a Monsanto, através de seu sistema Monsanto, não tem acesso a qualquer informação de vendas de sementes que não aquelas contendo sua tecnologia.

47. Ainda segundo os Requerentes, os obtentores que não são multiplicadores não pagam *royalties* à Monsanto, mas recebem *royalties* dos agricultores que utilizam suas respectivas sementes certificadas (em decorrência do desenvolvimento genético). Vale notar que em todas as quatro operações está prevista a multiplicação pelas obtentoras. Ou seja, mesmo que as operações possam, em abstrato, ter sua eficácia apenas para a obtenção de variedade, sem transação de Royalties entre a obtentora e a Monsanto, a riqueza de detalhes, a inicial apresentada pelas Requerentes e, principalmente, os objetivos expressamente declarados dos contratos preveem a comercialização e multiplicação de sementes licenciadas da Monsanto por parte das outras Requerentes. Estes são contratos de licenciamento comercial, não de licenciamento exclusivamente para desenvolvimento.

48. A alegada, por parte dos patronos da requerente, não cobrança de royalties pela Monsanto para os obtentores vem apenas de estratégia comercial e não da natureza do licenciamento. Ao mesmo tempo, tanto para a licenciada obtentora como para a licenciadora não há como pensar no desenvolvimento de um cultivar que não envolva a comercialização da mesma, momento na qual, por escolha contratual da Monsanto, legal detentora do

direito de propriedade, ambos, obtentores e licenciadora do evento genético, serão remunerados pela inovação obtida. Sem a licença de comercialização, concedida pela Monsanto nestas operações, aos obtentores restaria a inutilidade de uma inovação que não chegaria aos agricultores.

3.3. Do conhecimento

49. As duas subseções anteriores explicaram o funcionamento do mercado e do Sistema Monsanto para cobrança de *royalties*. Antes de passar então à análise dos seus efeitos no mercado, especificamente no que tange aos efeitos concorrenciais, tratamos dos argumentos para o conhecimento desta operação, em sua natureza e características, frente ao discutido em votos anteriores neste Egrégio Conselho.

50. O conhecimento ou não de contratos de transferência de tecnologia via contratos de licenciamento em cultivares depende, a meu ver, *da existência de características contratuais que envolvam exclusividade no uso da capacidade produtiva da empresa licenciada, ou envolvam restrições ou desincentivos na escolha da contratação de outros licenciadores por parte da licenciada, ou envolvam restrições ao desenvolvimento de produtos concorrentes próximos do bem desenvolvido a partir do insumo ou evento licenciado.* Este critério, acredito, reflete as visões do Cons. Marcos Paulo ("não prever empreendimentos em comum ou forma de atuação conjunta; (...) tampouco prever cláusulas de exclusividade ou que influenciem a atuação concorrencial independente de ambas as partes"), acompanhado pela Cons. Ana Frazão, e da opinião da Superintendência Geral ("(...) meros contratos de licenciamento não exclusivo de uso de tecnologia, desde que 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" (Parecer Tec. 171, de 2/7/2013, em AC 08700.004957/2013-72, par. 6), além do entendimento dos votos dos Cons. Elvino Mendonça e Alessandro Luis, que trazem preocupações explícitas nos efeitos concorrenciais para conhecimento.

51. Se estivéssemos frente a um contrato "usual" de licenciamento sem exclusividade, sem defini-lo a não ser por exclusão com a discussão do parágrafo acima, este tenderia a ser pró-competitivo, tendo em vista que, na ausência de licenciamento, a Monsanto teria que atuar apenas pela Monsoy, não conseguindo levar sua tecnologia transgênica a todas as regiões de

adaptação. Desta forma, o licenciamento permite um alcance muito maior da tecnologia Monsanto, aumentando as opções disponíveis aos agricultores.

52. Todavia deve-se deixar claro que mesmo contratos a princípio pró-competitivos podem efetivamente ter efeitos líquidos negativos, o que deve ser avaliado caso a caso, seja de forma preventiva, seja de forma repressiva.

53. Nos presentes casos, os contratos são bastante complexos. Envolvem não só o registro e desenvolvimento de novas variedades, a partir de contratos de P&D já realizados, mas também: multiplicação com pagamentos de Royalties; uso por parte da licenciante e licenciada das informações das variedades desenvolvidas pela obtentora; comercialização e regramentos sobre licenciamentos a terceiros multiplicadores por parte da licenciada, além de uso de marcas de propriedade da Monsanto.

54. De modo bastante objetivo, entendo que os contratos analisados trazem cláusulas que mostram os esforços para um bem comum, com forma de financiamento do desenvolvimento de produtos de forma conjunta (com a venda do cultivar) e com uma influência concorrencial clara nos negócios outros da licenciada que não com a Monsanto.

55. Especificamente, os contratos analisados para **(confidencial)** contêm um sistema de incentivos que criam uma influência externa da Monsanto nas decisões comerciais da licenciada além dos produtos sujeitos à licença. Este sistema, embora não seja de exclusividade, possui o condão de elevar as barreiras à entrada sem justificativa econômica, exceto a busca pelo aumento dos lucros por parte da Monsanto (e mesmo das Obtentoras), à custa do bem-estar da população.

56. Esse sistema de incentivos reflete a dominância da Monsanto no mercado de soja, sendo que a análise de algumas das cláusulas é suficiente para a compreensão dos referidos efeitos anticompetitivos (potenciais ou prováveis, sendo a análise dos efeitos realizada abaixo, após a análise da estrutura de mercado na seção seguinte deste voto). As que apresentam essas restrições de forma mais clara são as que seguem o padrão da Cláusula **(confidencial)** do Contrato de licenciamento com **(confidencial)** (explo: fl. 74 do apartado confidencial no AC **(confidencial)**):

(confidencial)

57. Dada a confidencialidade do contrato, e para que os administrados possam compreender a racionalidade da cláusula, passo a trabalhar com números fictícios.

58. Neste exemplo fictício, o último percentual do Mix de Portfólio é correto e pode ser publicizado, visto que em decorrência de segurança

agrícola, 20% da área plantada deve adotar a técnica de refúgio, que é basicamente o cultivo de uma parcela da área plantada com variedades de soja sem a tecnologia *Intacta RR2 PRO*™. Os percentuais aplicados para o cálculo do incentivo não são verdadeiros. A redução de bonificação no último intervalo advém do interesse de manter a área de refúgio necessário. O exemplo também mostra que o "incentivo" não é obrigatório, pois o obtentor pode decidir não multiplicar ou comercializar seu cultivar, abrindo mão de recuperar o investimento de vários anos de desenvolvimento.

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%

* Dados alterados em função da confidencialidade dos valores corretos.

59. 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.

60. 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. Por exemplo, se a licenciada tinha uma remuneração de R$ 2 milhões com o incentivo de 20%, apenas pela mudança para a faixa de 13%, ela passaria a ganhar apenas R$ 1,3 milhão da Monsanto, *sem alterar em nada a produção de Intacta*. 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.

61. 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.

62. As Requerentes foram questionadas sobre eventuais eficiências dessa cláusula, mas se limitaram a dizer que ela seria pró-competitiva pelo fato de a Monsanto estar repartindo os lucros com as Licenciadas, permitindo que elas investissem livremente em tecnologia. 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,[19] ou mesmo para produzir para concorrentes.

63. 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. As requerentes, mais de uma vez, informaram que as Licenciadas não pagam royalties enquanto obtentoras, ou seja, enquanto realizam P&D e com isto tal cláusula não influencia o desenvolvimento dos cultivares neste raciocínio.

64. Uma análise mais apropriada mostra que esta cláusula influencia apenas a forma com que as margens e custos seriam alocados ao longo da cadeia, em relação ao preço *total* pago pelo agricultor, de forma alguma inviabilizando o financiamento de variedades. Vale notar que a Monsanto enfaticamente afirmou no passado que o fim da cláusula de Exclusividade quando dos contratos de licenciamento de soja RR1 levaria a sérios prejuízos às licenciadas, o que não se verificou (vide AC 08012.00004019/2007).

65. Por fim, para **(confidencial)**, há outro sistema de incentivos que, embora não seja de exclusividade, possui o condão de gerar uma influência externa nos negócios das empresas além daqueles produtos licenciados,

[19] Embora não proíba, a Licenciada teria menor interesse em investir em P&D para produto próprio concorrente da Monsanto, porque no momento da produção e comercialização do seu produto, em caso de sucesso na pesquisa, ela perderia parte da receita com a Monsanto.

revelando uma centralização na comercialização e desenvolvimento do mercado do produto licenciado, através de remuneração diferenciada quando de atos de concentração da Licenciada. Este sistema também possui a capacidade de elevar as barreiras à entrada sem justificativa econômica, através da influência sobre as decisões de expansão não orgânica.

(confidencial)

66. Outras cláusulas dos contratos que mostram a solidariedade na busca do objetivo comum do sucesso da marca Intacta RR2 PRO e das variedades registradas referem-se às penalidades impostas às licenciadas por inadimplência dos agricultores ao pagamento dos Royalties de Semente (ou Royalty Intacta) devido à Monsanto e não aos melhoristas ou obtentores. **(confidencial)**, e à regulação de remuneração depende se grande parte das sementes plantadas em um ano sejam de "sementes salvas", ou seja, não comercializadas naquele ano, *independentemente se os agricultores que utilizam sementes salvas adquiriram ou não com a licenciada*. Trata-se da cláusula 6.3.4 do contrato com Don Mario, sendo que a cláusula 4.5 do Contrato Syngenta trata de questão semelhante:

(confidencial)

67. Mais uma vez, temos uma licenciada sendo remunerada por parâmetros que não apenas as vendas de seu germoplasma conjunto com o produto licenciado, parâmetros estes que envolvem ou concorrentes da Monsanto em sementes certificadas (cláusulas de share) ou remuneração de royalties devido à Monsanto apenas, em valor absoluto ou relativo. Verifica-se claramente o poder de influência da Licenciante na Licenciada, bem como a ingerência desse grupo econômico sobre as atividades de outro grupo, que extrapola muito o que seria esperado de um contrato comutativo.

68. Feitas essas considerações sobre a natureza dos contratos, passo à sua análise sobre o conhecimento, frente aos votos dos Conselheiros que me precederam. Acompanho o bem fundamentado voto do Conselheiro Octaviani pelo conhecimento, mas não por todos os motivos por ele apresentado, em especial à possibilidade de humildade cognitiva. Reconheço a relevância desses fatos, mas não entendo ser isso razão suficiente para o conhecimento destas operações pelo CADE, posto que as características destes contratos os aproximem dos princípios para conhecimento colocados pelo Conselheiro Octaviani.

69. Acompanho em parte os fundamentos dos também excelentes votos proferidos pela Conselheira Ana Frazão e Conselheiro Marcos Veríssimo, ainda que aqueles tenham sido pelo não conhecimento. Meu voto pelo *conhecimento*

decorre do fato de que esses contratos não têm como objeto somente o licenciamento de patente/tecnologia. Neles efetivamente há restrições à atuação concorrencial independente das licenciadas e um empreendimento em comum, o cultivar obtido, comercializado através destas licenças.

70. Diante do exposto, entendo que os contratos de transferência de tecnologia via contrato de licenciamento em cultivares apresentados trazem características que os colocam próximos a um contrato associativo, e demonstram restrição na ação concorrencial independente das Licenciadas, além da possibilidade de limitar a livre concorrência e consolidar uma posição de dominância no mercado de sementes de soja, com a consequente subsunção ao art. 54 da Lei 8.884/1994.

3.4. Dos efeitos dos Atos de Concentração

71. As Requerentes entendem a presença de dois potenciais riscos concorrenciais: a) a possibilidade do fechamento do mercado de tecnologia para sementes e b) a possibilidade de a Monsanto estender seu poder de mercado sobre o segmento de produção de herbicidas à base de glifosato. Contudo, nos casos em apreço, elas entendem que não haveria qualquer cláusula contratual capaz de limitar a concorrência. Nesse sentido, ressaltaram a ausência de exclusividade no licenciamento da tecnologia, bem como a ausência de qualquer disposição que restrinja o uso de glifosato de marcas concorrentes.

72. Os contratos efetivamente não trazem disposições que restrinjam o uso de glifosato de marcas concorrentes. Este tipo de fechamento já foi claramente rechaçado por este egrégio Conselho há mais de cinco anos (vide por exemplo AC 08012.003296/2007-78, Requerentes Monsanto e Brasmax/DonMario), sendo que não irei avaliar os efeitos concorrenciais nesse mercado, como mencionado acima.

73. No mercado de oferta de sementes matrizes de soja para plantio, envolvendo, pois, Obtentores, com base na safra 2010/2011, para o Brasil, em que considero o mercado relevante de produto e geográfico para análise concorrencial, as Requerentes apresentaram nas iniciais a seguinte estrutura de mercado, replicadas nas Tabelas 1 e 2.

Tabela 1

Estrutura de oferta do mercado brasileiro de sementes de soja para plantio — safra 2010/2011

EMPRESA	PARTICIPAÇÃO DE MERCADO
Monsoy (Monsanto)* ♦	21,2%
Brasmax (Don Mario) * ♦	19,2%
Nidera* ♦	9,9%
Syngenta* ♦	9,2%
Pioneer	9,0%
Embrapa*	8,7%
FMT/TMG* ♦	8,4%
Coodetec* ♦	5,7%
Relmó	3,2%
Don Mario* ♦	1,2%
IGRA	1,1%
FundaCEP	1,1%
FT*	1,1%
CTPA	0,4%
Whertec*	0,3%
Outros	0,4%
Total	100%

Fonte: Kleffmann e Gabinete 06.

Nota do Gabinete 06: * empresas licenciadas para RR1 com AC julgados pelo Cade.

♦ empresas licenciadas para Intacta PRO RR2 em ACs julgados pelo Cade.

Tabela 2

Estrutura de oferta do mercado brasileiro de sementes de soja para plantio com base em área certificada — safra 2010/2011

EMPRESA	PARTICIPAÇÃO DE MERCADO
Monsoy (Monsanto)* ♦	22,99%
Pioneer	7,74%
Syngenta* ♦	7,56%
Nidera* ♦	10,19%
Brasmax (Don Mario) * ♦	12,70%
Coodetec*♦	11,01%
Embrapa*	12,67%
FMT/TMG*♦	6,55%
Outros	8,59%
Total	100%

Fonte: Kleffmann e Gabinete 06.

Nota do Gabinete 06: * empresas licenciadas para RR1 com AC julgados pelo Cade.

♦ empresas licenciadas para Intacta PRO RR2 em ACs julgados pelo Cade.

74. Vê-se, pois, que a Monsanto, então com a patente da RR, era líder de mercado, diretamente através da Monsoy[20] e possuía grande dominância através de suas licenciadas. Considerando as licenciadas através de atos de concentração apresentados ao CADE até 2011, como levantado por este Gabinete, a Monsanto teria influência em 88% da capacidade produtiva no Brasil. Já considerando apenas os atos de concentração já julgados ou em julgamento sobre a tecnologia Intacta RR2 PRO, temos a influência sobre cerca de 75% da estrutura de oferta, ou até 70% da área plantada.

[20] Nas culturas do milho e do algodão, há tecnologias transgênicas concorrentes. Na primeira, há Liberty Link da Bayer, Herculex e Power Core da Dow, TL da Syngenta, Hercules RR da Dow/Monsanto e TRLL da Syngenta/Monsanto. Para algodão, há Liberty Link da Bayer (resistente a herbicida) e Widestreke da Dow, resistente a insetos.

75. Em que pese o argumento que nem todas as variedades de soja comercializadas pelas empresas listadas são RR, vale o exemplo da Nidera, em que 13 variedades são Intacta RR2 PRO, 22 variedades RR1 e apenas 4 convencionais.[21] Como destacado pelo Cons. Elvino Mendonça, a academia brasileira já se debruçou sobre esta estrutura de mercado. Costa e Santana (2013)[22] tornam mais clara a compreensão do mercado, ao analisar a sua estrutura a partir dos registros consolidados do Registro Nacional de Cultivares (RNC). Esses dados apontam, para o período de jan./1998 a mar./2011, a existência de 803 cultivares de soja registradas, das quais 64% são mantidas por Embrapa, Monsoy, Coodetec, Fundação MT, DuPont, Nidera, Tropical e FTS. Do total de registradas, 301 são transgênicas, sendo 259 com tecnologia RR da Monsanto, e 42 por outras, principalmente DuPont. Ocorre que, enquanto a Monsanto evoluiu no período a uma taxa geométrica de 3,586% ao ano, a participação de mercado da DuPont exibiu uma queda de -23,958% ao ano.

Tabela 3

Quantidade acumulada de cultivares transgênicas registradas no RNC

Ano/ Empresa	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010
RR outras empresas	13	17	36	52	103	130	201	249
RR Monsoy	1	17	17	37	43	50	54	54
RR Total	14	34	53	89	146	180	255	303
DuPont	7	11	11	13	14	15	17	18
Outros	0	0	0	0	4	12	17	18
Total	21	45	64	102	163	207	289	341

Fonte: adaptado por Costa e Santana (2013) a partir de dados do RNC.

[21] Fonte: <www.niderasementes.com.br/>. Acesso em: 27 ago. 2013.

[22] COSTA, Nilson; SANTANA, Antônio. Poder de mercado e desenvolvimento de novas cultivares de soja transgênicas e convencionais: análise da experiência brasileira. *Revista de Ciências Agrárias*, v. 56, n. 1, p. 61-68, jan./mar. 2013.

76. A consulta atual ao RNC reflete esta tendência.[23] Das sementes de soja não convencionais, ou seja, transgênicas, 568 são RR, 69 são Intacta RR PRO2, e apenas três são transgenias outras, não ligadas à Monsanto.[24] Por exemplo, a Pioneer, empresa do grupo DuPont, multiplica a soja 97R71, que, como informa o site, utiliza "com o gene Roundup Ready®" (<www.pioneersementes.com.br/>, consulta em: 28 ago. 2013). Se o número de cultivares é relevante para este mercado, a informação de que 90% da área plantada no Brasil de soja emprega sementes transgênicas leva a concluir que a Monsanto possui grande poder neste mercado, muito além da produção direta através da Monsoy.

77. Para esse quadro, além das elevadas barreiras que potenciais concorrentes devem superar, cumpre destacar a intempestividade da entrada. O desenvolvimento de cultivares, em especial quando associado à utilização de tecnologia transgênica, é uma atividade de longo prazo. Isso é refletido nos Contratos de P&D citados nos presentes processos, os quais foram assinados dois anos antes ou mais do efetivo registro das cultivares.

78. Feitas essas considerações, no que tange a acordos verticais, vale também destacar a posição da autoridade concorrencial norte-americana, indicado no *Antitrust Guidelines for the Licensing of Intellectual Property*, do DOJ/FTC:

> Uma licença de propriedade intelectual que não contém nenhuma restrição à conduta competitiva do licenciado ou licenciador, em geral não traz preocupações concorrenciais. (…)
>
> Uma licença que explicitamente não requer exclusividade pode ter o efeito de exclusividade se for estruturado para aumentar de modo significativo o custo do licenciado quando do uso de tecnologias competidoras. (livre tradução nossa)[25]

---

[23] <http://extranet.agricultura.gov.br/php/snpc/cultivarweb/cultivares_registradas.php>. Consulta em: 20 ago. 2013.

[24] A grande variedade de cultivares mais do que refletir competição entre empresas mostra a grande variedade de tipos de solo e clima no Brasil. Há empresas que detêm mais de 50 cultivares diferentes de soja transgênica RR. Conjuntamente, a Brasmax e a Monsoy registraram mais de 100 cultivares RR no RNC (consulta em 20/8/2013).

[25] "*A non-exclusive license of intellectual property that does not contain any restraints on the competitive conduct of the licensor or the licensee generally does not present antitrust concerns (…). A license that does not explicitly require exclusive dealing may have the effect of exclusive dealing if it is structured to increase significantly a licensee's cost when it uses competing technologies.*"

79. No presente AC, a Monsanto realmente não se utilizou de cláusula com exclusividade textual, até porque lembrou que esse tipo de cláusula não seria aceito pelo CADE,[26] mas criou um mecanismo que segue a mesma direção. Estes tipos de cláusula, frente ao reconhecimento da dominância de mercado direta ou indiretamente, apontam para sérias barreiras à entrada no mercado de soja transgênica. Aqui vale notar, embora sem conseguir apontar causalidade da efetividade das barreiras, que o voto do Cons. Abraham Sicsú apontava para o lançamento de transgênico resistente a glifosato da DuPont (Pioneer) em 2009, baseado em notícia de 2006 e, até o momento, não há registro deste cultivar no RNC.

80. A magnitude concorrencial das cláusulas é fortalecida quando se considera que a Monsanto não apenas possuía cerca de 20% do mercado de sementes de soja com sua própria empresa Monsoy, como também está fazendo licenciamento para outras grandes do setor. Considerando as cláusulas em vigor e as empresas indicadas na tabela acima, aceitando a racionalidade e comprometimento das licenciadas com o produto em que tanto investiram, a Monsanto possuiria influência concorrencial sobre aproximadamente 60% da capacidade produtiva utilizada de produtores de semente certificada (toda a produção Monsoy, mais 80% da produção das indicadas com ♦ na Tabela 1), para Intacta RR2 PRO, o que pode elevar significativamente o custo de entrada de rivais.

81. Adicionalmente, é necessário ressaltar que as sementes de soja geneticamente modificadas alcançaram, em pouco mais de uma década desde sua entrada no mercado, cerca de 90% da produção total no país ou mais.[27] Ainda que as cultivares pertençam a empresas diferentes, uma relevante, se não a principal característica da semente transgênica, é o próprio evento transgênico, e não exclusivamente o germoplasma, como a tabela acima daria a entender. Desta forma, as diferentes sementes certificadas transgênicas são efetivamente sementes Monsanto, o que pode ser inferido pelo próprio nome delas, que apresentam comumente a sigla RR ou a designação Roundup Ready, e não referência a glifosato de forma genérica.

---

[26] AC n. 08012.003711/2000-17, envolvendo Coodetec, julgado em 15/3/2006; AC n. 08012.003997/2003-83, envolvendo Fundação Mato Grosso Unisoja, julgado na mesma data; e AC n. 08012.000311/2007-26, de interesse da Syngenta, julgado em 25/7/2007.

[27] <www.senado.gov.br/atividade/comissoes/listaAudiencia.asp?cc=1307>. Material apresentado pela Monsanto.

82. Se o sistema de incentivos parece perverso aos olhos de alguns, pela influência que a licenciadora imporia sobre a licenciada (pois a licenciada deve revelar como está a sua estrutura produtiva de Sementes Certificadas), o aceite por parte da licenciada veste-se de lógica cristalina quando percebemos os custos envolvidos em não acompanhar os rivais no mercado de sementes que adotaram a primeira geração de sementes de soja transgênica, a soja RR1. Cláusulas como a de *share* atestam um compromisso crível por parte da licenciada que envidará os maiores esforços para o sucesso da nova geração de sementes, a Intacta, substituindo o mais rapidamente possível aquelas sementes cuja patente irá expirar (RR1), ou sementes de concorrentes. Estamos mais uma vez diante de uma situação que pode ser interessante do ponto de vista das empresas envolvidas, mas que gera graves prejuízos à concorrência ao erguer claras barreiras à entrada. Mesmo que os agricultores não queiram, hipoteticamente, utilizar outras tecnologias no momento, o desenvolvimento do mercado de inovação de sementes e o acesso a obtentores e melhoristas no mercado de sementes deve ser o mais equitativo possível, para garantir que a concorrência seja preservada com seus benefícios.

83. Com isso, é imperativo que as Requerentes alterem todas as cláusulas que possuem efeito potencialmente criador de barreiras a entrada, bem como aquelas que permitem qualquer interferência da Monsanto sobre a gestão estratégica das licenciadas, inclusive sua expansão, **(confidencial)**. Diante da posição dominante da Monsanto, estas cláusulas, como apresentadas, configuram prejuízos à concorrência.

84. Em síntese, verificamos, ao longo da instrução destes casos, que estas operações de licenciamento e comercialização de tecnologia em análise trazem características específicas que as qualificam como ato de concentração, sujeito ao controle da Lei antitruste no Brasil. Algumas destas características, quando cotejadas frente à estrutura produtiva do mercado de sementes de soja, erguem relevantes barreiras à entrada com claros prejuízos à concorrência, o que exige, não no contrato de licenciamento como um todo, mas em algumas dimensões particulares, a intervenção da autoridade concorrencial.

4. Da conclusão

Pelo exposto, conheço das operações e voto pela sua aprovação com restrições. Determino que as Requerentes alterem todas as cláusulas que permitam controle da Monsanto sobre as licenciadas em decisões comerciais

não relacionada à semente com tecnologia da Monsanto, **(confidencial)**, com a comprovação das referidas alterações no prazo de 60 dias a contar da publicação da decisão.

É o voto.

Brasília, 28 de agosto de 2013.

EDUARDO PONTUAL RIBEIRO
Conselheiro Relator