

ANTITRUSTE E FOOD LAW: O CASO BAYER E MONSANTO E SEUS EFEITOS NA PRODUÇÃO DE ALIMENTOS NO BRASIL

Juliana Oliveira Domingues (orientadora) *

Breno Fraga Miranda e Silva **

Aluísio de Freitas Miele **²¹

Resumo: A pesquisa tem como objetivo analisar o ato de concentração envolvendo as empresas Monsanto e Bayer e avaliar os impactos da decisão do CADE no mercado de produção de alimentos, sob a perspectiva do *food law*. Os principais desafios referem-se ao potencial monopólio em mercados de sementes transgênicas, como a soja, e o surgimento de uma concentração de poder em mercados críticos de defensivos agrícolas. A pesquisa concluiu que a autoridade antitruste encontrou uma solução coerente, que busca ao mesmo tempo proteger o mercado e não impedir a livre iniciativa ao permitir a entrada de um rival com força competitiva.

Palavras-chave: Antitruste; alimentação; concorrência; fusão; sobreposição horizontal

1. Introdução

A agricultura é um dos setores mais importantes para a manutenção das nações, uma vez que trata da base alimentar, imprescindível para a subsistência humana. Dentro do setor de agricultura possuímos diversos mercados de insumos básicos para a produção de alimentos. O recente caso internacional (com efeitos no Brasil) envolvendo as empresas Bayer e Monsanto refere-se especificamente à produção de sementes.

A partir da denominada “revolução verde” - um conjunto de inovações tecnológicas que proporcionaram a melhoria das práticas agrícolas a partir da década de 1960 (Veja-se: BORLAUG; DOWSWELL, 2004) - as empresas começaram a ter maior ingerência na produção agrícola, influenciando significativamente o processo de apropriação das sementes, primeiro elo do processo que culmina com a alimentação.

* Prof^a. Dr^a. Juliana Oliveira Domingues (orientadora) - Professora do Departamento de Direito Público da Universidade de São Paulo (FDRP/USP). Visiting-Scholar na Georgetown University (Georgetown University Law Center), Scholar-in-residence da ABA - Antitrust Section (2018). Email: julianadomingues@usp.br.

** Breno Fraga Miranda e Silva - Graduado em Direito pela Faculdade de Direito de Ribeirão Preto – Universidade de São Paulo. Mestrando pela Faculdade de Direito de Ribeirão Preto – Universidade de São Paulo. Advogado. Email: breno.fraga.silva@gmail.com

*** Aluísio de Freitas Miele - Graduado em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Estadual Paulista - UNESP. Mestrando pela Faculdade de Direito de Ribeirão Preto – Universidade de São Paulo. Advogado. Email: aluisiomiele@usp.br.

O Brasil é um dos mais representativos atores do setor agrícola a nível mundial, tendo desenvolvido iniciativas legislativas e de políticas públicas importantes – como por exemplo o Programa de Aquisição de Alimentos, em 2003 e o desenvolvimento de sementes crioulas, no marco da Política Nacional para a Agroecologia e a Produção Orgânica, adotada em 2012 – as quais impulsionaram, de certa forma, a concorrência no mercado agrícola e de biotecnologia. Atualmente, novo desafio se propõe, também na área concorrencial, cujo resultado tem influência direta na mesa de jantar da população brasileira, motivo pelo qual a pesquisa atribui especial atenção ao início da cadeia produtiva de alimentos.

Neste contexto, o Brasil, segundo maior produtor mundial de transgênicos (BRANDÃO, 2017) e um dos maiores exportadores de soja, recentemente analisou, por meio da sua autoridade antitruste (CADE), o ato de concentração entre duas das maiores empresas de biotecnologia do mundo (Bayer e Monsanto). Referida operação foi notificada para diferentes autoridades antitruste, de diferentes jurisdições, o que, inexoravelmente, denota o evidente impacto dessa operação para o mercado de produção de alimentos. Dessa forma, dentro do contexto dos objetivos do *food law*, o presente estudo apontará os efeitos da decisão do caso Bayer – Monsanto para a produção de alimentos no Brasil.

2. Objetivos

A pesquisa tem como objetivo central a análise do ato de concentração envolvendo as empresas Monsanto Company (“Monsanto”) e Bayer Aktiengesellschaft (“Bayer”). Nesse contexto, avaliaremos os impactos dos efeitos da decisão do CADE para o mercado de produção de alimentos. A pesquisa busca compreender a racionalidade da decisão do CADE, dentro da perspectiva do *food law*, assim como verificar se a resposta oferecida pela autoridade antitruste foi condizente com as preocupações levantadas durante a instrução do processo administrativo.

3. Métodos e procedimentos

A pesquisa utilizou o método de abordagem exploratório e indutivo, na medida em que partiu da análise de um caso específico e seus argumentos para inferir um resultado mais geral, observando um objeto de estudo concreto (o caso “Bayer-Monsanto”) e seu impacto no mercado de alimentos do Brasil. Neste sentido, ensina Lakatos (2003, p.87) que esta abordagem “deve considerar três elementos fundamentais, através da realização de três

etapas: observação dos fenômenos, a descoberta da relação entre eles e a generalização da relação”.

Como método de procedimento, é possível afirmar que foi utilizado o método funcionalista, que traz a compreensão das funções regulatória em um complexo de estrutura e organização, o que, no caso em tela, analisa objetivamente o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC).

No que diz respeito às técnicas de pesquisa, foram utilizadas técnicas de pesquisa documental indireta primária, na medida em que foram analisadas publicações administrativas, processos administrativos e documentos jurídicos, mais especificamente a decisão do Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE que aprovou o Ato de Concentração nº 08700.001097/2017-49, envolvendo a Monsanto Company e Bayer Aktiengesellschaft (caso “Bayer-Monsanto”).

Supletivamente, foi utilizado o suporte de pesquisa bibliográfica, principalmente para trazer aspectos técnicos do direito antitruste, que poderiam facilitar a contextualização da aprovação do ato de concentração com o mercado de alimentos no Brasil.

4. Análise do caso

O caso Bayer-Monsanto foi notificado à autoridade antitruste brasileira por estar enquadrado nos critérios de faturamento da Lei 12.529/11 (Lei Antitruste) conforme estabelece o artigo 88 (Veja-se DOMINGUES; GABAN, 2016, p. 123-128). Ao notificar referida operação ao CADE, as partes interessadas argumentaram que a finalidade da operação estava diretamente relacionada à “possibilidade de engrandecimento do desenvolvimento tecnológico e de tornar as empresas mais competitivas no mercado de insumos global”, demonstrando como objetivos a possibilidade de aumentar os investimentos em inovação, já que haveria conjugação de esforços em P&D (i.e. pesquisa e desenvolvimento), inclusive possibilitando a integração e desenvolvimento “[...] de projetos desde as áreas mais tradicionais da produção agrícola (defensivos agrícolas como inseticidas, fungicidas e herbicidas) até áreas intensamente baseadas em tecnologia (transgenia de sementes, produtos para tratamento de sementes e digital *farming*)”, conforme dados e informações apresentados na versão pública dos autos do Processo Administrativo (Ato de Concentração nº 08700.001097/2017-49).

Para fins da presente pesquisa, o caso foi analisado na perspectiva dos aspectos concorrenciais que impactam direta ou indiretamente no mercado de alimentos. Dessa forma, do ponto de vista antitruste a operação apresenta, resumidamente, as seguintes características que demonstram a sua complexidade neste mercado: (i) sobreposições horizontais nos seguintes mercados: 1. Mercado de Sementes; 1. Sementes de Soja: produção e comercialização, pesquisa & desenvolvimento e licenciamento de produtos geneticamente modificados (*traits* de biotecnologia) e pesquisa & desenvolvimento e licenciamento de cultivares (Melhoramento Genético); 2. Sementes de Algodão: produção e comercialização, pesquisa & desenvolvimento e licenciamento de produtos geneticamente modificados (*traits* de biotecnologia) e pesquisa & desenvolvimento e licenciamento de cultivares (Melhoramento Genético); 3. Sementes de Hortaliças (Alface, Cebola, Cenoura, Melancia, Melão, Pepino, Pimentão, Repolho, Tomate, Mercado de Defensivos Agrícolas, Herbicidas Não Seletivos, Herbicidas Seletivos para Soja, Biológicos, Inoculantes; (ii) potencial integração vertical nos segmentos de ingredientes ativos e produtos formulados; produção e comercialização de sementes e comercialização de defensivos agrícolas e na pesquisa e desenvolvimento de produtos geneticamente modificados e Melhoramento Genético de sementes de soja e sementes de milho; (iii) sobreposição horizontal no desenvolvimento de eventos transgênicos no mundo; (iv) potencial relação vertical entre as atividades de desenvolvimento de variedades de sementes e as atividades de produção e comercialização de sementes algodão e soja.

5. Impactos no mercado de alimentos no Brasil

Por meio da análise do caso é possível depreender uma série de questões. Evidentemente, trata-se de um setor extremamente sensível para a economia brasileira, especialmente em relação à produção de soja, um dos principais produtos do mercado exportador nacional.

Os principais desafios observados no caso em análise referem-se ao potencial monopólio em alguns mercados de sementes transgênicas, como a soja, e o surgimento – por meio da criação da empresa concentrada resultante - de uma concentração de poder em mercados críticos de defensivos agrícolas. A integração vertical e o poder de conglomerado advindos do ato de concentração seriam pontos cruciais a serem tratados com objetivo maior

de preservar a concorrência e, conseqüentemente, a eficiência do mercado de produção de alimentos brasileiro.

Mesmo enfrentando os problemas supracitados, as principais agências antitruste do mundo têm buscado uma maior harmonização no *enforcement* de leis antitruste entre diferentes jurisdições, desenvolvendo pontos de convergência entre estas jurisdições, e buscando facilitar a cooperação internacional dos órgãos reguladores. Vale observar, nesse sentido, os esforços da OCDE e da *International Competition Network* (ICN).

Entretanto, Sokol (2007, p. 62) apresenta críticas e limitações a essa convergência, que devem ser consideradas para fins dessa pesquisa. Enquanto limitações mais desafiadoras, os “impedimentos legais ao compartilhamento de informações”, “a ineficiência ou ausência de órgãos aptos a realizar investigações paralelas”, os “diferentes efeitos que a aprovação de atos de concentração pode ter nas diferentes jurisdições”, bem como o elemento relativo ao “nível de ‘confiança’ que as agências nutrem entre si”. Portanto, trata-se de verdadeiro desafio que tanto os órgãos reguladores quanto os jurisdicionados enfrentam em uma situação de controle de estruturas de grande porte envolvendo mercados da cadeia de alimento.

O Caso Bayer-Monsanto apresenta diversas particularidades que mereceram a atenção da autoridade antitruste. De acordo com o Conselheiro João Paulo de Resende, em voto vogal constante nos autos do Ato de Concentração nº 08700.001097/2017-49, “[...] uma de nossas principais fontes geradoras de divisas estaria nas mãos de uma única empresa, de um único país.”

Entretanto, diante das particularidades do caso e de seus potenciais efeitos ao mercado, buscando coadunar os efeitos da operação com os princípios constitucionais de livre iniciativa e livre concorrência (art. 170 CF), a autoridade antitruste nacional analisou possíveis providências para mitigar os efeitos ao mercado nacional de alimentos. Em resumo, as seguintes possibilidades foram analisadas para a manutenção do ambiente competitivo no mercado: (i) o compromisso, pela Bayer, de alienar à Basf (*upfront buyer*) todos os seus ativos relacionados aos mercados de algodão (sementes e biotecnologia), soja (sementes e biotecnologia) e herbicidas não-seletivos e determinados ativos de inovação localizados fora do território brasileiro; (ii) assunção de obrigações comportamentais estimulando a concorrência; (iii) assunção da política de licenciamento que versa sobre herbicidas, na qual a Bayer se compromete a adotar uma política de licenciamento amplo a terceiros tanto de herbicidas quanto de ingredientes ativos de biotecnologia própria que vier a restringir o

agricultor no Brasil ao uso de um único herbicida ou ingrediente ativo, cuja patente do químico seja exclusiva da Bayer.

Vale dizer que o caso ganhou contornos importantes e destaque na mídia internacional em razão dos seus efeitos globais, exigindo uma boa comunicação entre a autoridade antitruste local (CADE) e as autoridades de outras jurisdições. A atuação coordenada e de forma cooperativa das diversas autoridades antitruste, por meio principalmente da troca de informações, são necessárias para que se evite, ao máximo, precedentes contrários à eficácia de decisões e limitação de atuação de uma autoridade em face da decisão de outra autoridade antitruste.

No que diz respeito ao *cross country assessment*, há vasta literatura que trata não só da possibilidade como dos efeitos positivos das práticas de integração entre os órgãos reguladores. Aprofundando o tema, Sokol (2007, p. 61) aborda os obstáculos à cooperação internacional no antitruste. O autor apresenta como principais problemas enfrentados pela cooperação internacional os “custos de coordenação entre jurisdições” o que denota a ausência de orientação unitária e unidirecional entre as agências.

A observação de Sokol é assertiva quando se trata de controle de condutas, entretanto no que diz respeito à atos de concentração não é possível aceitá-la. Isto porque, na prática dos atos de concentração as partes requerentes precisam da aprovação das autoridades para consumir a operação, o que as colocam em situação de fragilidade. Assim, quando as autoridades solicitam autorizações (*wavers*) para trocar materiais entre si as partes não possuem outra alternativa a não ser permitir, existindo um pleno intercâmbio de informações. Em verdade, as assimetrias de informações são mitigadas.

Para além do que se expõe, uma questão advinda da aprovação do ACC é se as autoridades antitrustes das diversas jurisdições estão investidas do poder de rever situações consolidadas ao longo dos anos e não necessariamente que guardam nexos com esta operação, na medida em que a tecnologia e o domínio do mercado de biotecnologia estava consolidado pela Monsanto a muito tempo e, por vezes, por meio de acordos de concentração previamente aprovados pelas autoridades antitruste. Assim, poderiam as autoridades obrigar a venda de ativos da Monsanto, no nível de desenvolvimento e tecnologia, para permitir que a Bayer adquira a Monsanto?

A resposta para esta questão deve ser positiva, pois é a única forma de solucionar o problema de domínio de mercado e respectiva concentração originadas pela operação entre

Monsanto e Bayer. Porém, no Brasil, há uma barreira jurídica a ser enfrentada. O CADE aprovou diversas aquisições de empresas de inovação de biotecnologia pela Monsanto, essas decisões se revestem de atos jurídicos perfeitos e que seriam, em tese, um limitador jurídico. Ou seja, poderia o CADE obrigar a venda de ativos cuja aquisição foi por ele mesmo aprovada, revendo sua decisão? O CADE não se atentou a esta questão que deverá, ao fim e ao cabo, ser enfrentada.

Uma questão importante que se impõe diz respeito à compreensão do CADE de que a operação “Bayer-Monsanto” implicaria em integrações verticais que, por sua vez, geraria um domínio vertical do mercado. Contudo, os produtos de portfólio da Monsanto não guardam relação com os produtos destacados no portfólio da Bayer, posto que um não é insumo para o outro. O que haveria é uma racionalidade de oferta conjunta de soluções no mercado, o que não configuraria integração vertical. É possível discutir se a oferta conjunta é aceitável ou se seria melhor considerar ofertas *stand alone*.

6. Resultados

Para o bem ou para o mal, é visível a concentração mundial da produção de alimentos no mundo na mão das denominadas “*Gene Mega Giants*” e o Brasil não é uma exceção a essa regra. Dessa forma, a pesquisa chegou aos seguintes resultados: 1. A autoridade antitruste brasileira representa um importante papel para o *food law*, uma vez que analisa questões e casos que afetam diretamente à cadeia de alimentos e o bem-estar social; 2. o caso narrado, de alta complexidade, envolveu diversos mercados relevantes distintos dentro da cadeia de alimentos; 3. O caso é de proporções globais e foi notificado para diferentes jurisdições o que poderia gerar decisões incompatíveis ao redor do mundo; 3. a solução da autoridade antitruste brasileira não apenas poderia afetar diretamente toda política de produção de alimentos no Brasil, mas também em mercados externos sobre o qual o governo brasileiro não tem ingerência, 4. Considerando os princípios constitucionais e nossa Lei Antitruste, o CADE se mostrou eficiente ao analisar a concentração considerando as particularidades dos diferentes mercados afetados e, ao mesmo tempo, transcendendo as fronteiras nacionais, inclusive propondo interações entre outras agências antitruste ao redor do mundo; 5. Por fim, no que diz respeito ao impacto da concentração no mercado nacional de produção de alimentos, é necessário observar que a autoridade tomou uma decisão acertada ao considerar e incluir novo

player no mercado brasileiro, balanceando a divisão da produção e fornecimento de sementes e produtos advindos de biotecnologia, i.e., mitigando os efeitos de um possível monopólio.

7. Conclusões

Assumindo todas as variáveis que poderiam vir a ser prejudiciais ao mercado de alimentos em razão do caso Bayer-Monsanto e confrontando com o resultado final do processo, é possível argumentar que a integração entre as agências foi realizada com expressivo êxito.

Conclui-se como extremamente positivas as interações entre as autoridades antitruste ao redor do mundo, e em especial entre o CADE – com jurisdição sobre o Brasil -, a *European Commission* – com jurisdição sobre a União Europeia e o *Department of Justice*, responsável pelos julgamentos que envolvem a aplicação do *Sherman Act* e *Clayton Act* nos Estados Unidos da América. Cumpre observar que, como se tratava de uma operação complexa, entre duas das maiores empresas do mercado, apenas uma atuação coordenada e eficaz entre estes órgãos, como efetivamente aconteceu, poderia proporcionar uma boa prestação jurisdicional.

Por fim, o CADE encontrou uma solução coerente com o ambiente que busca ao mesmo tempo proteger o mercado e não impedir a livre iniciativa ao permitir a entrada de um rival – no caso específico trata-se da empresa BASF - com força competitiva contribuindo, desta forma, para o aumento da rivalidade e da concorrência sadia entre as empresas. A aprovação com restrições, ainda que passível de críticas por concentrar o mercado de soja - uma das principais commodities do mercado exportador brasileiro - merece ser entendida como acertada, eis que o acordo em controle de concentrações se mostrou apto a mitigar os efeitos estáticos e dinâmicos, bem como os problemas de natureza horizontal, vertical e de portfólio, levantados pelo ato de concentração sem interferir no potencial que pode ser gerado pelos incentivos dessas empresas em pesquisa e desenvolvimento.

8. Referências bibliográficas

BORLAUG, Norman E.; DOWSWELL, Christopher. The green revolution: an unfinished agenda. 30ª Sessão. Committee on World Food Security (Org.). **CFS Distinguished Lecture Series**. Disponível em:

<http://www.fao.org/docrep/meeting/008/J3205e/j3205e00.htm#P135_28403>. Acesso em 25 de maio de 2018.

BRANDÃO, Gorette. Brasil é 2º maior produtor mundial de alimentos geneticamente modificados. **Senado Notícias**. Maio. 2017. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/noticias/especiais/especial-cidadania/projeto-reacende-debate-sobre-alimentos-transgenicos/brasil-e-2o-maior-produtor-mundial-de-alimentos-geneticamente-modificados>>. Acesso: 25 de maio de 2018.

BRASIL. **Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011**. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica. Brasília, DF: Senado, 2011.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica - **Ato de Concentração nº 08700.001097/2017-49** – Monsanto Company e Bayer Aktiengesellschaft. Relator Paulo Burnier da Silveira, 2018. Disponível em https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php?0c62g277GvPsZDAxAO1tMiVcL9FcFMR5UuJ6rLqPEJuTUu08mg6wxLt0JzWxCor9mNcMYP8UAjTVP9dxRfPBcVZL75c3cw1WpT8oTjt8Mkys2jy9EeDvPBuurj_6bX3A. Acesso em 22 de Maio de 2018.

LAKATOS, E. M.; MARCONI, M. A. **Fundamentos da metodologia científica**. 5. ed. – São Paulo: Atlas, 2003

GABAN, E. M.; DOMINGUES, Juliana. O. **Direito antitruste**. 4. Ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

SOKOL, D. Monopolists without borders: The institutional challenge of international antitrust in a Global Gilded Age. **Berkeley Business Law Journal**. v. 4, 2007. pp. 37-122.