

Licenciamento de tecnologia sem cláusula de exclusividade: uma análise a partir do caso de licenciamento da intacta RR2 PROTM

Pollyana Pacheco Lima¹

RESUMO:

O presente artigo desenvolve um estudo acerca da possibilidade de atos de concentração via contratos de licenciamento de propriedade intelectual, a partir de uma análise do caso de licenciamento da tecnologia INTACTA RR2 PROTM. Valendo-se do conceito de Influência Dominante, o artigo observa o mercado de produção de sementes de soja no Brasil, sua estruturação e os impactos dos contratos de licenciamento de tecnologia nesse cenário, de forma a buscar uma resposta para a questão da necessidade de conhecimento dos contratos de licenciamento de patente sem cláusulas de exclusividade pelo Cade.

Palavras Chave: Licenciamento, Influência Dominante, Cláusula de Exclusividade, Propriedade Intelectual

ABSTRACT:

This article analyses the possibility of realizing concentration acts through contracts of licensing intellectual property, observing as empirical evidence the case of INTACTA RR2 PROTM. Therefore the article analyses the market of seeds production in Brazil, it's structure, and the impacts of licensing such technology in this scenario, using the concept of "Dominant Influence" as a tool for a better understanding of this situation. At least, the article searches also an answer to an old question at the CADE's jurisprudence: the need of having licensing contracts with non-exclusive clauses examined before their celebrations, once they might be considered concentration acts.

Key-Words: Licensing, Dominant Influence, Exclusive Clause, Intellectual Property.

Classificação JEL: K21

¹Aluna do 4º ano da graduação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (FDUSP). integrou em 2013 o núcleo de pesquisa e extensão "Direito e Pobreza", coordenado pelos professores Calixto Salomão e Carlos Portugal Gôuvea, no qual desenvolveu estudos e atividades relacionados a direito concorrencial, propriedade intelectual e desenvolvimento. Entre janeiro e fevereiro de 2014, realizou o programa PinCade de intercâmbio jurídico, participando de atividades desenvolvidas pela Procuradoria Geral do CADE (ProCade). Atualmente, estagia na Secretaria de Negócios Jurídicos (SNJ) da prefeitura de São Paulo. E-mail: pollyana.lima@live.com

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Controle externo, influência dominante e influência relevante do ponto de vista concorrencial. 2.1. Controle externo 2.2. Influência dominante 2.3 influência relevante do ponto de vista concorrencial 3. Licenciamento de propriedade intelectual e concentração empresarial no mercado de soja 3.1. Contratos de licenciamento no ftc 3.2. Mercado de sementes de soja 4. Licenciamento da intacta rr2 protm 4.1. Panorama 4.2. Análise dos votos 5. Conclusão 6. Referências Bibliográficas.

1. Introdução

Mesmo em uma análise perfunctória da jurisprudência do Conselho Administrativo de Defesa Econômico (Cade), é possível notar uma grande divergência de posicionamentos assumidos sobre a possibilidade de efeitos anticompetitivos oriundos de contratos de licenciamento de propriedade intelectual. É recorrente, nesse sentido, a presença da seguinte questão no tribunal do Cade: contratos de licenciamento de propriedade intelectual devem ser conhecidos pelo órgão, ainda que não apresentem cláusulas de exclusividade?

A pergunta acima tem significados mais complexos do que uma simples exigência procedimental-burocrática. Na verdade, em suma, a presente questão traduz uma dúvida sobre a capacidade dos contratos de licenciamento, ainda que sem cláusulas de exclusividade, atuarem enquanto instrumentos de um ato de concentração.

Observada essa constante polêmica enfrentada pelo Cade, o presente artigo pretende analisar se, de fato, os contratos de licenciamento de patentes podem gerar atos de concentração empresarial em mercados de alta concentração tecnológica, como o de agrobiotecnologia. Desse modo, intenta-se realizar uma análise qualitativa dos casos AC:08700.003898/2012-34, AC:08012.006706/2012-08, 08700.003937/2012-01, 08012.002870/2012-38 enquanto meio de se empreender uma análise dos impactos dos contratos de licenciamento de patentes. Para tanto, o estudo que se segue divide-se em três partes.

Primeiramente, em *Controle Externo, Influência Dominante e Influência Relevante do Ponto de Vista Concorrencial* enseja-se abordar conceitos essenciais para uma melhor compreensão dos atos que possam vir a ser considerados de concentração. Assim, visa-se estabelecer um instrumental jurídico para uma análise de possíveis estruturas jurídicas "menos visíveis ao olhar".

Em seguida, *Licenciamento de Propriedade Intelectual e Concentração Empresarial no Mercado de Soja* discute brevemente os atuais significados da propriedade intelectual e seu uso a partir de um mercado específico, o de biotecnologia relacionado ao cultivo de soja no

Brasil. Isso porque, como será possível perceber na parte seguinte, o caso a ser estudado relaciona-se ao desenvolvimento de biotecnologia no cultivo de soja. Uma análise capaz de observar os reais impactos econômicos dos contratos de licenciamento de tecnologia perpassa, necessariamente, por uma compreensão do mercado em que eles se inserem, ainda mais quando a discussão envolve um mercado tão concentrado e peculiar como o de agrobiotecnologia.

Em *Licenciamento da Intacta RR2 PROTM*, almeja-se discutir os casos AC:08700.003898/2012-34, AC:08012.006706/2012-08, 08700.003937/2012-01, 08012.002870/2012-38. Todos eles referem-se à concessão pela Monsanto de licença não exclusiva para desenvolver, testar, produzir e comercializar variedades de sementes de soja *Intacta RR2 PROTM* no Brasil. O caso em análise² mostra-se digno de um estudo aprofundado na medida em que seu julgamento suscitou diversos posicionamentos no tribunal da Cade: se inicialmente o Conselheiro Marcus Paulo Veríssimo apontava que o caso sequer merecia ser conhecido, por não figurar hipótese de ato de concentração tanto no art. 54 da lei 8.884/94 quanto do art. 88 da lei 12.529/2011, o Conselheiro Octaviani aponta questões relevantes para um entendimento mais profundo das práticas de transferência de tecnologia, votando por sua aprovação sem restrições, no caso concreto. O conselheiro Pontual, posteriormente, aponta novas questões dentro do caso que levam, por fim, a sua aprovação com restrições, por conta de possíveis cláusulas anticoncorrenciais do contrato de licenciamento.

Não só por esse percurso interessante, que perpassa desde a irrelevância do conhecimento de operações desse tipo até sua aprovação com restrições, o caso de *Licenciamento da Intacta RR2 PROTM* foi escolhido pela alta qualidade técnica com que os votos foram redigidos, pelos questionamentos intrigantes por ele suscitados e, sobretudo, pelo esforço conjunto do tribunal em buscar uma resposta aos questionamentos acerca dos impactos do licenciamento de propriedade intelectual em mercados tão concentrados quanto os de agrobiotecnologia. Indubitavelmente, esse é um *leading case* na análise dos contratos de licenciamento de tecnologias, bem como um instrumento esclarecedor acerca do funcionamento do mercado de soja brasileiro.

²Apesar de estarmos discutindo 4 atos de concentração, pela similaridade de conteúdo entre eles, bem como pela decisão do órgão se referir concomitantemente aos quatro casos, o presente estudo tratará os AC 08700.003898/2012-34, AC 08012.006706/2012-08, 08700.003937/2012-01, 08012.002870/2012-38 enquanto unidade, ou seja, referir-se-á aos tais no singular. Nesse sentido, quando os houver menção dos votos proferidos pelos conselheiros nos casos, a numeração de páginas apontada refere-se à paginação do voto do conselheiro em questão, uma vez que os mesmos votos foram proferidos em todos os atos mencionados mas não estão em folhas de números correspondentes.

Por fim, em *Conclusão* almeja-se refazer o percurso empreendido pelo artigo, expondo as principais conclusões que foram obtidas através desse estudo.

Desse modo, o presente artigo visa contribuir para a análise desse novo cenário da legislação concorrencial brasileira, observando na literatura e jurisprudência possíveis respostas para alguns dos questionamentos suscitados no Licenciamento da Intacta RR2 PROT M.

2. Controle externo, influência dominante e influência relevante do ponto de vista concorrencial

A fim de melhor compreender os conceitos acima mencionados, necessário se faz situá-los dentro de suas áreas do direito, permitindo-se, assim, entender não apenas seu conteúdo, mas também o objetivo para o qual foram criados. Observando-se os sentidos dos ramos da ciência jurídica, bem como seus pontos de contato e de diferenciação, podemos perceber o real papel do instrumental jurídico, utilizando-o como verdadeira ferramenta, ou seja, enquanto meio de se realizar determinadas diretrizes.

Nesse trabalho inicial de contextualização, portanto, importante se faz observar as diferenças e similitudes existentes entre direito concorrencial e direito societário. De acordo com Calixto Salomão, comum a ambos é a preocupação com a “realidade das formas”, ou, em outras palavras, a preocupação com as formas de disposição sobre unidades empresariais economicamente dependentes, porém juridicamente distintas ³

Contudo, apesar dessa preocupação comum, as soluções jurídicas destinadas por cada ramo se mostram, por vezes, muito diferentes. Enquanto o direito societário busca resolver a questão da “realidade das formas” através da desconsideração da personalidade jurídica, por exemplo, o direito concorrencial a soluciona através de outras ferramentas, como a teoria da influência dominante. Isso porque, conforme afirma Salomão, esses dois ramos do Direito possuem profunda diferença de escopo: enquanto a preocupação do direito societário relaciona-se à determinação dos interesses societários e do destino do patrimônio social, o direito concorrencial, analisando o mesmo objeto, busca “a manutenção de estruturas de mercado (concorrência) consideradas desejáveis do ponto de vista econômico”⁴

³SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito Concorrencial*. São Paulo: Malheiros, 2013, pp. 307

⁴Idem, pp.308

A consequência principal dessa diferença de objetivos reside, portanto, no objeto de proteção de cada um desses ramos. Enquanto o direito societário irá se voltar para a proteção do sócio minoritário e dos credores, o direito concorrencial tutelar os concorrentes e os consumidores, protegendo a existência do próprio mercado⁵. Dessa forma, nem sempre esses interesses são coincidentes, uma vez que determinadas práticas anticoncorrenciais (ex: venda casada) podem gerar lucros excessivos também aos minoritários.

No entanto, há uma grande intersecção entre direito societário e direito concorrencial: se esse último pretende proteger o mercado, deve controlar o aumento de poder econômico nele exercido e, portanto, dos atos de poder que permitam a um agente econômico decidir sobre a destinação empresarial de algum tipo de patrimônio, atos societários. Nesse sentido, Calixto Salomão propõe dois desvios necessários dos conceitos concorrenciais para os conceitos societários, a fim de sua melhor interpretação. Primeiramente, a empresa deve ser entendida enquanto atividade empresarial, visando-se, assim, abarcar todos os modos e formas jurídicas de exercício de uma atividade econômica. Em segundo lugar, e também mais importante para o objeto de análise do presente artigo, a forma de análise do poder de controle das decisões empresariais deve ser realizada de maneira diferenciada. Para o direito concorrencial não se faz crucial a existência de qualquer liame que permita controlar os resultados financeiros da atividade econômica ou a destinação do patrimônio empresarial, ao contrário, o direcionamento da análise concorrencial volta-se para a existência de *poder de influência nas decisões mercadologicamente relevantes de outra empresa*⁶.

Dessa forma, ainda que o direito concorrencial e o direito societário tenham diversas intersecções e atuem sobre um mesmo objeto, a empresa, analisam-na de perspectivas diferentes, com objetivos diferentes. O escopo publicístico do direito concorrencial de proteção das estruturas mercadológicas torna o direito concorrencial (e, conseqüentemente, os conceitos e institutos que lhe integram) menos suscetível à realidade das formas, atrelando-o muito mais aos efeitos da atividade empresarial no mercado do que aos instrumentos de realização desses efeitos.

⁵Idem, pp. 308

⁶SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito Concorrencial*. São Paulo: Malheiros, 2013, pp.308-309.

2.1. Controle externo

Adolf Berle⁷ inovou ao tratar do tema da propriedade empresarial enquanto dinâmica, diferenciando o título da propriedade do seu controle, afirmando que o controle passou a ser muito mais do que algo, uma posição, um poder. Se inicialmente o direito subjetivo de propriedade poderia ser traduzido como a faculdade de usar, fruir e dispor do bem, o controle empresarial implicaria numa desconexão desses poderes para com o direito de propriedade, de tal sorte que o controle de fato da coisa (no caso, ações) possa ser exercido por outros que não os titulares de direito do bem. Uma das modalidades de controle trazidas por esse autor no clássico “The Modern Corporation and The Private Property” dizia respeito ao controle exercido não por membros da sociedade, mas sim por outros agentes externos à companhia: o chamado controle externo.⁸

O conceito de controle externo empresarial relaciona-se ao direito societário e, portanto, insere-se nos objetivos desse ramo da ciência jurídica (determinação dos interesses societários e destinação do patrimônio social, visando a proteção do minoritário e do credor). Conforme definição de Comparato, controle externo é aquele exercido “não necessariamente por um membro de qualquer órgão social, mas [por um controlador] que exerce o seu poder de dominação *ab extra*”⁹. Seria, portanto, uma dominação de fato exercida a partir de relações negociais.

A ideia de controle externo surge na legislação societária alemã a partir do reconhecimento da *influência dominante* que uma sociedade possa exercer sobre a outra, direta ou indiretamente¹⁰, visando-se, dessa forma, abarcar todas as hipóteses em que o controle não decorre da posição majoritária (controle minoritário, gerencial, e também controle externo). Posteriormente, o conceito foi incorporado também em outros diplomas societários europeus¹¹. A legislação societária brasileira, contudo, ao definir a figura do

⁷BERLE, Adolf A. “Control” in Corporate Law.” *Columbia Law Review*, v.58, pp. 1212-1225, 1958, pp. 1215.

⁸BERLE, Adolf Augustus; MEANS, Gardiner Gardiner Coit. *The modern corporation and private property*. Transaction Publishers, 1991, pp.74.

⁹COMPARATO, Fábio Konder. SALOMÃO FILHO, Calixto. *O poder de controle na Sociedade Anônima*. 5. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, pp.89

¹⁰Legislação societária alemã de 1937:15§I *sind rechtlich selbstaendige Unternehmen zu wirtschaftlichen Zwecken unter einheitlicher leitung zusammengesfasst, so bilden sie einen konzern, die einzelnen unternehmen sind konzernunternehmen*. Em tradução livre: “Empresas juridicamente independentes com mesmos objetivos econômicos e direção única se tornam parte de um mesmo conglomerado”

¹¹Exemplo é código civil italiano, em seu art.2.359, alínea 3ª: Art. 2359:Società controllate e società collegate 3) *le società che sono sotto influenza dominante di un'altra società in virtù di particolari vincoli contrattuali con essa*.

controlador no art. 116 da lei 6404/76, não previu expressamente o controle exercido por agente externo à companhia.

Ao dissertar sobre o tema em “O poder de controle nas S.A.”, Comparato nos fornece várias situações em que é possível observar o exercício de um controle externo, seja pela existência de um poder relevante de credores que lhes permite orientar os rumos da companhia ou ainda pela existência de um comprador com grande poder, como nas situações em que o Estado é o maior, senão único, comprador de um determinado produto. Em suma, o que melhor permite identificar a existência ou não de um poder de controle externo à companhia seria a existência de *dependência econômica*¹².

Ainda que esse seja um conceito útil para a identificação, Comparato ressalva que, enquanto a dependência econômica busca individualizar situações relevantes para o direito concorrencial, controle externo é um conceito eminentemente societário e, portanto, serve aos escopos que lhe são intrínsecos, não devendo ser confundidos¹³. Mais à frente, Konder Comparato torna claro que para a explicação da situação de controle, do ponto de vista da *fattispecie*, não há diferença entre situações de direito e de fato, sendo possível admitir o surgimento de uma relação jurídica a partir de uma relação contratual de fato¹⁴.

Controle, enquanto poder sobre bens alheios¹⁵, não responderia de maneira suficiente aos questionamentos pontuados pelo direito concorrencial. Dessa forma, uma análise que se pautasse nesse conceito para observar a situação de dependência existente no mercado de agrobiotecnologia brasileiro deve observar o poder de disposição dos bens das empresas “controladas”, o que pode não ser suficiente para descrever os reais impactos dos contratos de licenciamento de tecnologia nesse mercado.

2.2. Influência dominante

A ideia de influência dominante, a qual originou a conceituação de controle externo na legislação alemã, conforme anteriormente abordado, sofre muitas críticas para um uso societário por conta de sua enorme abrangência, não tendo, na prática, utilidade¹⁶. Contudo,

¹²COMPARATO, Fábio Konder. SALOMÃO FILHO, Calixto. *O poder de controle na Sociedade Anônima*. 5. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, pp.90-93.

¹³Idem, pp.97.

¹⁴Idem, pp.123.

¹⁵Idem, pp.121.

¹⁶Idem, pp.81.

para o direito concorrencial, “essa maior abrangência é, antes que um defeito, um mérito”¹⁷. Uma vez que o direito concorrencial prima pela realidade econômica em sua análise às formas jurídicas, esse conceito permite a atribuição de uma conotação concorrencial e econômica, o que lhe diferencia do uso societário da expressão “controle”.

Influência dominante, em direito concorrencial, é identificada enquanto “poder de influir sobre o planejamento empresarial de outro agente econômico”¹⁸. Para tanto, diferentemente do controle que é o poder de disposição da atividade empresarial, a influência dominante caracteriza-se pelo controle sobre as decisões relacionadas à produção e à atuação da empresa no mercado¹⁹.

Conforme Calixto Salomão, quatro áreas são essenciais a fim de permitir tal controle de planejamento: pesquisa e desenvolvimento, investimento, produção e vendas. Ressalta ainda o autor que a existência de influência dominante caracteriza-se por uma maior estabilidade e duração de tempo do que o mero controle externo, devendo estar sedimentada em bases estruturais e estáveis, não sendo suficiente para demonstrá-la o poder de se determinar a prática de um ato isolado²⁰.

Assim, Calixto coloca duas possíveis origens para a influência dominante: uma societária (embasada tanto no controle interno quanto externo) e outra contratual, ambas relacionadas às quatro áreas essenciais acima discriminadas. A origem contratual, objeto de maior interesse para esse estudo, é por esse autor entendida como resultante de alguma dessas três hipóteses: contratos que confirmam a seu titular o direito de gerir o empreendimento, contratos que permitam ao seu titular eleger diretamente membros da administração e, por último, os chamados “negócios jurídicos indiretos”, os contratos que conferem direitos muito superiores àqueles necessários a seus titulares para atingirem seus objetivos primários²¹.

Dessa forma, percebe-se traçada uma delimitação do conceito de influência dominante. Tal delimitação, conforme afirmado por Calixto, não almeja excluir de uma análise concorrencial, outras possíveis situações em que haja o estabelecimento de alguma relação importante entre empresas. A ausência de uma influência dominante, no entanto, implicaria na impossibilidade de presunção de um ato de concentração econômica, ou seja,

¹⁷SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito Concorrencial*. São Paulo: Malheiros, 2013, pp. 310.

¹⁸Idem, pp. 311.

¹⁹Idem, pp. 311.

²⁰Idem, pp. 312.

²¹Idem, pp. 313-314.

tornaria inviável assumir que as empresas irão agir enquanto unidade e, portanto, não seria possível aplicar as consequências jurídicas relativas a um ato de concentração²².

Importante ressaltar que através do instrumental analítico acima descrito por Calixto Salomão temos a oportunidade de observar atos de concentração desenhados através de formas pouco usuais, ou seja, com grande grau de inovação. A criatividade do jurista na elaboração de (novos) tipos contratuais pode permitir à empresa o exercício de uma *influência dominante* sobre sua contratada não só quando interfere de forma mais direta em seu funcionamento (conferindo direitos de gestão do empreendimento ou permitindo a indicação de membros da administração), mas também ao trazer direitos muito superiores àqueles necessários à realização do negócio principal – no caso em análise, o licenciamento de tecnologia para a produção de soja transgênica, conforme será posteriormente melhor discutido.

2.3. Influência relevante do ponto de vista concorrencial

Visando atingir as situações em que haja uma possível cooperação econômica por conta de estruturas societárias de controle interno ou externo, seja ele de fato ou de direito, surge o conceito de influência relevante do ponto de vista concorrencial. Nesse sentido foi no direito alemão quem criou o conceito, justamente a fim de prevenir formas societárias que buscavam evitar a aplicação da regra geral acima descrita para a influência dominante, reconhecendo também serem essas hipóteses para além da conceituação de influência dominante e, portanto, não podendo ser enquadradas enquanto concentracionistas.

Influência relevante do ponto de vista concorrencial é conceituada por Calixto, dessa forma, como existindo “naqueles casos em que a conformação da estrutura societária torna possível (e aconselhável) presumir o comportamento cooperativo”²³. Se o conceito de influência dominante introduzia uma nova forma de estruturação de atos de concentração por vias contratuais, e não societárias, a influência relevante vem trazer justamente a ideia oposta, ou seja, a possibilidade de se estruturar formas de cooperação empresarial através de arranjos societários. Calixto apresenta, a título de exemplo, formas assumidas pelo conceito de influência relevante, como o direito a veto dentro de uma sociedade²⁴.

²²Idem, pp. 315.

²³Idem, pp. 316.

²⁴Idem, pp. 315-317.

Contudo, ainda mais interessante para nosso objeto de estudo é a análise desse autor com relação aos contratos relacionados ao item IV do art. 90 da lei 12.529/2012, a saber, contratos associativos, consórcios ou joint ventures. Calixto afirma que não é possível determinar *a priori*, por suas estruturas limítrofes, se esses atos são cooperativos ou concentracionistas, devendo-se, conseqüentemente, determinar inicialmente o caráter dessas relações empresariais através de uma análise dos objetivos econômicos e da dependência econômica gerada²⁵.

Dessa forma, podemos concluir que a real natureza de um ato – e conseqüentemente se sujeito ao controle de condutas ou ao de atos de concentração – não prescreve alguma forma específica. Isso porque, devido aos chamados “negócios indiretos” acima estudados ou às várias formas assumidas para a realização de atos de cooperação empresarial, não podemos previamente dizer, em situações limite, se determinado contrato irá ou não gerar uma dependência econômica e direção da atividade empresarial por uma das partes. Um conhecimento das estruturas de mercado e dos tipos contratuais indubitavelmente são fatores essenciais para observarmos quais os objetivos econômicos por detrás da roupagem jurídica assumida pelo contrato ou o grau de dependência por ele gerado.

Nesse sentido, vejamos agora os contratos de licenciamento de propriedade intelectual, a sua importância na dinâmica empresarial e observemos também o desenvolvimento do mercado de soja a partir de novas tecnologias, de modo a percebermos o caráter dos contratos de licenciamento.

3. Licenciamento de propriedade intelectual e concentração empresarial no mercado de soja

Alguns autores chegam a afirmar que “a principal estrutura legal de criação de poder econômico dos tempos atuais é, sem dúvidas, a patente”²⁶. Vista como um monopólio legal conferido a um agente econômico, o melhor entendimento acerca desse instituto reside hoje em sua compreensão enquanto ferramenta de proteção e estímulo à concorrência, observando-

²⁵Idem, pp. 320.

²⁶SALOMÃO FILHO, Calixto. Direito Concorrencial. São Paulo: Malheiros, 2013, pp. 346.

lhe um caráter público, não estando a propriedade intelectual, portanto, infensa à aplicação do direito antitruste²⁷.

Nesse cenário, a presente seção visa discutir, brevemente, qual o papel do licenciamento de propriedade intelectual com foco no mercado de sementes brasileiro. Para tanto, irá inicialmente discorrer de maneira sucinta sobre os contratos de licenciamento de propriedade intelectual face o “Antitrust Guidelines for the Licensing of Intellectual Property”, da Federal Trade Commission (FTC), tendo em mente a importância das diretrizes por ele estabelecidas num tratamento mais uniforme da propriedade intelectual. Posteriormente, a partir dos votos relacionados ao caso de *Intacta RR2 PROTM* e de literatura sobre o tema, esse estudo prosseguirá discutindo a atual estruturação do mercado de sementes de soja no Brasil, e o papel do licenciamento de tecnologia dentro dele.

3.1. Contratos de licenciamento no FTC

Os contratos de licenciamento de propriedade intelectual permitem a difusão de determinada tecnologia a outros agentes econômicos que não aqueles detentores da propriedade licenciada. O FTC analisa o licenciamento de propriedade intelectual, em abstrato, enquanto uma prática positiva, benéfica tanto para consumidores, por conta de redução de custos que a integração das tecnologias irá propiciar, quanto para os desenvolvedores da tecnologia, os quais têm seu mercado ampliado²⁸.

Contudo, o próprio *Guidelines* do FTC sinaliza que o licenciamento de patentes pode acarretar problemas anticompetitivos quando cria barreiras à entrada de possíveis novos competidores ou diminui a potencialidade de entrada de novos agentes quando comparado com a situação em que não existiria o licenciamento.²⁹ Analisando os acordos de

²⁷SALOMÃO FILHO, Calixto. Direito Industrial, Direito Concorrencial e Interesse Público. Revista CEJ, Brasília, n. 35, p. 12-19, out./dez. 2006, pp. 14. Esse é também o entendimento do EU Guidelines application of article 81: “The fact that intellectual property laws grant exclusive rights of exploitation does not imply that intellectual property rights are immune from competition law intervention. Articles 81 and 82 are in particular applicable to agreements whereby the holder licenses another under-taking to exploit his intellectual property rights. Nor does it imply that there is an inherent conflict between intellectual property rights and the Community competition rules. Indeed, both bodies of law share the same basic objective of promoting consumer welfare and an efficient allocation of resources. Innovation constitutes an essential and dynamic component of an open and competitive market economy.”

²⁸ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Federal Trade Commission - *Horizontal Merger Guidelines (2010)*, pp.05. Disponível em <<http://www.ftc.gov/sites/default/files/attachments/merger-review/100819hmg.pdf>>. Acesso em: 05 mar. 2014.

²⁹ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Federal Trade Commission - *Horizontal Merger Guidelines (2010)*, pp.19. Disponível em <<http://www.ftc.gov/sites/default/files/attachments/merger-review/100819hmg.pdf>>. Acesso em: 05 mar. 2014. “*However, antitrust concerns may arise when a licensing arrangement harms*

licenciamento de propriedade intelectual envolvendo exclusividade, o FTC afirma que acordos não exclusivos, que não contenham nenhuma restrição anticompetitiva de conduta das partes, geralmente não apresentam preocupações antitruste. Isso porque licenças não exclusivas normalmente não diminuem a competição que ocorreria em sua ausência, ainda que as partes estejam numa relação de competição horizontal.

Ainda sim, a despeito da afirmação anterior, o *Guidelines of intellectual property* ressalta que o foco de análise dos contratos de licenciamento recai não em sua forma, mais sim em seus reais efeitos práticos. Nesse sentido, ainda que acordos de licenciamento possam ser denominados como “não-exclusivos”, podem acarretar preocupações concorrenciais, a depender de sua estruturação. Um contrato que aparentemente não contenha nenhuma cláusula de exclusividade de modo explícito pode ser redigido de tal forma a gerar um aumento significativo de custos para o uso de outras tecnologias concorrentes, por exemplo³⁰.

Percebe-se que as diretrizes ofertadas pelo FTC levam a uma necessidade de análise dos contratos de licenciamento a partir da ótica de seus efeitos. Dessa forma, a despeito de formas jurídicas pouco usuais, situações em que o desenvolvimento de tecnologias concorrentes seja minado devido às práticas de licenciamento devem ser reprimidas pelo direito concorrencial. Se esse contrato tem o condão ou não de gerar uma concentração econômica, devendo, portanto, ser disciplinado pela ótica estrutural do direito concorrencial, não é algo que se pode inferir a partir do documento elaborado pelo FTC.

3.2. Mercado de sementes de soja

Conforme apontado anteriormente, para determinarmos o caráter de um ato econômico (se cooperativo ou concentracionista) devemos proceder numa análise dos objetivos e independência econômicos gerados por sua consecução. Essa análise necessariamente demanda uma observação do mercado no qual o ato se insere, o que será feito a seguir com relação ao licenciamento de tecnologia para produção de sementes de soja.

Costa e Santana, ao se debruçarem sobre o tema, realizaram um estudo empírico a partir dos dados consolidados no RNC (Registro Nacional de Cultivares) sobre o poder de monopólio existente no segmento de desenvolvimento de sementes de soja, transgênicas e convencionais, no Brasil. A produção de sementes poderia, em suma, ser dividida em dois

competition among entities that would have been actual or likely potential competitors in a relevant market in the absence of the license (entities in a “horizontal relationship”).”

³⁰Idem, pp.20.

mercados: i) o de sementes convencionais e ii) o de sementes geneticamente modificadas (transgênicas).

Segundo Costa, a indústria de sementes é, basicamente, composta por empresas nacionais e estrangeiras, caracterizadas por investir fortemente em pesquisa e desenvolvimento de novas variedades de plantas³¹. Enquanto o mercado de sementes convencionais poderia ser considerado desconcentrado, haveria uma grande concentração naquele de sementes transgênicas.

A fim de melhor compreender essa concentração de mercado, faz-se necessário conhecer a cadeia produtiva das sementes geneticamente modificadas. Segundo voto do conselheiro Pontual³², a cadeia de sementes de soja geneticamente modificadas é composta por 5 níveis: 1) Desenvolvimento de tecnologia transgênica; 2) desenvolvimento do Germoplasma, etapa na qual as empresas de melhoramento genético (chamadas *obtentoras*) desenvolvem diferentes sementes de soja- ocorre aqui a introdução das tecnologias desenvolvidas na etapa anterior, para permitir o aprimoramento genético das sementes presentes no “banco de sementes” existente, o Germoplasma; 3) Multiplicação de Sementes para sua comercialização em larga escala; 4) Distribuição e comercialização; 5) Aquisição da soja com tecnologia transgênica ou convencional pelo produtor.

Como afirmado anteriormente, existe uma concentração intensa no mercado de desenvolvimento das sementes geneticamente modificadas. Do total de cultivares de soja registradas, 301 são transgênicas e dessas 259 contam com a tecnologia Roundup Ready, patenteada pela MonSanto Company³³. A tabela abaixo ilustra a participação de mercado no desenvolvimento das sementes transgênicas.

³¹COSTA, Nilson Luiz. SANTANA, Antônio Cordeiro de. Poder de mercado e desenvolvimento de novas cultivares de soja transgênicas e convencionais: análise da experiência brasileira. *Revista de Ciências Agrárias*, Belém, v. 56, p. 61-68, 2013, pp.04.

³²BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Ato de Concentração nº. 08700.003898/2012-34, Conselheiro Relator Alessandro Serafin Octaviani Luis. Disponível em:<<http://www.cade.gov.br/Default.aspx?a8889b6caa60b241d345d069fc>>. Acesso em: 02 mar. 2014. Voto Conselheiro Eduardo Pontual, pp.12.

³³COSTA, Nilson Luiz. SANTANA, Antônio Cordeiro de. Poder de mercado e desenvolvimento de novas cultivares de soja transgênicas e convencionais: análise da experiência brasileira. *Revista de Ciências Agrárias*, Belém, v. 56, p. 61-68, 2013, pp.04.

Tabela 1 – *Market Share* das empresas segundo variedades de Soja Transgênica Registrada no Brasil (%)

Empresa	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010
Monsanto do Brasil Ltda	66,67	75,56	82,81	87,25	89,57	86,96	88,24	88,86
DuPont do Brasil Ltda	33,33	24,44	17,19	12,75	8,59	7,25	5,88	5,28
Outras	-	-	-	-	1,84	5,80	5,88	5,87
Total	100	100	100	100	100	100	100	100

Fonte: Costa et Al

Costa conclui que “a P, D & I em biotecnologia e genética de novas cultivares transgênicas ocorre em um cenário de alta concentração de mercado, em que a empresa Monsanto é dominante.”³⁴. Devido o presente cenário de concentração das sementes transgênicas face à desconcentração do mercado de sementes convencionais, a estratégia da empresa dominante busca consolidar as sementes transgênicas em detrimento das convencionais, uma vez que nesse mercado a empresa tem a possibilidade de auferir lucros muito acima daqueles em que há maior nível de concorrência³⁵.

O pesquisador afirma que em 2010, segundo a Associação de Produtores de Semente de Mato Grosso, a Monsanto promoveu o aumento da oferta de transgênicos por meio da redução de variedades convencionais: enquanto nas safras anteriores havia uma proporção de 50%/50% de oferta entre convencionais e transgênicos, essa proporção foi alterada para 15%/85% nas safras seguintes³⁶.

O licenciamento de tecnologia, nesse sentido, permite a dispersão e aumento da dependência de um mecanismo do qual a Monsanto é praticamente monopolista nas fases iniciais da cadeia de produção da soja transgênica. Conforme coloca Costa “Seu alcance vai além de sua subsidiária, a empresa Monsoy (atuante no segundo nível de produção da cadeia, na produção do banco de Germoplasma), e chegou às principais organizações que desenvolvem novas variedades convencionais, por meio de convênios que permitem a utilização da tecnologia RR. Deste modo, as novas variedades transgênicas resistentes ao herbicida glifosato e desenvolvidas com tecnologia RR, mesmo que por pesquisadores e em instalações da Embrapa, da Coodetec, da Fundacep ou da Agência Rural, estão sob o regime

³⁴Idem, pp. 07

³⁵Idem, pp. 06

³⁶Idem, pp.06

de cobrança de royalties da Monsanto (uma vez que estão no segundo nível da cadeia de produção, dependendo, portanto, da tecnologia gerada no primeiro nível). Em função disso, além de elevado, o poder de mercado dessa empresa tende a aumentar.”³⁷.

O sistema de cobrança de Royalties da Monsanto, por sua vez, ocorre em dois níveis da cadeia de produção. Conforme esclarecimento da Monsanto em diligência determinada pelo conselheiro Eduardo Pontual para o caso de Licenciamento da *Intacta RR2 PROT M*³⁸, o agricultor paga por três vezes royalties à licenciadora da tecnologia transgênica. A primeira é realizada no momento da aquisição das sementes junto aos multiplicadores, de modo que “a Monsanto monitora 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”³⁹. A segunda forma se refere à utilização de sementes salvas dentro da Lei de Proteção dos Cultivares. A terceira ocorre na ocasião de entrega do grão de soja nos pontos de entrega (POD-*Point Of Delivery*), de forma que, sendo a soja geneticamente modificada, ocorre o pagamento do royalty. Há também uma quarta cobrança, paga pelos multiplicadores, o “royalty de multiplicação”.

Na prática, como observa o conselheiro Pontual⁴⁰, ainda que não haja cobrança de royalties das empresas obtentoras pela modificação genética nos contratos com as licenciadas, essa cobrança acontece de fato. Uma vez que não há como pensar no desenvolvimento de um cultivar que não envolva sua comercialização, necessariamente haverá um momento no qual tanto a obtentora quanto a licenciadora do evento genético serão remuneradas pela inovação obtida. Nesse sentido os contratos de licenciamento dessa tecnologia não são de licenciamento exclusivamente para desenvolvimento tecnológico, mas também de licenciamento comercial.

Pelo exposto, tem-se nítida a dependência econômica para com a empresa Monsanto pelas obtentoras, bem como o alto grau de concentração da produção de tecnologia transgênica. Mas até que ponto os contratos de licenciamento dessa patente têm o condão de gerar uma influência nos rumos empresariais das obtentoras? Estaria a Monsanto, de fato, direcionando o planejamento empresarial dos outros níveis da cadeia de produção das sementes geneticamente modificadas, sobretudo em suas áreas de pesquisa e

³⁷Idem, pp.06

³⁸BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Ato de Concentração n°. 08700.003898/2012-34, Conselheiro Relator Alessandro Serafin Octaviani Luis. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/Default.aspx?a8889b6caa60b241d345d069fc>>. Acesso em: 02 mar. 2014. Voto Conselheiro Eduardo Pontual, pp.14.

³⁹Idem, pp.14.

⁴⁰Idem, pp.15.

desenvolvimento, investimento, produção e vendas através de contratos de licenciamento de tecnologia, ainda que sem cláusulas de exclusividade?

4. Licenciamento da intacta RR2 PROTM

A fim de permitir uma melhor análise do caso, essa seção irá se estruturar em dois tópicos. Inicialmente será feita uma breve exposição do percurso do caso, relatando-se superficialmente o conteúdo dos votos proferidos de modo a conferir um panorama geral do acordo. Posteriormente, seguir-se-á uma análise mais minuciosa acerca dos argumentos presentes nos votos emanados, visando discutir as questões que embasam a análise dos acordos de licenciamento de propriedade intelectual enquanto atos de concentração.

4.1. Panorama

Conforme adiantado ao longo do artigo, o presente caso trata de quatro atos de concentração relativos a contratos de licenciamento da tecnologia Intacta RR2 PROTM, relacionada à produção de sementes transgênicas de soja. Em todos os casos, a empresa Monsanto figura como licenciante enquanto as empresas Cooperativa Central de Pesquisa Agrícola, Don Mario Sementes Ltda, Nidera Sementes Ltda e Syngenta Proteção de Cultivo Ltda são as licenciadas dos julgados AC 08700.003898/2012-34, 08700.003937/2012-01, AC 08012.006706/2012-08, AC 08012.002870/2012-38; respectivamente.

Importante ressaltar que o caso⁴¹ trata de concessão de licença *não-exclusiva* de tecnologia para testar, desenvolver, produzir e comercializar um tipo específico de semente cuja a tecnologia de base é protegida por direitos de propriedade industrial de titularidade da Monsanto. Nesse sentido, o SDE e a SEAE conferiram pareceres pela aprovação sem restrições dos acordos, pautando-se em jurisprudência anterior do Cade para contratos de licenciamento de uso não-exclusivo⁴².

Os casos foram levados a julgamento na 13ª Sessão Ordinária de 12.12.12, em que figuravam como relator os conselheiros Marcos Paulo Veríssimo (AC 08012.002870/2012-38- Monsanto/Syngenta) e Alessandro Octaviani (demais atos). Seus votos, no entanto,

⁴¹Vide nota de rodapé nº 1

⁴²AC 08012.000344/2010-71, AC 08012.005472/2010-10.

divergiram substancialmente quanto a uma questão procedimental: a necessidade ou não de conhecimento do caso.

Enquanto o conselheiro Veríssimo defendia a não necessidade, apontando critérios objetivos para delinear quando casos de licenciamento de tecnologia deveriam ou não ser conhecidos pelo Cade, o conselheiro Octaviani seguiu outra linha argumentativa. A seu ver, a administração pública deveria assumir uma posição de “humildade cognitiva”, observando sua assimetria informacional face a esse setor e os riscos concorrenciais que a transferência de tecnologia pode representar. Votou, desse modo, pelo conhecimento das operações de licenciamento de tecnologia nesse modelo, ou seja, enquanto ato de concentração, aprovando a operação do caso concreto sem restrições, no mérito.

Instaurada a polêmica e considerando a relevância do debate para a definição do significado de ato de concentração, a conselheira Ana Frazão pediu vista e sugeriu a conversão do julgamento em diligência, sugestão essa que foi acatada pelo conselho.

Em seu voto vista, a conselheira opinou pelo não conhecimento da operação, entendendo que o contrato de licença sem exclusividade não corresponderia a um ato de concentração somente pelo risco de gerar efeitos anticompetitivos. Por consequência, esse tipo de contrato não deveria gerar a obrigatoriedade de notificação prévia, mas ser analisado via controle de condutas.

O conselheiro Elvino também proferiu voto vista sobre o caso. Em suma, acompanhou o entendimento do conselheiro Octaviani, destacando na literatura econômica os possíveis efeitos concorrenciais dos contratos de licenciamento de tecnologia. Propôs, contudo, dois critérios para o conhecimento dos casos de licenciamento de patentes: a existência de cláusula de exclusividade no contrato ou a criação de barreiras à entrada oriundas desses acordos. No caso concreto, entendeu que o presente contrato criava um desincentivo à inovação, votando por isso pelo conhecimento da operação e em sua aprovação sem restrições, no mérito.

Novamente o julgamento foi convertido em diligências, dessa vez a pedido do conselheiro Eduardo Pontual. Em voto proferido na 27ª Sessão Ordinária, o conselheiro suscitou que, na verdade, as discordâncias presentes nos votos seriam apenas aparentes, afirmando que todos os contratos de licenciamento de patente que envolvam restrições ou desincentivos na escolha da contratação de outros licenciadores por parte da licenciada ou envolvam restrições ao desenvolvimento de produtos concorrentes próximos merecem ser conhecidos pelo órgão. Seu voto difere dos demais, no entanto, porque em análise das cláusulas contratuais face às novas informações prestadas pela Monsanto o conselheiro conclui a existência de “influência externa da Monsanto nas decisões comerciais da licenciada

além dos produtos sujeitos à licença”⁴³ através do modelo de incentivos de remuneração predisposto no contrato. Assim, vota pelo conhecimento da operação e, no mérito, por sua aprovação com restrições.

Observadas suas ponderações, os conselheiros Alessandro Octaviani e Ana Frazão retificaram seus votos a fim de aderir à aprovação com restrições. O conselheiro Vinícius Marques de Carvalho acompanhou o voto de Pontual, vencidos os conselheiros Elvino de Carvalho Mendonça e Marcos Paulo Veríssimo, os quais votaram pela aprovação sem restrições.

4.2. Análise dos votos

Como foi possível notar através do sucinto relatório do caso, a principal questão em discussão sobre a necessidade de conhecimento dos contratos de licenciamento de propriedade intelectual sem cláusulas de exclusividade diz respeito ao fato desses serem ou não considerados enquanto atos de concentração.

Com a mudança da legislação concorrencial brasileira, o controle de estruturas de mercado sofreu sensíveis alterações, inclusive com relação aos tipos de atos que devem ser analisados sob a ótica estrutural. Se na lei 8.884/94 o art. 54 predicava que todos os atos que pudessem falsear a concorrência ou resultar na dominação de mercado relevante, independentemente de sua forma, deveriam ser controlados pelo Conselho Administrativo de Defesa da Concorrência (Cade), o art. 90 da lei 12.529/11 delimita a questão de maneira muito mais restrita. Para o novo diploma legal, os atos de concentração resumem-se às hipóteses de fusão (inciso I), aquisição de controle por diversas formas (inciso II), incorporação (inciso III) e celebração de contrato associativo, consórcio ou *joint venture* (inciso IV).

Face esse novo cenário, a discussão sobre o que compete ou não à apreciação do Cade em caráter de controle de estrutura ganha novos contornos ⁴⁴. Se antes qualquer ato de natureza cooperativa era inserido como parte do controle estrutural, hoje a abertura para esse tipo de caso reduziu-se à hipótese do inciso IV do art. 90 da nova lei. Definir em que medida

⁴³BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. *Ato de Concentração n.º. 08700.003898/2012-34*, Conselheiro Relator Alessandro Serafin Octaviani Luis. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/Default.aspx?a8889b6caa60b241d345d069fc>>. Acesso em: 02 mar. 2014. Voto Conselheiro Eduardo Pontual, pp.16.

⁴⁴Conforme afirma Calixto Salomão, “O sistema da nova lei concorrencial (12.529/2011) é diverso (...), optou-se por um controle estrutural focado nos atos de concentração (...)”. *Direito Concorrencial*. São Paulo: Malheiros, 2013, pp. 323.

contratos associativos tem o condão de gerar uma influência dominante ou ao menos relevante do ponto de vista concorrencial suficiente para gerar um controle estrutural passa a ser uma questão não plenamente estabelecida na jurisprudência do Conselho.

A questão é, inclusive, muito bem pontuada através do voto da conselheira Ana Frazão, a qual sistematiza o tema através das seguintes perguntas⁴⁵:

- (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 medidas eventuais efeitos anticompetitivos decorrentes destes contratos podem ou devem ser tratados pelo controle de estruturas?

Frazão conclui que tal tipo de contrato de licenciamento de tecnologia não pode ser considerado um contrato associativo, a partir de uma análise comparada dos contratos de *joint venture*. Isso porque, ainda que assuma que eles possam gerar efeitos anticompetitivos, entende que o mero objetivo de colaboração ou cooperação não seria suficiente para caracterizar a atuação conjunta empresarial característica da concentração. Para ela, somente se poderia considerar o contrato de licenciamento de propriedade intelectual sem exclusividade enquanto contrato associativo caso se adotasse um sentido amplo de cooperação, o que implicaria tornar associativos todos os contratos empresariais de execução continuada, tais como mandato, agência, distribuição, comissão mercantil, concessão mercantil, representação e franquia, os quais podem apresentar muito mais elementos “associativos” do que aqueles de licenciamento de tecnologia.⁴⁶

A conselheira observa, ainda, o caráter pró-competitivo, em geral, oriundo do arranjo de licenciamento de tecnologias, por permitir sua difusão no mercado. Com relação aos questionamentos sobre a possibilidade de tal tipo de contrato ocasionar um “controle externo” das atividades empresariais, conforme ressaltado pelo voto de Octaviani, a conselheira afirma que o “controle externo” não poderia ser regulado *ex ante*. Isso porque, por ser um poder meramente fático, seria insuscetível de apreensão apriorística, de modo que toda vez que ele

⁴⁵BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Ato de Concentração nº. 08700.003898/2012-34, Conselheiro Relator Alessandro Serafin Octaviani Luis. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/Default.aspx?a8889b6caa60b241d345d069fc>>. Acesso em: 02 mar. 2014. Voto Conselheira Ana Frazão, pp.07.

⁴⁶Idem, pp.08-18.

decorresse do exercício efetivo do poder empresarial em virtude da dinâmica contratual e não das cláusulas contratuais em si, a única maneira de controlá-lo seria aguardar sua manifestação⁴⁷.

Em outras palavras, a mera possibilidade de haver controle externo leva apenas à conclusão da possibilidade de haver ato de concentração, o que poderá ou não ocorrer. Essa simples possibilidade, contudo, não seria suficiente para gerar um controle de estrutura aprioristicamente, conforme a conselheira⁴⁸.

Marcos Paulo Veríssimo, ainda que em outros termos, observa a questão de maneira similar. Sua análise dos precedentes de casos de licenciamento de tecnologia o leva a concluir que as preocupações concorrencias que decorrem do exercício abusivo do direito de patente são mais ligadas ao controle repressivo, “porque é normalmente muito difícil para a autoridade antitruste antever as possibilidades de abuso decorrentes de um contrato”⁴⁹.

Além do que, contratos de licenciamento não exclusivo de patentes, para o conselheiro, não teriam o condão de gerar “concentração econômica” ou se encaixariam em qualquer das hipóteses do art. 90 da lei 12.529/2011. Assim, estabelece que, ao menos em análise *prima facie* atos de concentração similares ao que está sendo julgado não devem ser conhecidos por (i) ter como objeto 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 iv) tampouco prever cláusulas de exclusividade ou que influenciem a atuação concorrencial independente de ambas as partes.⁵⁰

Em sentido contrário surgem os argumentos do conselheiro Octaviani. Observa sob a ótica da legislação revogada que todos os atos que possam limitar ou falsear a concorrência devem ser analisados, independentemente de seu formato. Para ele, a lei não trouxe exceções expressas para o não conhecimento de determinados setores, de tal sorte que optar pela postura de seu não conhecimento, sequer, seria ir contra a lei e jogar a administração em estado de ainda maior ignorância, observada a assimetria informacional existente entre o setor público e o desenvolvimento de tecnologias.

⁴⁷Idem, pp.21.

⁴⁸Idem, pp.22.

⁴⁹BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Ato de Concentração n°. 08700.003898/2012-34, Conselheiro Relator Alessandro Serafin Octaviani Luis. Disponível em:<<http://www.cade.gov.br/Default.aspx?a8889b6caa60b241d345d069fc>>. Acesso em: 02 mar. 2014. Voto Conselheiro Marcos Paulo Veríssimo, pp.12.

⁵⁰Idem, pp.17.

Nesse sentido, o conselheiro traz a questão da dinâmica dos mercados de agrobiotecnologia, sua alta concentração e a ideia de “controle externo”. Para exercê-lo, as empresas se valeriam de outras formas que não as jurídicas clássicas, “ menos visíveis ao olhar”, de modo que “as estruturas empresariais podem existir com formas jurídicas que tenham como efeito nublar o conhecimento que concorrentes ou autoridades venham a ter sobre sua real constituição”⁵¹. Assim, segundo Octaviani, ainda que essas construções jurídicas não sejam por si só ilícitas, as relações por elas estabelecidas demandam uma análise apurada, sobretudo quando estamos lidando com um mercado em que o poder de compreensão da administração pública é muito menor face o dos agentes privados, como nos setores de altíssima tecnologia.

Através de uma análise de precedentes conclui que admitir se uma operação tem ou não o condão de gerar um ato de concentração é algo somente possível através de uma observação casuística. Decisões pelo não conhecimento, segundo o conselheiro, devem ser objeto de um ônus argumentativo muito maior, capazes de incorporar, no mínimo, uma descrição e domínio da trajetória de tecnologias, uma estabilizada base de dados sobre estruturas, que inclua comportamentos econômicos, jurídicos e sociais, como também seus efeitos sobre o ambiente concorrencial⁵².

Logo, para esse conselheiro, não é possível se dizer em abstrato se contratos de licenciamento de patentes têm o condão de gerar ou não atos de concentração. Isso porque, além do fato de tal tipo de contrato em setores de alto nível tecnológico estruturar-se de maneira diferenciada e, por vezes, dificilmente compreensível em todos os seus impactos, a própria dinâmica do setor pode deixar a autoridade escapar alguma situação do contrato que possa ser um impeditivo concorrencial.

O voto vista do conselheiro Elvino de Carvalho analisa justamente, através da literatura e precedentes, a possibilidade de “controle externo” empresarial através de contratos de licenciamento, ainda que sem cláusulas de exclusividade, no mercado de sementes de soja brasileiro.

Elvino conclui que a partir da Lei de Proteção de Cultivares houve uma onda de fusões e aquisições entre empresas transnacionais e nacionais no Brasil, e que a estratégia dessas empresas transnacionais de tecnologia transgênica foi a de unir os genes detidos por elas com

⁵¹BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Ato de Concentração n°. 08700.003898/2012-34, Conselheiro Relator Alessandro Serafin Octaviani Luis. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/Default.aspx?a8889b6caa60b241d345d069fc>>. Acesso em: 02 mar. 2014. Voto Conselheiro Alessandro Octaviani, pp.10.

⁵²Idem, pp.35.

o germoplasma da empresa brasileira adquirida. A estratégia de aquisição, por sua vez, seria a de testar e difundir sementes “engenheiradas” de modo a aumentar a participação de mercado dos herbicidas comercializados pelas transnacionais. Uma vez realizada as fusões e aquisições, e feitas as adaptações dos transgênicos, a estratégia foi a de fazer licenciamentos, integração e colaboração no desenvolvimento de pesquisas conjuntas a outras empresas.⁵³

A partir de sua conclusão, o conselheiro entende que as estratégias implementadas pelas empresas transnacionais, como a Monsanto, envolvem alguma forma de sobreposição horizontal e integração vertical. Observando a dinâmica do setor, Elvino considera que os contratos de licenciamento unem à Monsanto de forma quase que direta, independentemente da existência ou não de cláusulas de exclusividade⁵⁴.

Analisando conjuntamente os votos de Elvino e Octaviani, pode-se afirmar que, para ambos, se de fato há uma influência dominante empresarial via um licenciamento de patentes de sementes, por exemplo, deve-se conhecer a fundo o funcionamento do mercado em que a tecnologia em questão se insere. A opção pelo não conhecimento, portanto, retiraria da autoridade antitruste a possibilidade de uma análise desses verdadeiros “contratos de concentração”, permitindo a aprovação de atos que de fato mudam a estrutura do mercado com potencial dano à concorrência e que, posteriormente, dificilmente poderão ser indicados enquanto causa do dano concorrencial.

O caso em análise é um ótimo exemplo dessas colocações. Se inicialmente sequer se cogitava seu conhecimento, a discussão por ele suscitada sobre o mercado de sementes transgênicas levou a um aprofundamento da análise do contrato e desse mercado por todo o conselho. Esse aprofundamento permitiu que cláusulas que antes eram consideradas concorrenciais fossem percebidas enquanto anticompetitivas, ainda que não figurassem no formato jurídico clássico de “exclusividade”.

O conselheiro Pontual, depois de demandar várias informações às empresas envolvidas no caso, traz à tona a existência das tais cláusulas. Se muito se discutiu sobre a possibilidade dos contratos de licenciamento sem cláusulas exclusivas danificarem a concorrência, foi através de seu voto que foi possível notar uma das tais “estruturas jurídicas menos visíveis ao olhar”, conforme suscitado pelo voto de Octaviani.

⁵³BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Ato de Concentração n°. 08700.003898/2012-34, Conselheiro Relator Alessandro Serafin Octaviani Luis. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/Default.aspx?a8889b6caa60b241d345d069fc>>. Acesso em: 02 mar. 2014. Voto Conselheiro Elvino de Carvalho, pp. 19.

⁵⁴Idem, pp.20.

Observando a estrutura de cobrança dos *royalties*, conforme mencionado na seção anterior, o conselheiro Pontual nota que esse não seria um simples contrato de licenciamento exclusivamente para desenvolvimento, mas também teria um caráter de licenciamento comercial⁵⁵. Através de minuciosa análise de suas cláusulas e da dinâmica de funcionamento do mercado, ele consegue observar que o sistema de incentivos estabelecido contratualmente para a remuneração da obtentora “cria uma influência externa da Monsanto nas decisões comerciais da licenciada além dos produtos sujeitos à licença”, tornando uma desvantagem para a licenciada do uso de qualquer tecnologia de produção de sementes que não aquela objeto da licença.⁵⁶

Além desse mecanismo, outras cláusulas as quais se referem às penalidades impostas às licenciadas por inadimplência dos agricultores ao pagamento dos *royalties* de semente devido à Monsanto, e não aos obtentores, permitiam à licenciada ser remunerada por parâmetros que envolvem os concorrentes da Monsanto. Ou seja, a Monsanto seria remunerada por comportamentos que envolviam a escolha ou não de seus (poucos) concorrentes pelas licenciadas. Desse modo, havia uma ingerência desse grupo econômico sobre as atividades das licenciadas, “o que extrapola muito aquilo que seria esperado de um contrato comutativo”, nas palavras de Pontual⁵⁷.

Ainda que não contenha cláusulas claras de exclusividade, portanto, o contrato analisado se estrutura de tal forma a elevar barreiras à entrada naquele mercado, sem uma justificativa econômica plausível que não a busca por lucros de uma empresa com amplo domínio de mercado.

5. Conclusão

Observado o instrumental jurídico apresentado na seção II do presente artigo, é possível concluir que os contratos de licenciamento de patentes, ainda que sem cláusulas explícitas de exclusividade, podem gerar uma *influência dominante* nas empresas licenciadas. Isso significa que podem, portanto, ser considerados enquanto atos de concentração.

⁵⁵BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Ato de Concentração n°. 08700.003898/2012-34, Conselheiro Relator Alessandro Serafin Octaviani Luis. Disponível em:<<http://www.cade.gov.br/Default.aspx?a8889b6caa60b241d345d069fc>>. Acesso em: 02 mar. 2014. Voto Conselheiro Eduardo Pontual, pp.15.

⁵⁶Idem, pp.16.

⁵⁷Idem, pp.19-20.

Tal afirmação, contudo, é repleta de condicionantes. Primordialmente, a possibilidade de realizar tal afirmação se insere, necessariamente, no contexto econômico em que tal patente atua. No caso relacionado ao licenciamento da Intacta RR2 PROT M, sem uma análise do desenvolvimento do mercado de biotecnologia, de seu histórico de concentrações, das estratégias comerciais embasadas no licenciamento de patentes, na dependência econômica das sementes transgênicas e na posição dominante da empresa Monsanto nesse mercado, enfim, sem todos esses elementos pontuados na seção III, dificilmente seria possível notar que as cláusulas restringidas pelo Cade permitiam à empresa Monsanto influenciar o planejamento empresarial de suas licenciadas.

Importante ressaltar que a definição da existência de influência dominante, conforme abordado na seção II, perpassa necessariamente por tais análises, a fim de verificar a existência de dependência econômica oriunda do arranjo contratual. Um contrato estruturado com as mesmas cláusulas, se ofertado por outra empresa, em outro mercado, poderia não criar essa influência dominante sobre as sociedades empresariais interessadas na tecnologia.

A afirmação em abstrato, portanto, de que contratos de licenciamento sem cláusulas de exclusividade geram atos de concentração também não se sustenta. Inegável, contudo, é a possibilidade de tais contratos agirem enquanto “negócios jurídicos indiretos”, ou seja, conferirem direitos muito superiores àqueles necessários a seus titulares para atingirem seus objetivos primários. Foi o que acontecia no caso presente: para além do escopo de desenvolvimento de uma tecnologia, o contrato de licenciamento poderia direcionar o planejamento de pesquisa, investimentos, compras e vendas das empresas licenciadas através dos mecanismos de incentivo de produção e do modelo remuneração de *royalties*.

A priori, um contrato de licenciamento de tecnologia, ainda que não exclusivo, não pode ser visto enquanto contrato associativo ou comutativo, portanto. No entanto, observe-se que em setores de alta concentração de poder de mercado tais contratos têm o condão de deflagrar uma maior situação de dependência e de serem, desse modo, “negócios jurídicos indiretos” capazes de instrumentalizar atos de concentração.

A nova legislação concorrencial brasileira, conforme afirmado por Calixto, foca sua análise estrutural nos atos de concentração propriamente ditos. A afirmação de que um contrato de licenciamento, ainda que sem as cláusulas de exclusividade em seu formato clássico, pode ser instrumento para a consecução de um ato de concentração mostrou-se não somente plausível, mas também foi comprovada empiricamente.

A opção pelo conhecimento dos contratos de licenciamento de tecnologia enquanto atos de concentração, portanto, se mostra recomendável.

6. Referências bibliográficas

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. *Ato de Concentração nº. 08700.003898/2012-34*, Conselheiro Relator Alessandro Serafin Octaviani Luis. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/Default.aspx?a8889b6caa60b241d345d069fc>>. Acesso em: 02 mar. 2014.

_____. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. *Ato de Concentração nº. 08012.006706/2012-08*, Conselheiro Relator Alessandro Serafin Octaviani Luis. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/Default.aspx?a8889b6caa60b241d345d069fc>>. Acesso em: 04 mar. 2014.

_____. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. *Ato de Concentração nº. 08700.003937/2012-01*, Conselheiro Relator Alessandro Serafin Octaviani Luis. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/Default.aspx?a8889b6caa60b241d345d069fc>>. Acesso em: 04 mar. 2014.

_____. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. *Ato de Concentração nº. 08012.002870/2012-38*, Conselheiro Relator Marcos Paulo Veríssimo Luis. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/Default.aspx?a8889b6caa60b241d345d069fc>>. Acesso em: 05 mar. 2014.

COMPARATO, Fábio Konder. SALOMÃO FILHO, Calixto. *O poder de controle na Sociedade Anônima*. 5. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

COSTA, Nilson Luiz. SANTANA, Antônio Cordeiro de. Poder de mercado e desenvolvimento de novas cultivares de soja transgênicas e convencionais: análise da experiência brasileira. *Revista de Ciências Agrárias*, Belém, v. 56, p. 61-68, 2013.

BERLE, Adolf Augustus. "Control" in Corporate Law." *Columbia Law Review*, v.58, pp. 1212-1225, 1958.

BERLE, Adolf Augustus; MEANS, Gardiner Gardiner Coit. *The modern corporation and private property*. Transaction Publishers, 1991.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Federal Trade Commission - *Horizontal Merger Guidelines (2010)*. Disponível em <<http://www.ftc.gov/sites/default/files/attachments/merger-review/100819hmg.pdf>>. Acesso em: 05 mar. 2014.

SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito Concorrencial*. São Paulo: Malheiros, 2013.

_____. Direito Industrial, Direito Concorrencial e Interesse Público. *Revista CEJ*, Brasília, n. 35, p. 12-19, out./dez. 2006.

UNIÃO EUROPEIA. European Commission - *Guidelines on the assessment of horizontal mergers (2004)*. Disponível em:<<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2004:031:0005:0018:EN:PDF>>. Acesso em 05 mar. 2014.