
PARA UMA REFORMA DO PROTOCOLO DE FORTALEZA

Maria Rosa Guimarães Loula
Procuradora Federal em exercício na Procuradoria do CADE

Tatiana de Campos Aranovich
*Especialista em Políticas Públicas e Gestão Governamental em exercício na Procuradoria
do CADE.*

1. Este artigo objetiva analisar a oportunidade e a necessidade de uma reforma legislativa no tema de defesa da concorrência no Mercado Comum do Sul – Mercosul. Compreende de um estudo que pretende identificar as falhas normativas do Protocolo de Fortaleza de 17 de Dezembro de 1996, de forma a propor alterações que tornem o texto mais efetivo e incrementem o tratamento do tema no Mercosul.
2. O Brasil, como parte da sua agenda pro tempore no Mercosul, no segundo semestre de 2010, propôs que a disciplina normativa da defesa da concorrência no âmbito regional fosse revista. Busca-se, em verdade, substituir o Protocolo de Fortaleza de 1996 (doravante “Protocolo de 1996”), o qual foi internalizado no país pelo Decreto nº 3.602, de 18 de setembro de 2000. O Protocolo de 1996 apresenta, portanto, na ordem jurídica brasileira, a estatura de lei ordinária, por força dos arts. 49, I e 84, VIII da Constituição da República Federativa do Brasil¹.
3. Para conferir uma abordagem científica e mais didática a este trabalho, é preciso, antes de efetuar a análise material de uma possível reforma, melhor delimitar o tema do Direito da Concorrência no Mercosul e ater-se, ainda que brevemente, à natureza do esquema de integração e seus objetivos.
4. O Mercado Comum do Sul, instituído pelo Tratado de Assunção de 1991, trazia entre seus objetivos desde o início: a coordenação de políticas macroeconômicas, a fim de se assegurarem condições adequadas de concorrência entre os Estados parte; e o compromisso de harmonização das legislações nas áreas pertinentes, para lograr o fortalecimento do processo de integração.
5. Para efetuar estes objetivos, no âmbito da defesa da concorrência, os Estados parte elaboraram (e o Brasil internalizou) o Protocolo de Fortaleza, de 17 de dezembro de 1996, bem como o “Entendimento sobre Cooperação entre as autoridades de Defesa da Concorrência dos Estados parte do Mercosul para a aplicação de suas Leis nacionais de concorrência”, de 7 de julho de 2004, e o “Entendimento sobre Cooperação entre as autoridades de Defesa da Concorrência dos Estados parte do Mercosul para o controle de Concentrações Econômicas no âmbito regional”, de 20 de julho de 2006 (em conjunto, doravante “Entendimentos”).
6. A estrutura institucional do Mercosul, definida pelo Protocolo de Ouro Preto, de 1994, criou o Conselho do Mercado Comum - CMC, o Grupo Mercado Comum - GMC, a Comissão de Comércio do Mercosul - CCM, a Comissão Parlamentar Conjunta, o Foro Consultivo Econômico e Social e a Secretaria Administrativa.

1 Referindo-se à orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal, José Carlos de Magalhães assim resume esta questão: “A Corte, deixando de lado precedentes e manifestações doutrinárias de autores brasileiros, de que a lei não pode modificar tratado em vigor, preferiu ater-se à noção de que não há hierarquia constitucional entre tratado e lei, sendo assim, um revoga o outro.” José Carlos de Magalhães, “O Supremo Tribunal Federal e o Direito Internacional – uma análise crítica”, Ed. Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2000, p.58.

7. À Comissão de Comércio competem os instrumentos de política comercial comum, dentre estes, importa aqui destacar, os temas relacionados à concorrência. Para tratar especificamente desse tema, foi criado o Comitê Técnico nº 5 sobre Defesa da Concorrência - CT-5.
8. O Comitê Técnico nº 5 foi concebido para a harmonização das regras de defesa da concorrência dos quatro países membros do Bloco, assim como a gradual integração e cooperação entre as autoridades de cada Estado parte.
9. O Protocolo de Defesa da Concorrência de 1996 foi elaborado pelo CT-5. Este diploma prevê obrigações que deveriam ser assumidas por cada um dos Estados parte, além de definir condutas de infração à ordem econômica. Ademais, estabelece canais para a troca de informações e experiências.
10. O Protocolo de 1996 visava suprir deficiências das legislações domésticas em matéria de antitruste. É de se esclarecer que somente Brasil e Argentina dispunham de instrumentos necessários para aplicação efetiva de uma política de defesa da concorrência (vale dizer, somente estes dois países apresentam tanto legislação antitruste, quanto autoridade de defesa da concorrência com atribuição coercitiva de aplicação da legislação - *enforcement*).
11. Destaque-se que o Protocolo de 1996 somente foi internalizado pelos Estados brasileiro e paraguaio.
12. Faz-se oportuno, neste momento do desenvolvimento deste trabalho, ressaltar que o traço distintivo deste Protocolo de 1996 é a criação de um órgão a quem cabe definir as práticas infratoras e estabelecer as sanções a serem impostas ou as demais medidas cabíveis de conformidade com o seu texto. Claro está que se trata de Protocolo elaborado sob o signo do ideal de constituição de “órgão intergovernamental”.
13. Dada a ambição do projeto de 1996, no seu texto foram disciplinados: objeto e âmbito de aplicação (capítulo I); condutas e práticas restritivas da concorrência (capítulo II); o controle de atos e contratos (capítulo III); criação de órgãos de aplicação regionais e seus procedimentos para aplicação (capítulos IV e V); instrumentos de compromisso de cessão (capítulo VI); sanções aplicáveis (capítulo VII); cooperação técnica (capítulo VII) e, por fim, dispositivos de solução de controvérsias quanto à interpretação e aplicação do diploma e disposições finais e transitórias (capítulos IX e X). Diminuto tratamento é conferido à cooperação (tanto em extensão, quanto em possibilidades), que é disciplinada em apenas um artigo (art. 30, do capítulo VIII).
14. Por outro lado, os Entendimentos sobre Cooperação entre as autoridades de Defesa da Concorrência, ao contrário do Protocolo de 1996, trazem foco maior na cooperação. Ambos os instrumentos foram internalizados no Brasil por meio da Portaria Conjunta CADE, SDE e

SEAE nº 148, de 13 de novembro de 2009. Desse modo, não apresentam hierarquia de lei, não podendo assim inovar na ordem jurídica.²

15. Há de se referir que os acordos de cooperação em matéria concorrencial parecem ter sido concebidos como forma de evitar potenciais conflitos que poderiam advir do exercício da jurisdição extraterritorial³ no caso concreto. Nesse intento, instrumentos sobre o tema foram adotados mundo afora, seja em formato de acordos bilaterais e regionais (*v.g.*, no âmbito do *North American Free Trade Agreement – NAFTA*), seja em declarações plurilaterais (como a Recomendação de 1995 da Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico – OCDE).

16. Mormente a partir da década de 90, tais acordos foram impulsionados como modo de fomentar a assistência mútua entre órgãos ou autoridades domésticas encarregadas de defesa da concorrência e coordenar o exercício extraterritorial da jurisdição dos Estados. Via de regra, tais acordos podem contemplar dispositivos referentes a: (i) notificação; (ii) consultas e prevenção de conflitos; (iii) coordenação; (iv) cooperação técnica e encontro de autoridades; (v) trocas de informações não confidenciais; (vi) *negative comity*; (vii) *positive comity* e (viii) trocas de informações confidenciais.

17. Além dos instrumentos regionais no âmbito do Mercosul, as autoridades brasileiras já firmaram acordos de cooperação em matéria

2 “Apesar de tudo, o acordo executivo – se assim chamamos todo tratado internacional carente de aprovação individualizada do Congresso – é uma prática convalidável, desde que, abandonada a idéia tortuosa de que o governo possa pactuar sozinho sobre “assuntos de sua competência privativa”, busque-se encontrar na lei fundamental sua sustentação jurídica. Três categorias de acordos executivos – mencionada, de resto, por Accioly, ao lado de outras mais – parecem compatíveis com o preceito constitucional: os acordos “que consignam simplesmente a interpretação de cláusulas de um tratado já vigente”, os “que decorrem, lógica e necessariamente, de algum tratado vigente e são como que o seu complemento”, e os de *modus vivendi*, “quando têm em vista apenas deixar as coisas no estado em que se encontram, ou estabelecer simples bases para negociações futuras”. Francisco Rezek, “Direito Internacional Público – Curso Elementar”, 11ª edição, Editora Saraiva, São Paulo, 2008, p. 62.

3 Empregamos neste ensaio os termos “exercício” ou “aplicação”, juntamente com as qualificadoras “extraterritorial da jurisdição” ou “da jurisdição extraterritorial”, como sinônimos. Evitamos as expressões “extraterritorialidade” ou “exterritorialidade” com o intuito de afastar a equívoca confusão entre competências legislativas, judiciais e executivas relativas ao tema. Tal distinção também é empregada por Augusto Jaeger Junior, José Ângelo Estrella Faria e Leonardo Arquimino de Carvalho. Veja: Leonardo Arquimino de Carvalho, *Jurisdição e competência internacional: a ação legiferante e a ação executiva do Estado em relação à órbita internacional: breves considerações à luz do Direito Internacional*, in “Revista de Informação Legislativa”, Brasília, Senado Federal, a. 38, n. 150, abr./jun. 2001, p. 80. Neste mesmo sentido: Augusto Jaeger Junior, “Direito Internacional da Concorrência: entre perspectivas unilaterais, multilaterais, bilaterais e regionais”, Curitiba, Juruá, 2008, p. 34; e José Ângelo Estrella Faria, “Aplicação extraterritorial do direito da concorrência”, in “Revista de Informação Legislativa”, Brasília, Senado Federal, a. 27, n. 105, jan./mar, 1990, p. 23-24. Ademais, há que se consignar que o termo “extraterritorialidade” é aplicado, classicamente, às ficções de continuidade dos territórios nacionais, tais com embarcações, embaixadas e aeronaves.

concorrencial com: Argentina⁴, Canadá⁵, Chile⁶, Comissão Europeia⁷, Estados Unidos da América⁸, Portugal⁹ e Rússia¹⁰.

18. Na maioria dos casos, estes acordos acabam apenas por refletir laços de colaboração preexistentes. Apresentam características de Memorando de Entendimentos, ou seja, possuem caráter de *soft law*. E, por seu linguajar não assertivo, tornam-se apenas normas programáticas.

19. Esses acordos propiciam vantagens aos Estados signatários, porém se deparam com limitações típicas da cooperação direta ou informal. Os compromissos estipulados no seu âmbito tendem a ser flexíveis, e o escopo da assistência limitado. A crítica mais contundente que lhes pode ser dirigida diz respeito à limitação dos atos que podem ser considerados válidos caso praticados sob seu bojo.

20. Nota-se que os acordos de cooperação informal são mais propriamente destinados a investigações ou ações de inteligência. Isto ocorre principalmente por duas razões. Primeiro, estes diplomas não disciplinam a atuação judicial ou do contencioso administrativo, não atentando para os princípios aplicáveis a seus procedimentos, como o contraditório e a ampla defesa. E, em segundo lugar, por faltarem a determinados diplomas (ao menos no Brasil, notadamente, *in casu*, os Entendimentos sobre Cooperação do Mercosul) a estatura de lei, seus dispositivos não podem estabelecer validamente mecanismos de cooperação (p. e., obtenção de prova) que não sejam mera regulamentação de lei preexistente (no caso em tela, a moldura legal seria dada pelo Protocolo de 1996).

21. Uma profunda reforma do Protocolo viabilizaria contornar-se o malogro do projeto de criação de órgão intergovernamental, bem como fazer frente a novos desafios na matéria.

4 Acordo de Cooperação entre a República Federativa do Brasil e a República Argentina Relativo à Cooperação entre suas Autoridades de Defesa da Concorrência na Aplicação de suas Leis de Concorrência, aprovado pelo Decreto Legislativo nº 264, de 18 de setembro de 2008.

5 Entendimento de Cooperação entre o Conselho da Concorrência, Agência de Defesa da Concorrência do Governo do Canadá e o Conselho Administrativo de Defesa Econômica, a Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça e a Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda do Governo da República Federativa do Brasil, acerca da Aplicação de suas respectivas Normas de Defesa da Concorrência, de 13 de maio de 2008.

6 Entendimento de Cooperação entre a Fiscalia Nacional Econômica do Chile e o Conselho Administrativo de Defesa Econômica, a Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça e a Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda do Governo da República Federativa do Brasil, acerca da Aplicação de suas respectivas Normas de Defesa da Concorrência, de outubro de 2008.

7 Memorando de Entendimento de Cooperação entre o Conselho Administrativo de Defesa Econômica, a Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça e a Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda do Governo da República Federativa do Brasil e o Diretório-Geral para a Competição da Comissão Europeia, de 8 de outubro de 2009.

8 Acordo entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo dos Estados Unidos da América Relativo à Cooperação entre suas Autoridades de Defesa da Concorrência na Aplicação de suas Leis de Concorrência, promulgado pelo Decreto nº 4.702, de 21 de maio de 2003.

9 Protocolo de Cooperação Técnica entre o Conselho Administrativo de Defesa Econômica, a Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça e a Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda do Governo da República Federativa do Brasil e a Autoridade de Concorrência de Portugal, de 8 de outubro de 2005, substituído pelo Protocolo de Cooperação Técnica entre o Sistema Brasileiro da Defesa da Concorrência e a Autoridade de Concorrência de Portugal, de 14 de janeiro de 2010.

10 Acordo entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo da Federação da Rússia sobre Cooperação na área da Política de Concorrência, de 12 de dezembro de 2001.

22. Para tanto, uma proposta de reforma teria que apresentar um sistema de defesa da concorrência do Mercosul totalmente calcado nas autoridades de concorrência nacionais. Restaria superado o dispendioso sistema que se articula em torno do “Comitê de Defesa da Concorrência”, intermediário entre a subordinação à Comissão de Comércio do Mercosul e ingerência sobre os “órgãos nacionais de aplicação dos Estados Partes”.

23. Em comparação com os instrumentos já existentes no Mercosul, pode-se destacar que o Protocolo de Fortaleza prevê a cooperação técnica, o encontro entre autoridades e a troca de informações não confidenciais, todos compromissos estabelecidos em seu art. 30. Já os Entendimentos prevêem a notificação (art. II de cada Entendimento); a consulta, prevenção de conflitos e a coordenação de investigações (art. V de cada Entendimento); a cooperação técnica e o encontro entre autoridades (arts. VII e VIII de cada Entendimento); a troca de informações não confidenciais (arts. III, IX c/c X de cada Entendimento); o *comity* negativo (art. VI de cada Entendimento) e o *comity* positivo (arts. IV.3 e IV.4 de cada Entendimento). Note-se que nenhum dos instrumentos prevê a troca de informações confidenciais.

24. Seria adequado que uma proposta de reforma, por sua vez, previsse a notificação, a consulta, a coordenação de investigações, a cooperação técnica e a troca de informações não confidenciais. Ademais, dentre o cabedal de possibilidades de acordos de cooperação em matéria antitruste, é oportuna a inclusão de disposições sobre encontro entre autoridades, *comity* negativo, *comity* positivo e troca de informações confidenciais. Todos esses dispositivos propiciariam comunicação e coordenação de jurisdições mais fluida e célere.

25. Passemos, agora, portanto, à análise pormenorizada de temas que uma proposta de reforma deveria contemplar e daqueles cuja inclusão não seria eficiente.

26. Seria desejável que uma proposta de Protocolo mantivesse a mesma estrutura formal do Protocolo de 1996. Todos os diplomas referidos, a saber, o texto de 96 e os Entendimentos, são iniciados por um Preâmbulo. Ademais, trata-se de um costume no Direito Internacional que tem sido reproduzido no âmbito do Mercosul.

27. Dentre os temas que devem ser disciplinados no âmbito de uma proposta de reforma do Protocolo de Fortaleza, é preciso muita atenção ao tratar da jurisdição internacional dos Estados parte. Qualquer disciplina neste sentido não deve conflitar com as disposições de Direito Internacional Público, ao tempo em que também deve se pautar pelos parâmetros do Protocolo de Cooperação e Assistência Jurisdicional em Matéria Civil, Comercial, Trabalhista e Administrativa - Protocolo de Las Lenãs, de 27 de junho de 1992.

28. No tema da jurisdição internacional, de início, é preciso ater-se à regra geral do princípio da territorialidade. Este é um princípio sedimentado e incontestado no Direito Internacional¹¹. Vale dizer, seria necessário prestar

11 Neste sentido, apenas a título de exemplo, vale a transcrição do trecho da doutrina abalizada: “Uma primeira consideração que desde logo se impõe, é a de que todo Estado tem jurisdição sobre seu território, como um

atenção aos reais objetivos do acordo para não acabar por admitir um sistema de territorialidade mitigada, quando o foco privilegiado do diploma seria o sistema tradicional da territorialidade.

29. Mas, por outro lado, se mitigar a territorialidade for o objetivo, é preciso esclarecer que o exercício da jurisdição extraterritorial é a exceção que merece disciplinamento¹². Desse modo, melhor seria não se ater a reproduzir a regra, mas, ao contrário, tentar disciplinar a exceção.

30. Neste ponto, o sistema brasileiro possui a disciplina do art. 2º, *caput*, da Lei 8.884/94, que versa sobre a aplicação da jurisdição extraterritorial em matéria antitruste. Parece-nos que uma norma do Mercosul neste tema poderia pautar-se pela diretriz do referido artigo.

31. Quanto às notificações, propomos que sua previsão possa superar a tradicional lógica de receio normalmente envolta nesse instituto no bojo de acordos de cooperação em matéria concorrencial. Aqui, um paralelo com os tratados de assistência jurídica mútua em matéria penal pode ser útil. Imbuídos do ideal de fomentar sinergias positivas entre as investigações nacional e estrangeiras, as Convenções da ONU de Mérida¹³ e de Palermo¹⁴ possibilitam aos Estados parte remeter e receber as chamadas “informações espontâneas”. Ou seja, estabelece-se canal que permite à autoridade de um Estado A transmitir à autoridade de Estado B indícios e evidências que julga poderem auxiliá-lo na abertura ou na conclusão de processos na jurisdição B. A inclusão de tal canal também seria desejável entre as autoridades de defesa da concorrência, em especial em casos envolvendo a perseguição de cartéis internacionais.

32. Advoga-se que uma proposta de acordo deva separar claramente o âmbito da cooperação técnica do âmbito da cooperação jurídica. Dessa maneira, evita-se a confusão entre esferas de assistência distintas e que não se sobrepõem. A cooperação técnica alude essencialmente a ferramentas de *capacity building*, como treinamentos, intercâmbio de pessoal e demais *inputs* técnicos. Não se refere, assim, a ações relacionadas ao fornecimento de informações ligadas a casos concretos de investigação de infração ou ao contencioso administrativo.

dos princípios fundamentais do direito internacional e da organização da comunidade internacional. É o conceito da soberania, que o art. 4º da Constituição Federal consagra, nos incisos I, IV, e V, ao estabelecer, como princípios da República, a independência nacional, a não intervenção e a igualdade entre Estados.” José Carlos Magalhães, “As leis da concorrência e a globalização” in “*Avances del Derecho Internacional privado em América Latina, Liber Amicorum Jurgen Samtleben*”, Fundación de cultura universitária, Montevideu, 2002, pp. 365-366.

12 “No Brasil, a questão da extraterritorialidade da aplicação da lei nacional é focalizada na esfera do Direito Penal e no Direito da Concorrência (...).

Ao incluir, dentro da jurisdição territorial brasileira, práticas que tiveram lugar no exterior, mas que produzem ou podem produzir efeitos no país, alinhou-se o legislador brasileiro à tendência inaugurada, pelos Estados Unidos, na decisão do conhecido caso Alcoa, em que empresas não americanas foram processadas pelas autoridades que examinam práticas anti-concorrenciais daquele país, por terem formado cartel, na década de 1930, para regular a produção e venda de lingotes de alumínio.” Idem, *ibidem*, pp. 367-369.

13 Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção (Convenção de Mérida), art. 46, numerais 4 e 5.

14 Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional (Convenção de Palermo), art. 18, numerais 4 e 5.

33. Compreende-se que uma proposta de acordo deveria apresentar prazos para que as autoridades nacionais notificassem as autoridades homólogas. Conquanto uma maior flexibilidade seja *a priori* útil a esse tipo de arranjo, e a estipulação de prazos possa ser entendida como endurecimento das obrigações recíprocas, julgamos que a previsão de prazos seria um avanço para a execução eficiente da cooperação entre autoridades de concorrência do Mercosul.

34. No que respeita à comunicação entre as autoridades, seria desejável que esta pudesse ser direta. Qualquer intermediação, ainda que do próprio Comitê Técnico de Defesa da Concorrência, apenas introduziria uma instância burocrática no diálogo entre as autoridades de concorrência. Entende-se que eventual intermediação frustra objetivos de conferir maior fluidez, celeridade e franqueza à cooperação, além de ir à contramão da prática internacional.

35. Consigna-se que, no arranjo comunitário europeu, existe órgão que centraliza as informações de cooperação em matéria antitruste: a Comissão Europeia. No entanto, os estágios de integração da União Europeia e do Mercosul em muito se distanciam: este é um órgão intergovernamental, aquele, supranacional. Assim, ao passo que, no arranjo europeu, centralizar a comunicação em único órgão pode agilizar o processo de cooperação; no arranjo sul-americano, tal centralização, ao contrário, tem o condão apenas de inserir intermediador burocrático e cujo trâmite reduz substancialmente a rapidez e a maior proximidade desejáveis. Portanto, o estabelecimento de órgão homólogo ao da Comissão Europeia, ainda que seu objetivo seja mesmo facilitar um futuro acordo entre os dois esquemas de integração europeu e sul-americano, pode, ao revés, incluir um complicador nesse diálogo entre dois sistemas distintos.

36. Neste mesmo sentido de reduzir rugosidades nas comunicações, julga-se conveniente o incremento de disposições relativas ao franco diálogo institucional, instituindo-se, por exemplo, reuniões periódicas. Acredita-se que, neste aspecto, o CT-5 pode ter papel fundamental, na pertinente organização e convocação de tais reuniões.

37. Ademais, recomenda-se a inclusão de dispositivo para criação de uma rede regional de intercâmbio de informações, com espaço para a comunicação virtual nos temas de cooperação internacional, a exemplo da Rede Hemisférica de Intercâmbio de Informações – Groove¹⁵; e a Rede Iberoamericana de Cooperação Jurídica Internacional - IberRed¹⁶. Tal

15 A Rede *Groove* é ambiente virtual para assuntos de auxílio direto em matéria penal e de extradição criado em 2004, no âmbito da Organização dos Estados Americanos – OEA. Conta tanto com sítio eletrônico, com informações sobre legislação e tratados na matéria; como com *software* de correio eletrônico resguardado por regras de segurança, para a troca de documentos e compartilhamento de espaços de trabalho entre autoridades dos países americanos.

16 A *IberRed* é comunidade com foco na otimização de instrumentos de assistência judiciária civil e penal. Regulamentado em 2004 pelos vinte e dois países que formam a comunidade ibero-americanos, é composta por pontos de contato entre os Ministérios da Justiça e as autoridades centrais, e Ministério Público e Poder Judiciário. A ferramenta tem por fito a criação de um Espaço Judicial Ibero-Americano. Além dos pontos de contato, a Secretaria-Geral da *IberRed* conta com a Secretaria-Geral da Conferência de Ministros da Justiça dos Países Ibero Americanos - COMJIB, responsável por promover encontros entre os pontos de contato.

instrumento eletrônico tenderia a propiciar o incremento da transparência e da agilidade no processo de cooperação, ao estabelecer pontos de contato. O ideal é que houvesse poucos pontos, centrados nas autoridades máximas de cada país na defesa da concorrência. No Brasil, por exemplo, os pontos de contato seriam restritos aos dirigentes máximos do SBDC, a saber: o Presidente do CADE, o Secretário de Defesa Econômica do Ministério da Justiça e o Secretário de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda.

38. Ressalta-se a conveniência de uma proposta de alteração legislativa que tratasse da confidencialidade. Não se deve pretender excluir do âmbito da cooperação entre autoridades antitruste as informações consideradas domesticamente confidenciais. Isto tornaria pouco efetiva a existência de um futuro Protocolo. No âmbito da defesa da concorrência, ao menos no Brasil, muitas são as possibilidades de as autoridades do SBDC conferirem sigilo aos processos e informações que tramitam no sistema.

39. Há de se destacar a oportunidade de inclusão no bojo de um novo protocolo de dispositivo para a troca de informações confidenciais, caso o instrumento do Mercosul fosse promulgado pelo Congresso Nacional e adquirisse, conseqüentemente, estatura de lei ordinária no sistema jurídico brasileiro. Lograr-se-ia, por essa via, estágio mais avançado de cooperação, o que não é cabível para acordos de cooperação em matéria de defesa da concorrência tradicionais, dado seu caráter de mero memorando de entendimento que não possibilita qualquer alteração na legislação interna vigente. Assim o Protocolo aproximar-se-ia, por exemplo, da situação dos tratados de cooperação jurídica em matéria penal, os quais, internalizados por meio de Decreto, possibilitam a troca de informações confidenciais.

40. Cabe salientar que mesmo no âmbito penal, em que as garantias do indivíduo são extensas e robustas, os países que pretendem cooperar encontram formas de garantir os direitos do indivíduo e ainda assim transferir informações sigilosas, transferindo-se a obrigação de guardar sigilo¹⁷. Esta é, por exemplo, a solução encontrada pela Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional¹⁸.

41. Limitar a cooperação apenas aos documentos públicos significaria retirar-lhe efetividade, possibilitando apenas a transmissão

17 No âmbito penal, a questão da confidencialidade é conhecida, sobretudo, no que respeita ao princípio da especialidade. Este princípio surgiu na disciplina da extradição e irradiou-se para todo o âmbito da cooperação jurídica internacional penal. Neste sentido vale a transcrição de definição precisa de Zimmermann: "*Dans Le domaine de l'entraide, le principe de la specialité a pour effet de limiter l'usage par l'Etat requérant des documents, renseignements et informations reçus. Il interdit L'utilisation des informations recues pour La répression de délits à raison desquels L'État requis exclut as coopération.*" Zimmermann, Robert, "La coopération judiciaire internationale em matière pénale", 2^a Ed., Bruylant SA, Bruxelles, 2004, p. 522.

18 Decreto 5.015, de 12 de março de 2004. Art. 20 – O Estado Parte requerente pode exigir que o Estado Parte requerido guarde sigilo sobre o pedido e o seu conteúdo, salvo na medida do que seja necessário para o executar. Se o Estado Parte requerido não puder satisfazer esta exigência, informará prontamente o Estado Parte requerente.

às autoridades estrangeiras de informações que provavelmente estas conseguiriam acessando sítios da rede mundial de computadores.

42. Por fim, no que pertine ao modo de adesão a um futuro diploma do Mercosul e à sua modalidade de entrada em vigor, a primeira questão a ser tratada diz respeito à estrutura jurídica do esquema de integração sul-americano e à possibilidade de revogação de um tratado por uma norma que não apresenta esta estatura. A segunda questão, que é desdobramento da primeira, versa acerca da possibilidade de um diploma que inova na ordem jurídica do Mercosul se tornar cogente para os Estados parte, a despeito de não ter passado pelos trâmites domésticos de internalização de acordos internacionais¹⁹.

43. Embora se admitindo a inegável complexidade da estrutura do Mercosul, não nos afastamos da crença de que sua estrutura é de Direito Internacional clássico, ou seja, o Mercado Comum do Sul hoje não possui estrutura que nos autorize a falar em um Direito Comunitário do Mercosul²⁰. Seu ordenamento é basicamente formado de tratados internacionais incorporados às leis nacionais, de conformidade com as determinações constitucionais de cada Estado.

44. E, em razão de simetria, não parece adequado falar em uma norma infra-legal revogar um tratado. Por esta circunstância, consideramos que a formalização adequada de uma reforma seria a incorporação via uma proposta de Protocolo.

19 É de se esclarecer que, ao longo deste trabalho, utilizamos como sinônimos os vocábulos acordos internacionais, tratados e protocolos.

20 “Para tanto, é preciso ter claro que, distante da lógica já bastante conhecida do direito comunitário, o poder de decisão do Mercosul, em seara normativa, no sentido do artigo 2º do POP (Protocolo de Ouro Preto), apenas dá início a um processo de incorporação das regras comuns pelas ordens nacionais, cujo resultado é provável, mas não é certo, eis que a vigência da norma depende da manifestação de vontade de diferentes atores. (...) [Sem o parêntese explicativo no original].

“O Mercosul nunca engendrou uma ordem jurídica autônoma, na qual o Tas (Tratado de Assunção) desempenharia função equivalente à de uma constituição na ordem interna. Todavia, é inegável que os atos normativos das instituições do Mercosul, uma vez incorporados às ordens internas dos Estados-membros, derivam do Tas e devem estar conforme a ele.” [Sem o parêntese explicativo no original]. Deisy Ventura, “As assimetrias entre o Mercosul e a União Européia – os desafios de uma associação inter-regional”, Manole, Barueri, 2003, pp. 112 e 131.