

**REVISTA SEMESTRAL DE
DIREITO EMPRESARIAL**

Nº 6

Publicação do Departamento de Direito Comercial e do Trabalho da
Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro

Rio de Janeiro
Janeiro / Junho de 2010

Publicação do Departamento de Direito Comercial e do Trabalho da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (Prof. Alexandre Ferreira de Assumpção Alves, Prof. Eduardo Henrique Raymundo Von Adamovich, Prof. João Batista Berthier Leite Soares, Prof. José Carlos Vaz e Dias, Prof. José Gabriel Assis de Almeida, Prof. Leonardo da Silva Sant'Anna, Prof. Marcelo Leonardo Tavares; Prof. Mauricio Moreira Mendonça de Menezes, Prof. Rodrigo Lychowski, Prof. Sérgio Murilo Santos Campinho e Prof. Valter Shuenquener de Araújo).

Coordenação: Sérgio Murilo Santos Campinho e Mauricio Moreira Mendonça de Menezes.

Conselho Editorial: Alexandre Ferreira de Assumpção Alves (UERJ), Arnoldo Wald (UERJ), Carmem Tibúrcio (UERJ), Fábio Ulhoa Coelho (PUC-SP), Jean E. Kalicki (Georgetown University Law School), John H. Rooney Jr. (University of Miami Law School), José Carlos Vaz e Dias (UERJ), José de Oliveira Ascensão (Universidade Clássica de Lisboa), José Gabriel Assis de Almeida (UERJ), Leonardo Greco (UERJ), Marie-Hélène Bon (Université des Sciences Sociales de Toulouse 1 e Centre de Droit des Affaires de l'Université des Sciences Sociales de Toulouse), Peter-Christian Müller-Graff (Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg), Sérgio Murilo Santos Campinho (UERJ), Theóphilo de Azeredo Santos (UNESA) e Werner Ebke (Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg).

Conselho Executivo: Carlos Martins Neto, Leonardo da Silva Sant'Anna, Mariana Pinto, Mauricio Moreira Mendonça de Menezes, Rosany Fagundes, Valter Shuenquener de Araújo e Viviane Perez.

PATROCINADORES:



ISSN 1983-5264

CIP-Brasil. Catalogação-na-fonte
Sindicato Nacional dos Editores de Livros, RJ.

Revista semestral de direito empresarial. — nº 6 (janeiro/junho 2010)

. — Rio de Janeiro: Renovar, 2007-.

v.

UERJ

Campinho Advogados

Bocater, Camargo, Costa e Silva Advogados Associados

Semestral

1. Direito — Periódicos brasileiros e estrangeiros.

94-1416.

CDU — 236(104)

RELAÇÕES INTERNACIONAIS PRIVADAS

O CASO TELCO À LUZ DO CONFLITO ESPACIAL DE NORMAS

THE ANALYSIS OF THE TELCO CASE UNDER THE CONFLICT OF LAW RULES

*Ana Carolina Weber*¹

Resumo: Um dos aspectos mais importantes do estudo do Direito é refletir sobre os pontos de contato entre os seus diferentes ramos. Este artigo pretende analisar um relevante caso de direito societário cuja decisão teve de levar em consideração a aplicação do direito internacional privado. Por conta disso, o propósito do artigo é destacar os principais aspectos que devem ser considerados por um advogado de direito societário quando perante um caso semelhante ao aqui analisado.

Abstract: One of the most relevant aspects of studying Law is to reflect over the contacts points of the different Law subjects. This article intends to analyze a relevant corporate law case which decision had to take in account some issues of conflict of law. Therefore, it is the article purpose to point out the main aspects of conflict of law that shall be analyzed by a corporate lawyer when facing a case like the one described in the article.

1 A autora agradece a ajuda na revisão do texto aos bacharelados Michel Mancini, Hugo D'Aboim Inglez e Luiza Milani.

Palavras-chave: Direito Societário. Direito Internacional Privado. Alienação de Controle. Regras de Conexão.

Keywords: Corporate Law. Conflict of Law. Transfer of Control.

Sumário: I. Da Colocação do Problema. II. Da apreciação do caso concreto pela CVM. III. O Direito Internacional Privado. IV. Da teoria de qualificação. V. Das regras de conexão e sua aplicação à pessoas jurídicas. VI. O Caso Telco.

I. Da colocação do problema

Em maio de 2010, o Colegiado da Comissão de Valores Mobiliários — CVM enfrentou questão que vem sendo recorrente no direito societário brasileiro em virtude da internacionalização do controle de sociedade anônimas sediadas no Brasil, que passam a ser detidos por companhias estrangeiras.

Trata-se do Processo Administrativo CVM nº RJ 2009/1956 em que a Superintendência de Registro de Valores Mobiliários da CVM concluiu pela obrigatoriedade de realização de oferta pública de aquisição das ações (“OPA”) de emissão da TIM Participações S.A. (“TIM Participações”) pela Telco S.p.A (“Telco”), sociedade com sede na Itália.

Contra a decisão da área técnica da CVM foi interposto recurso ao seu Colegiado, de modo a afastar a exigência da OPA. O Colegiado deveria, portanto, analisar uma operação de reestruturação societária envolvendo empresas com sede no Brasil e na Itália.

A TIM Participações é uma companhia aberta com sede no Brasil, titular de 100% (cem por cento) das ações de emissão da TIM Celular S.A. e da TIM Nordeste S.A. O controle direto da TIM Participações era desempenhado pela TIM Brasil Serviços e Participações S.A., cujo capital social, por sua vez, era detido por uma subsidiária integral da Telecom Itália S.p.A. (“Telecom Itália”).

Foi sustentado pelos acionistas minoritários da TIM Participações que o controle da Telecom Itália havia sido alienado e, por isso, deveria ser realizada oferta pública de aquisição de ações de emissão da TIM Participações.

Colocaram-se três questões para o Colegiado da CVM: (i) houve alienação de controle da Telecom Itália S.p.A.?; (ii) qual lei deveria definir o conceito de controle para fins de determinar se ele foi objeto de alienação?; e (iii) deveria ser efetuada oferta pública para aquisição de ações de emissão da TIM Participações?

De fato, o que houve no caso em análise foi um problema de conflito espacial de leis, uma vez que poder-se-ia aplicar à operação e à definição de controle tanto a lei brasileira quanto a italiana, pois ambas detinham contato com a situação.

O presente artigo se propõe à análise do posicionamento expressado pelos Diretores da CVM à luz dos princípios e regras de direito internacional privado.

II. Da apreciação do caso concreto pela CVM

Conforme referido, o controle da TIM Participações era exercido pela Telecom Itália, de cujo capital social a Olimpia S.p.A. (“Olimpia”) detinha 17,99%. A Olimpia, por sua vez, era controlada pela Pirelli & C S.p.A. (“Pirelli”), titular de 80% do capital social da companhia, cabendo os 20% restantes do capital social à Edizione Holding S.p.A e à Edizione Finance International S.A. (atualmente denominadas Sintonia S.A.).

Em 28.04.2007, um conjunto de sociedades, entre as quais a Sintonia S.A., celebrou um *Co-Investment Agreement*, por meio do qual seria constituída a Telco, com o objetivo de compra de 100% do capital social da Olimpia.

A operação de compra de ações de emissão da Olimpia foi implementada, passando a Telco a, num primeiro momento, (i) ser

titular direta de 100% do capital social da Olimpia, que por sua vez detinha 17,99% do capital da Telecom Itália, e (ii) deter diretamente 5,6% das ações de emissão da Telecom Itália.

Em um momento seguinte, a Olimpia foi incorporada pela Telco, conferindo a esta a titularidade de participação equivalente a 23,59% do capital votante da Telecom Itália.

Questionou-se, a partir daí, se a aquisição do montante global de ações pela Telco significou a alienação do controle acionário da Telecom Itália, que, em tese, seria exercido pela Olimpia. Ou seja, os acionistas minoritários da TIM Participações requereram junto à CVM a realização de uma OPA para aquisição de suas ações representativas do capital social da TIM Participações, uma vez que o controle dessa companhia teria sido supostamente alienado na Itália.

A Superintendência de Registro de Valores Mobiliários entendeu que a compra e venda de ações na Itália teria caracterizado alienação do controle da TIM Participações e, por conta disso, deveria ser efetuada, nos termos do artigo 254-A da Lei nº 6.404/1976, *“oferta pública de aquisição das ações com direito a voto de propriedade dos demais acionistas da companhia, de modo a lhes assegurar o preço no mínimo igual a 80% (oitenta por cento) do valor pago por ação com direito a voto, integrante do bloco de controle”*.

No exame do recurso interposto pela Telco, o Colegiado entendeu, por maioria, pelo não cabimento da OPA. É importante frisar a ausência de uniformidade dos votos dos Diretores da CVM, como se passa a relatar.

Vale destacar que o presente artigo enfatizará a fundamentação dos referidos votos no que diz respeito à aplicação do direito internacional privado e da eventual incidência de lei estrangeira. Ainda que relevante a discussão sobre a exigibilidade da OPA, esta não é objeto deste estudo.

O Relator do Processo Administrativo, Diretor Eliseu Martins, ao analisar a incidência do precedente Arcellor Mitall² e do artigo 11

da Lei de Introdução ao Código Civil, entendeu que a aplicação da legislação do país da sede da companhia em que ocorreu a operação da alienação de controle poderia implicar em soluções distintas para casos de essências semelhantes, “*dependendo do conceito de controle adotado pelos respectivos países*”.

Com efeito, o Relator afastou a incidência da regra de conexão prevista no artigo 11 da LICC — que prevê que as pessoas jurídicas devem ser regidas pela lei do local em que se constituíram — com fundamento na necessidade de proteção de minoritários e na imposição de um ônus injustificável às companhias que deveriam acompanhar continuamente as transferências de participações de controladores indiretos. Segundo o Diretor Eliseu Martins:

não me parece fazer sentido que caiba ao minoritário investigar em que país está localizado o controle da companhia na qual pretende investir ou já investe no Brasil, estudar sob quais hipóteses se dá a alienação de controle nesse país, para daí utilizar essas informações para análise da adequação do preço das ações dessa companhia, para decidir sobre compra ou venda etc. (...).

Assim, entendeu o i. Diretor que a operação em tela deveria ser regida pela lei brasileira, que, segundo ele, impunha o dever de a Telco efetuar uma oferta pública para a aquisição das ações de emissão da TIM Participação detidas por seus acionistas minoritários.

O Diretor Octavio Yazbek, ainda que tenha proferido decisão distinta no mérito, adotou as premissas expressadas pelo Diretor Relator quanto à lei aplicável à identificação do acionista controlador de uma determinada pessoa jurídica. Com efeito, o Diretor Octavio Yazbek reconheceu que a definição de acionista controlador de uma so-

2 Trata-se de Decisão do Colegiado da CVM proferida no Processo CVM RJ 2006/6209, Relator Wladimir Castelo Branco Castro, julgado em 25.09.2006, no qual adotou-se o entendimento “*de que a lei que deve regular a verificação da ocorrência, ou não, de alienação de controle é a da constituição da sociedade*”.

cidade anônima deve ser determinada de acordo com a lei que rege tal sociedade. Entretanto, para ele, apesar da referência a outro ordenamento jurídico, este não era o cerne do processo, devendo ser afastada quaisquer ponderações a respeito.

O Diretor Eli Loria, por sua vez, deslocou a análise da questão para uma outra esfera. Segundo o referido Diretor, a possibilidade de OPA decorre da natureza eminentemente obrigacional estabelecida pelo artigo 254-A da Lei das S.A., bem como da determinação do artigo 9º da Lei de Introdução ao Código Civil.

Dessa forma, para o Diretor Eli Loria, como a obrigação de realizar a oferta pública de aquisição de ações de emissão da TIM Participações se constituiria no Brasil, ela deveria ser regida pela lei brasileira.

Finalmente, a Presidente Maria Helena Santana expressou seu voto no sentido de reconhecer a existência de um conflito espacial de leis. Isso porque:

a Lei de Introdução ao Código Civil (LICC) possui em seu artigo 11 regra de que as sociedades obedecem à lei do Estado em que se constituírem. Adicionalmente, a LICC estabelece em seu art. 9º que as obrigações são regidas pela lei do País em que forem constituídas. Isto posto, entendo que pelas normas de direito internacional privado, a OPA por alienação indireta de controle da TIM Participações se regerá pela lei brasileira (art. 9º) caso, de acordo com a **lei italiana**, tenha havido alienação de controle na operação de que se trata. (grifo acrescentado)

O Diretor Marcos Pinto acompanhou o voto do Diretor Relator no mérito o que permitiu, ao fim, a conclusão do Colegiado pelo provimento ao Recurso, decidindo-se pela inexigibilidade da oferta pública de aquisição de ações de emissão da TIM Participações.

Apesar de a inexigibilidade da oferta pública ter sido reconhecida pela maioria dos Diretores (3 votos a 2), não houve uniformida-

de, entre os votos vencedores, quanto à análise do elemento de estraneidade presente no caso concreto.

Logo, faz-se necessária uma análise pormenorizada dos elementos integrantes do direito internacional privado que deveriam ter conduzido a análise do caso presente.

III. O Direito Internacional Privado

O Direito Internacional Privado apresenta-se como um ramo do direito com a função de apaziguar conflitos instaurados entre os sujeitos de direito e também entre os demais ramos do direito.

Em virtude das inúmeras relações jurídicas envolvendo entidades de diferentes nacionalidades ou pertencentes a ordenamentos jurídicos distintos, pode ocorrer uma sobreposição de normas, provenientes de distintas ordens jurídicas que pretendem regular uma determinada situação concreta.

Com efeito, o direito internacional privado pressupõe a existência de elementos de estraneidade nas relações jurídicas, os quais, por sua vez, demonstram que os deveres e obrigações ali constituídos possuem pontos de contato com mais de um ordenamento jurídico e, por isso, necessitam de uma norma de sobredireito para definir qual lei deverá incidir³.

3 BRAZ, Eliane. *Introdução ao Direito Internacional Privado*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2006. p.7. “*Temos um fato de interesse do direito internacional privado quando a relação jurídica se relaciona a duas ou mais ordens jurídicas. O direito internacional privado indica a ordem jurídica a qual essa relação jurídica deve se submeter; determinando o direito primário adequado à sua apreciação.*”

A característica essencial do direito internacional privado está na conexão, pela qual o juiz é levado a considerar preceitos de ordem jurídica distinta da sua, embora essa determinação decorra de norma territorial (lex fori). É esse elemento estrangeiro (pessoa, coisa, ato jurídico, decisão judiciária) que identifica o objeto do direito internacional privado. Sem a sua existência não podemos falar em direito internacional privado.” A respeito também, dispõe BENDOR,

Nesse sentido, Clovis Bevilacqua assinala que a soberania e a diversidade de leis são, por assim dizer, duas expressões do mesmo fato, e que é na antítese estabelecida entre a concentração nacional e a expansão individual que se deve procurar a origem racional do direito internacional privado, cuja função sociológica é harmonizar esses dois princípios divergentes⁴.

Identifica-se, portanto, o direito internacional privado como o ramo de direito a solucionar o conflito interespaçial de leis⁵. Suas normas não solucionam o conflito que se instaura no caso concreto; no entanto, são um indicativo das normas nacionais que deverão decidir a questão controversa.

Duas grandes discussões permearam por muito tempo o direito internacional privado. A primeira delas dizia respeito ao seu papel uniformizador.

Segundo alguns autores, o direito internacional privado, enquanto expressão do direito interno, não teria funcionalidade, uma vez que não afastava de vez os conflitos de normas — cada direito nacional poderia conter regras de conexão de conteúdo distinto.

Rumou-se, então, para uma tentativa de uniformização, como a que ocorreu por meio de edição do Código de Bustamante⁶. Entre-

Ariel L.; BEN-EZER, Ayelet. *Conceptualizing Yahoo! v. L.C.R.A.: private law, constitutional review, and international conflict of law*. *Cardozo Law Review*, 2004, p. 5: “*Generally speaking, constitutional law is purely domestic concern. International conflict of laws (in the private international law context) is also technically a branch of domestic law in that it varies from one country to the next, but it also involves numerous international considerations. Its subject matter— dispute involving foreign litigants or other foreign elements— raises questions relating to international jurisdiction, choice of law, and the enforceability of foreign judgement. Moreover, a conflict of law analysis often leads to the transference of a dispute to the court of another country or to the application of foreign law*”.

4 STRENGER, Irineu. *Direito internacional privado*. 6ª edição, São Paulo: LTr, 2005, p. 32.

5 Vale assinalar que a identificação do direito internacional privado com o conflito interespaçial de leis foi aceita de sobremaneira nos Estados Unidos da America que a cadeira da escola de direito que estuda esse tema se denomina “*Conflicts of Law*”.

tanto, percebeu-se que as normas internas ainda eram importantes em muitas situações e que as normas uniformizadoras não conseguiam indicar satisfatoriamente o direito interno a solucionar a disputa.

Um segundo aspecto muito discutido foi o campo de abrangência do direito internacional privado. Haroldo Valladão defendia a tese segundo a qual o direito internacional privado tem por objeto leis de qualquer natureza que abranjam conflitos de leis no espaço, quer nacionais, estaduais ou provinciais; civis, comerciais, penais trabalhistas, processuais ou fiscais⁷.

O professor Jacob Dolinger, expondo a situação de forma mais clara, demonstrou que o direito internacional privado tem de fato um campo de incidência amplo, não havendo qualquer impedimento para que surjam elementos de estraneidade em relações fiscais, trabalhistas, financeiras, penais e administrativas a serem solucionadas pelo direito internacional privado⁸.

No fundo, independentemente do ramo do direito com o qual o direito internacional privado dialogue, a questão a ser elucidada é o conflito de leis, mostrando que o direito internacional privado procura determinar, por meio de um complexo de normas, qual o direito a ser aplicado.

IV. Da teoria de qualificação

O Direito Internacional Privado trabalha com relações interindividuais estabelecidas entre sujeitos de direito pertencentes a siste-

6 O tratado mais importante de direito internacional privado ratificado pelo Brasil foi o Código de Bustamante, de 20.02.1928, promulgado pelo Decreto nº 18.871, de 13.08.1929.

7 Pontes de Miranda defendia posição distinta, segundo a qual o direito internacional privado não poderia ser aplicado a questões ligadas ao direito público. RECHSTEINER, Beat Walter. *Direito internacional privado: teoria e prática*. 11ª edição, São Paulo: Saraiva, 2008, p. 24.

8 DOLINGER, Jacob. *Direito Internacional Privado*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p.257.

mas jurídicos diversos. O DIPRI surge como o ramo do direito solucionador dos conflitos estabelecidos nas relações jurídicas que apresentem elementos de estraneidade.

Quando da análise dos diferentes ordenamentos jurídicos que podem ser aplicados a um caso controvertido submetido ao DIPRI, antes de ser indicada a lei aplicável, o intérprete e o aplicador do Direito Internacional Privado têm uma etapa anterior a cumprir.

Amílcar de Castro, verificando essa situação, afirmou:

A ordem jurídica é um conjunto organizado de princípios gerais, de instituições, de regras, de conceitos, de normas ou critérios, destinados à apreciação de fatos reconstituídos por palavras, faladas ou escritas. Todos os seus elementos são interdependentes, como partes solidárias de um conjunto exclusivo. Sua parte visível compõe-se de instituições, enquanto estas se formam de disposições particulares; as quais, sempre informadas por princípios gerais ocultos, correspondem-se, agrupam-se e classificam-se, conforme as suas diferenças específicas. Em razão dessa classificação, cada qual conserva o lugar que lhe compete; na mesma ordem não pode ser deslocada de uma para outra categoria, nem postergada; nem pode ser transportada de uma para outra ordem.

*Por conseguinte, **quando se apresenta um fato reconstituído, para ser juridicamente apreciado, torna-se necessário preliminarmente resolver em que setor da ordem se devem buscar os critérios de julgamento***⁹. (grifamos)

Dessa forma, para que o DIPRI possa estabelecer qual a lei aplicável segundo suas regras de conexão é preciso, antes, saber quais as regras de conexão que serão aplicadas.¹⁰

9 CASTRO, Amílcar de. *Direito Internacional Privado*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 217.

10 AMORIM, Edgar. *Direito Internacional Privado*. 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 41. "Ocorre que os conceitos variam de legislação para legislação, tanto no que tange ao linguajar como também à qualificação. A exemplo disto, podemos citar noção de personalidade que está

O procedimento da qualificação busca resolver esses questionamentos¹¹. A qualificação constitui, portanto, “*a operação pela qual o juiz, antes de decidir, verifica, mediante a prova feita, a qual instituição jurídica correspondem os fatos realmente provados*”, e, assim, passa a estabelecer qual a regra de conexão aplicável ao caso¹².

Jacob Dolinger reconhece que o processo de qualificação não é restrito ao Direito Internacional Privado, mas destaca que é neste ramo que a qualificação apresenta a sua maior e mais importante manifestação:

*A qualificação é um processo técnico-jurídico sempre presente no direito, pelo qual se classifica ordenadamente os fatos da vida relativamente às instituições criadas pela Lei ou pelo Costume, a fim de bem enquadrar as primeiras nas segundas, encontrando-se assim a solução mais adequada e apropriada para os diversos conflitos que ocorrem nas relações humanas. Além dos fatos, os próprios institutos jurídicos também exigem uma qualificação clara e definida*¹³.

O conceito e a compreensão da qualificação também são trazidos pelo próprio significado do vocábulo. Para a análise completa do tema, faz-se necessário escapar, por alguns instantes, do culto ao jurídico, para nos remetermos às elucidações trazidas pela própria língua portuguesa.

vinculada a certas controvérsias, como aquela de nascer com vida e com forma humana, ou somente nascer com vida.”

11 GRUENBAUM, Daniel, Qualificação lege comunitatis, in Paulo Borba CASELLA e Vera Lucia Viegas LIQUIDATO, São Paulo, Quartier Latin, 2006, p.425-452. “*Portanto, antes de se chegar à lei aplicável — mas sempre já no processo de interpretação que conduzirá a sua aplicação — é preciso que se identifique a regra de conexão apropriada, o que depende da qualificação*”.

12 ROCHA, Osiris. *Curso de Direito Internacional Privado*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 1975, p. 76.

13 DOLINGER, Jacob. *Direito Internacional Privado*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p.361.

O dicionário Aurélio nos traz o seguinte conceito para qualificação:

*Qualificar: indicar a(s) qualidade(s) de, classificar; emitir opinião a respeito de, avaliar, apreciar; atribuir qualidade(s), reputar, considerar.*¹⁴

Já o Houssais define o termo da seguinte forma:

1. Ato ou efeito de qualificar. 2. atribuição de qualificativo a pessoa ou coisa; determinação da qualidade de algo (...). 3. conjunto de atributos que habilitam alguém ao exercício de uma função; cabedal (...). 4. dir. civ. fornecimento de dados concernentes à própria identidade, profissão, residência, ao estado civil e domicílio. 5. Dir. pen. determinação da natureza da infração em face da lei penal, com o fim de classificar e estabelecer a gradação da pena a impor ao delinquente.¹⁵

Não podemos esquecer que o Direito Internacional Privado trabalha com ordens jurídicas diversas, e, por esse motivo, nosso estudo não pode ser restritivo ao direito brasileiro e à língua portuguesa. Assim, o dicionário norte-americano Black esclarece que:

*Qualification — 1. The possession of qualities or properties (such as fitness or capacity) inherently or legally necessary to make one eligible for a position or office, or to perform a public duty or function voter qualification requires one to meet residency, age, and registration requirements. 2. A modification or limitation of terms or language; esp., a restriction of terms that would otherwise be interpreted broadly he contract contained a qualification requiring the lessor's permission before exercising the right to sublet.*¹⁶

14 FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. Novo Dicionário Aurélio da língua portuguesa. 3ª ed. Curitiba: Positivo, 2004, p. 1668.

15 Instituto Antônio Houaiss. Dicionário Houaiss da língua portuguesa. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001, p. 2345.

16 GARNER, Bryan A. *Black's Law Dictionary*. 8th ed. Saint Paul: Thompson West, 2004, p. 1275.

Desta forma, com o auxílio das definições vocabulares, conclui-se pela necessidade de se buscar lei solucionadora do conflito somente após saber exatamente o conteúdo do que se está a solucionar. Por exemplo, se é uma questão relativa à uma obrigação de compra de ações por uma sociedade, deve-se buscar a regra de conexão que aponta a norma nacional a estabelecer deveres e responsabilidades das pessoas jurídicas.

Questão relevante à qualificação das categorias jurídicas para aplicação da regra de conexão diz respeito à determinação da lei que regerá o processo de qualificação. Como vimos anteriormente, pode ocorrer — e o normal é que ocorra — de dois sistemas jurídicos qualificarem diferentemente uma mesma questão.¹⁷ Por conta disso, precisa-se definir qual vai ser o sistema escolhido a reger a qualificação.

Três teorias foram estabelecidas entre os autores de DIPRI a fim de elucidar essa problemática.

Weiiis, Nussabaun e Anzilotti seguiram os ensinamentos de Etienne Bartin e colaboraram para a instituição de uma teoria, segundo a qual, para se definir a lei que vai reger a qualificação deve-se aplicar a *lex fori*. O professor Jacob Dolinger destaca os argumentos trazidos pelos referidos autores:

1) sempre que o juiz francês tem que decidir sobre a lei aplicável para a solução de uma questão ligada a mais de um sistema jurídico, é ao seu direito internacional privado que deverá recorrer; as normas conflituais internas hão de orientá-lo na escolha da lei aplicável. Se, preliminarmente, a esta escolha da lei aplicável se torna necessário classificar a questão jurídica, nada mais lógico do que ater-se ao seu pró-

17 DOLINGER, Jacob. *Direito Internacional Privado*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p.361. “Como dito, há que se decidir que sistema jurídico irá qualificar. Não se confunda a lei qualificadora com a lei aplicável. Assim, é perfeitamente possível que a lei qualificadora seja a do foro, e, partindo desta qualificação, se venha a aplicar a lei material de outro sistema jurídico, assim como também pode acontecer que a lei estrangeira qualifique uma situação jurídica e disto decorra a aplicação da lei do foro.”

prio sistema. Realmente, não seria cientificamente lógico que, enquanto a segunda etapa de um processo segue determinada lei, a etapa anterior, que lhe é preliminar e prejudicial, seja solucionada por outro sistema jurídico.

*2) como admitir qualificação da questão pela *lex causae* — a lei estrangeira aplicável — se ainda não sabemos se ela será realmente a lei escolhida, tudo dependendo da qualificação que se der ao caso, eis que, se qualificada for a questão de determinada forma, aplicável realmente será a lei estrangeira, mas se qualificada de outra forma, aplicável será a lei do foro¹⁸.*

Em oposição a esta construção doutrinária, surgiram autores defendendo a aplicação da *lex causae* para determinar a lei qualificadora. Despagnet, na França, Pacchioni, na Itália, e Wolff, na Alemanha, foram os representantes desse pensamento. Para eles, dever-se-ia solicitar ao direito estrangeiro que eventualmente fosse aplicada a qualificação da relação jurídica em foco. A grande crítica que se fez a esses doutrinadores foi a de que deixaram de levar em consideração o fato de que a definição da lei aplicável é procedimento posterior à definição da lei que rege a qualificação. Não se poderia reger a qualificação por uma lei que, no futuro, não viesse nem a ser aplicada.

Uma terceira teoria foi a de Ernst Rabel, que propôs a qualificação por referência a conceitos autônomos e universais. Para ele, o juiz não deve ficar preso às qualificações estabelecidas em determinada lei¹⁹. Deveria o magistrado por meio de um método comparativo, buscar a criação de conceitos autônomos dotados de caráter universal. O grande problema deste pensamento é o irrealismo e a utopia que nele está presente.

No Direito brasileiro, Haroldo Valladão procurou sistematizar o processo de qualificação em algumas etapas: na primeira, se busca-

18 Id., p.366.

19 Nesse sentido, ver o estudo detalhado realizado por GRUENBAUM, Daniel. Qualificação *lege comunitatis*, in Paulo Borba CASELLA e Vera Lucia Viegas LIQUIDATO, São Paulo, Quartier Latin, 2006, p.425-452.

ria a qualificação pelos conceitos da lei do foro (qualificação provisória). Em seguida, se, em razão desta qualificação, a lei aplicável for estrangeira e determinar critério qualificativo diverso, a qualificação provisória será corrigida por esta lei, transformando-se, desta forma, em qualificação definitiva.

Na verdade, apesar da excelência do raciocínio criado por Valladão, nos parece mais razoável a adoção da *lex fori* para a definição da qualificação²⁰. O professor Jacob Dolinger bem resume a posição que aqui se adota:

*A qualificação, que é ponto de partida do processo conflitual, deve reger-se pela lei do foro, pois, dependendo da qualificação a ser dada, haverá ou não aplicação de lei estrangeira. Sendo qualificada a situação de acordo com a lei do foro, e, atendido o comando do d.i.p. do foro, que indica a aplicação de lei estrangeira, verifica-se que esta, por sua vez, determina a aplicação da lei do foro (reenvio de 1º grau) ou de lei de terceiro país (reenvio de 2º grau), pode-se perfeitamente conceber o atendimento desta determinação da lex causae. O ponto de chegada e o ponto de partida não precisam reger-se pelo mesmo princípio.*²¹

Dessa forma, é a lei do foro que conduz a análise da qualificação a embasar a escolha da regra de conexão aplicável.

Ou seja, colocada a questão controversa perante um juiz e havendo elementos de estraneidades, ele deve verificar como a sua lei

20 No mesmo sentido, RODAS, João Grandino. *Direito Internacional Privado Brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 70; AMORIM, Edgar Carlos de. *Direito Internacional Privado*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 39; CASTRO, Amílcar de. *Direito Internacional Privado*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996, p. 230: “as qualificações não podiam ser outras senão as do fórum; e se a lei às vezes se desvia deste princípio é porque a ordem jurídica não anda necessariamente presa à lógica, mas às conveniências sociais, à justiça, à utilidade; entretanto, no silêncio da lei, não se deve admitir a prevalência da qualificação estranha, porque a questão está sendo resolvida no fórum, e a solução destina-se precipuamente a valer aí mesmo.”

21 DOLINGER, Jacob. *Direito Internacional Privado*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 369.

do foro qualifica a questão. Uma vez identificada a categoria jurídica, passa-se à busca da regra de conexão aplicável, que por sua vez poderá indicar o direito nacional ou estrangeiro como solucionador do litígio.

V. Das regras de conexão e sua aplicação a pessoas jurídicas

As regras de conexão são normas de sobredireito, isto é, pairam sobre as normas de direito material, as quais resolvem efetivamente as controvérsias levadas a conhecimento do juízo²². Tais regras não afirmam se há o direito ou não. Na verdade, representam o indicativo da norma pertencente a um determinado ordenamento jurídico que decidirá o caso em análise²³.

Os autores costumam classificar as normas de direito internacional privado em: normas unilaterais e normas bilaterais.

As normas unilaterais são aquelas que se referem apenas à aplicação do direito interno, sem que se manifestem sobre a aplicação do direito estrangeiro. Por exemplo, o Código Civil Francês de 1804 determinava que a lei francesa aplicava-se ao estado e a capacidade dos franceses, mesmo que residentes no estrangeiro. Tal dispositivo não continha qualquer disposição acerca do direito aplicável a outras pessoas que não os franceses.

Já as normas bilaterais são as regras de conexão típicas, pois não somente informam quando o próprio direito do foro deve ser aplicado, como também indicam quando o direito estrangeiro incidi-

22 JACOB DOLINGER. *Direito Internacional Privado (parte geral)*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 25.

23 A norma de direito internacional privado tem a particularidade de revelar unidade formal, ao mesmo tempo que representa duas funções, intimamente conexas, no sentido de delimitar a eficácia das normas de ordem interna e de indicar a lei estrangeira que deve reger determinada relação. STRENGER, Irineu. *Direito internacional privado*. 6ª edição, São Paulo: LTr, 2005, p. 124.

rá. Diferentemente das normas unilaterais, elas delimitam tanto a aplicação do direito interno quanto do externo. Tais normas especificam exatamente qual o direito — nacional ou estrangeiro — deve ser aplicado à determinada situação jurídica.

É o que ocorre com o artigo 7º da Lei de Introdução, o qual estabelece que “*a lei do país em que domiciliada a pessoa determina as regras sobre o começo e o fim da personalidade, o nome, a capacidade e os direitos de família*”.

Alguns autores sinalizam para um fenômeno denominado bilateralização das regras de conexão. São hipóteses em que o aplicador do direito, a partir de um grupo de normas que determinam expressamente a aplicação do direito interno, conclui que o conceito estabelecido na norma permite remissão ao direito estrangeiro. Ou seja, se a regra de conexão do foro estabelece que a capacidade das pessoas físicas é regida pela lei local, pois esta é a lei de sua nacionalidade, conclui-se, ao bilateralizar tal norma, que para reger a capacidade de pessoas físicas não nascidas no foro deve ser adotada a lei de sua nacionalidade.

Além da natureza bilateral que as regras de conexão típicas apresentam, o comando contido em tais normas, ao determinar a aplicação do direito estrangeiro, deve ser entendido como a determinação de aplicação do direito estrangeiro em sua integralidade.

A doutrina inclusive já sinalizou — quando, em seus primórdios, discutia-se a aplicação da norma estrangeira determinada pela regra de conexão do foro — que a norma estrangeira deve ser aplicada de forma integral²⁴. Percebe-se, desta feita, que há uma diferença

24 MARQUES, Frederico. *O Direito Internacional Privado*. In: http://www.dip.com.br/index.php?option=com_content&task=view&id=16&Itemid=29 “*Cada Estado possui regras, em princípio aplicável dentro de suas fronteiras. Mas há relações jurídicas que extrapolam os limites de determinado Estado. Essas relações geram o tradicionalmente denominado conflito de leis no espaço, cuja resolução é tarefa precípua do Direito Internacional Privado. Por conseguinte, há nos ordenamentos nacionais regras criadas expressamente para reger a solução dessas situações multiconectadas, chamadas de normas indiretas ou conflituais.*”

entre a simples aplicação da norma-lei e a aplicação da lei em conformidade como seu ordenamento jurídico. Esta, inclusive, foi a orientação consagrada no artigo 412 do Código de Bustamante²⁵. O professor Jacob Dolinger nos ensina:

*Ao aplicar o direito estrangeiro determinado por regra do D.I.P, o magistrado deverá atentar para a lei estrangeira na sua totalidade, seguindo todas as suas remissões, incluídas suas regras de direito intertemporal, normas relativas à hierarquia das leis, seu direito convencional, seu direito estadual, municipal, cantonal, zonal, seu direito religioso, suas leis constitucionais, ordinárias, decretos, etc. (grifo acrescentado)*²⁶.

Caso seja indicada lei estrangeira para reger a solução do conflito em decorrência da incidência da regra de conexão, coloca-se para o julgador o dever de aplicar a referida lei em sua totalidade, inclusive examinando sua compatibilidade com as normas constitucionais do sistema na qual se insere, com a jurisprudência e com os demais ramos do ordenamento com os quais a norma dialoga.

25 Código de Direito Internacional Privado dos Estados Americanos — Código de Bustamante — Havana — 1928: “Artigo 412 Em todo Estado contratante onde existir o recurso de cassação, ou instituição correspondente, poderá ele interpor-se por infração, interpretação errônea ou aplicação indevida de uma lei de outro Estado contratante, nas mesmas condições e casos em que o possa quanto ao direito nacional.”

26 DOLINGER, Jacob. Direito Internacional Privado. Parte Geral. 6ª ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 277. Complementando: “*Even assuming that these difficulties can be resolved satisfactorily, i.e. that constitutional review and private international law are not completely incompatible, their interaction raises a host of complex questions. For instance, when a choice of law provision provides that a transaction is to be governed by substantive law of a particular system refers to the entire law of that system, including its constitution. Presumably then, a rule of contractual interpretation that violated the designated country's constitution would be considered void and would not be applied by a foreign court applying the designated country's contract law, despite the parties' expectations and the constitutionality of the designated law under the forum court's constitution. It is not clear, moreover, that one country's courts are appropriate venue for constitutional review of a second country's laws under the second country's constitution.*” BENDOR, Ariel L.; BEN-EZER, Ayelet. Conceptualizing Yahoo! v. L.C.R.A.: private law, constitutional review, and international conflict of law. *Cardozo Law Review*, 2004, p. 5.

Os conceitos de bilateralidade da norma e de aplicação integral do direito estrangeiro ficam mais claros quando do exame do artigo 11 de Lei de Introdução ao Código Civil.

No que diz respeito às pessoas jurídicas e, por consequência, às sociedades anônimas, o artigo 11 da Lei de Introdução ao Código Civil adotou como regra de conexão a lei do local da celebração dos atos constitutivos (*lex loci celebrationis*).

O referido dispositivo expressamente determinou:

Art. 11. As organizações destinadas a fins de interesse coletivo, como as sociedades e as fundações, obedecem à lei do Estado em que se constituírem.

A LICC, nessa regra de conexão tipicamente bilateral, estabeleceu que as sociedades anônimas devem ser regidas pela lei do local de celebração de seus atos constitutivos²⁷. Reconheceu, inclusive, uma prática que vem sendo desenvolvida por outros sistemas jurídicos e no direito convencional, como assinala Oscar Tenório²⁸:

No estudo comparativo do direito convencional sobre as sociedades, verificamos a preferência concedida ao princípio do reconhecimento da pessoa jurídica de acordo com as disposições de sua constituição em um dos Estados contratantes.

Assim, ao seguir o modelo de regra de conexão que já vinha sendo internacionalmente aceito, a LICC não foi unilateralista. Na verdade, nosso legislador caminhou bem e estabeleceu uma regra de conexão que permite a solução do conflito quando em uma relação entre pessoas jurídicas há um elemento de estraneidade.

27 PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de Direito Civil*. Vol. I. 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 199.

28 TENÓRIO, Oscar. *Direito Internacional Privado*. Vol II. 9 ed. 1970, p. 9.

Além disso, ao determinar que as pessoas jurídicas devem obedecer às leis dos Estados em que se constituírem, o artigo 11 determina que seja aplicada com integralidade a lei do local da constituição de tais pessoas jurídicas.

Nesse sentido, se a regra de conexão brasileira determina que a uma sociedade anônima aplica-se a lei estrangeira, uma vez que tal sociedade se constituiu no exterior, aplica-se a lei alienígena às relações internas de tal sociedade, às relações com seus acionistas, ao estatuto social, às relações com seus controladores.

Dessa forma, tendo a Lei de Introdução ao Código Civil estabelecido a regra de conexão do local da constituição para as pessoas jurídicas, os direitos, deveres e atribuições atinentes à estrutura das sociedades e às suas obrigações com seus acionistas serão regidas pela lei do local onde elas se constituíram.

VI. O Caso Telco

O caso objeto do presente artigo diz respeito e a situação jurídica na qual havia um elemento de estraneidade a demandar a aplicação das regras de conexão.

O Caso Telco, como assim ficou conhecido, decorreu da reclamação de acionistas brasileiros titulares de ações de emissão TIM Participações, em virtude de suposta alienação indireta do controle desta companhia.

O elemento de estraneidade estava presente no fato de se discutir uma possível alienação de controle que ocorreu no estrangeiro. Assim, não é possível, como alguns diretores da CVM pretenderam, afastar as regras de conexão brasileiras, uma vez que se tratava de hipótese a exigir a aplicação do direito internacional privado.

Como já mencionado, havendo concorrência de dois sistemas jurídicos para regular uma mesma questão, é necessário e imprescindível recorrer às regras de conexão.

Ultrapassada a questão quanto à incidência ou não das regras de conexão, seria necessária qualificar a situação jurídica para saber qual a regra de conexão — dentre as estabelecidas pela Lei de Introdução ao Código Civil — que seria aplicável.

Vale ressaltar que está se discutindo a qualificação e a aplicação das regras de conexão com base no ordenamento jurídico brasileiro, pois foi aqui que se instaurou o litígio e, por isso, deve se buscar na ordem jurídica deste foro as respostas a tais questionamentos.

Tratava-se de hipótese em que deveria ser verificado se a compra, pela Telco, de 100% do capital social da Olímpia — potencial acionista controladora indireta da TIM Participações — e sua posterior incorporação pela Telco configurariam alienação de controle da TIM Participações.

O caso é complexo, pois envolve potencial alienação indireta de controle. Para se concluir positivamente sobre a alienação, ela deveria ser verificada em sua origem, ou seja, analisar se houve uma efetiva alienação do poder de comandar os negócios sociais e prevalecer nas assembléias gerais, por aquele acionista que ao final da cadeia acionária detinha o controle.

Logo, a situação a ser qualificada é o complexo de relações jurídicas que envolvia a Olímpia de modo a permitir verificar se ela exercia efetivamente o controle sobre a Telecom Itália e se esse controle foi transferido para a Telco.

A caracterização desse controle e as obrigações decorrentes do seu exercício diz respeito à essência da sociedade anônima; à relação da sociedade com os seus acionistas a permitir que aqueles que detêm as ações suficientes possam exercer o controle. Assim, a qualificação da hipótese diz respeito a buscar a lei que rege as pessoas jurídicas, uma vez que busca-se a norma a regular as relações ínsitas e próprias da sociedade anônima.

Como destacado, a Lei de Introdução ao Código Civil, em seu artigo 11, determina que às pessoas jurídicas deva ser aplicada a lei

do local de sua constituição. Logo, deve ser aplicada à Olímpia, para fins de verificar o seu controle, a lei do local de sua constituição, ou seja, a lei italiana.

Somente com base na lei Italiana é que poder-se-ia verificar se houve alienação de controle e, por fim, analisar a eventual necessidade de realização de oferta pública para aquisição de ações por alienação de controle determinada pela lei brasileira.

Desta forma, percebe-se que uma análise técnica e detalhada do caso concreto permite verificar fundamentação diversa da que foi adotada por alguns diretores da CVM para julgamento do Caso Telco.

De fato, ainda que se tratasse de questão societária, não é possível afastar a aplicação do direito internacional privado, ramo de direito destinado especificamente à solucionar o conflito que se colocou perante o Colegiado daquela autarquia.