



**UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA
ESCOLA DE ADMINISTRAÇÃO
NÚCLEO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM ADMINISTRAÇÃO**

CÁSSIO GAMA AMARAL

**ESTRATÉGIAS JURÍDICAS COMO INSTRUMENTO DE VANTAGEM
COMPETITIVA – A EXPERIÊNCIA DA PRIVATIZAÇÃO DO
BANESPA - BANCO DO ESTADO DE SÃO PAULO S.A**

Salvador
2008

CÁSSIO GAMA AMARAL

**ESTRATÉGIAS JURÍDICAS COMO INSTRUMENTO DE VANTAGEM
COMPETITIVA – A EXPERIÊNCIA DA PRIVATIZAÇÃO DO
BANESPA - BANCO DO ESTADO DE SÃO PAULO S.A**

Dissertação apresentada ao Núcleo de Pós-graduação em Administração, Escola de Administração, Universidade Federal da Bahia, como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre em Administração.

Orientador: Prof. Dr. José Moura Pinheiro

Salvador
2008

Escola de Administração - UFBA

- A485 Amaral, Cássio Gama.
Estratégias jurídicas como instrumento de vantagem competitiva – a experiência da privatização do BANESPA – Banco do Estado de São Paulo / Cássio Gama Amaral. – 2008.
102 f.
- Orientador: Prof.º Dr.º José Moura Pinheiro.
Dissertação (mestrado profissional) – Universidade Federal da Bahia. Escola de Administração, 2008.
1. Concorrência. 2. Planejamento tributário. 3. Planejamento empresarial.
I. Universidade Federal da Bahia. Escola de Administração. II. Pinheiro, José Moura. III. Título.

658.4012

TERMO DE APROVAÇÃO

CÁSSIO GAMA AMARAL

ESTRATÉGIAS JURÍDICAS COMO INSTRUMENTO DE VANTAGEM COMPETITIVA – A EXPERIÊNCIA DA PRIVATIZAÇÃO DO BANESPA - BANCO DO ESTADO DE SÃO PAULO S.A

Dissertação aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de
Mestre em Administração, Universidade Federal da Bahia, pela
seguinte banca examinadora:

Prof. José Moura Pinheiro _____

Doutor em Administração, Universidade Federal da Bahia (UFBA)
Universidade Federal da Bahia

Prof. Augusto Monteiro _____

Doutor em Administração, Universidade Federal da Bahia (UFBA)
UNIFACS

Prof. Eduardo Fausto _____

Doutor em Administração, Universidade Federal da Bahia (UFBA)
Universidade Federal da Bahia

Salvador, 13 de Fevereiro de 2008

A minha amada esposa Bruna, companheira em todos os momentos, pelo apoio e paciência nesta longa caminhada.

AGRADECIMENTOS

Gostaria de expressar meus mais sinceros agradecimentos a todos aqueles que, direta ou indiretamente, contribuíram para realização deste trabalho, especialmente ao:

Professor José Pinheiro, grande orientador que, mesmo a quilômetros de distância, me guiou até o fim desta difícil etapa de forma direta e construtiva;

Meu irmão Ericson que, com sua longa experiência em matéria tributária, ajudou no entendimento e enriquecimento do trabalho;

Meus pais e demais familiares que sempre me estimularam a prosseguir em busca deste objetivo;

Aos colaboradores do curso de MPA, Artur, André e José Carlos, pelo auxílio e presteza no atendimento às solicitações;

Aos colegas do MPA-7, pela convivência agradável e enriquecedora durante o curso.

RESUMO

O presente trabalho versa sobre a análise e verificação das estratégias jurídicas como recurso de vantagem competitiva, segundo o modelo “Resource –Based View (RBV)”. Para tanto, partimos de uma pesquisa bibliográfica calcada na percepção do direito e das estratégias jurídicas segundo a óptica transversal da escola “Law and Economics”, abordando conceitos de eficiência econômica como ferramenta de aplicação e interpretação do direito. Com suporte em conceitos arraigados de estratégia e vantagem competitiva segundo autores como Porter e Mintzberg especificamos os elementos da estratégia jurídica, bem como a situamos dentro da cadeia de valores da organização e a relacionamos com as cinco forças do mercado. Utilizando o modelo “RBV” para responder à questão problema – se, de fato, as estratégias jurídicas são fonte de vantagem competitiva sustentável ao preencherem os 04 requisitos (valor, raridade, impossibilidade de imitação e substituição) - encontramos na bibliografia pesquisada resposta afirmativa à questão. Resolvemos, então, confrontar a pesquisa teórica com o caso da privatização do Banespa – Banco do Estado de São Paulo, no qual as estratégias jurídico-fiscais e societárias foram decisivas para a aquisição desta instituição financeira por parte do banco espanhol Santander Central Hispânico, concluindo pela real importância das estratégias jurídicas na obtenção e manutenção de vantagem competitiva.

Palavras-chave: Vantagem competitiva; Estratégia; Estratégia Jurídica; Planejamento tributário; Competitividade – Empresa – Estratégias.

ABSTRACT

The current work seeks to analyze and verify the value of the "Resource Based View (RBV)" legal strategy as an instrument of business competitive advantage. For that issue, we started from a bibliographic research based on the definition of law and legal strategies according to the school of "Law and Economics", passing by concepts of economic efficiency as a tool of application and interpretation of law. From Porter's and Mintzberg's definitions of strategy and competitive advantage, we reached the elements of legal strategy concept as well as placed it inside of the value chain of an organization and related it with the 5 market forces. By using the "RBV" model to answer the problem of the current dissertation - if, in fact, the legal strategies containing all the four elements (value, rarity, impossibility of imitation and substitution) are an instrument of sustainable business competitive advantage - the researched bibliography came to give a positive answer to the question. We decided, then, to confront the theoretical research with the case of the privatization of Banespa - Bank of the State of São Paulo, in which the legal-corporate-financial strategies were decisive for its acquisition by the spanish bank Santander Central Hispânico, concluding, therefore, that the legal strategies have indeed a real importance in the attainment and maintenance of business competitive advantage.

Keywords: Competitive advantage; Strategy; Legal Strategy; Tax and Financial Strategy; Competitiveness - Enterprise - Strategies

LISTA DE FIGURAS

Figura 1 - Direitos de propriedade e relação com atividade econômica	33
Figura 2 - Estratégias deliberadas e emergentes.	35
Figura 3 - As Cinco Forças Competitivas.	44
Figura 4 - Cadeia de Valores Genéricas.	46
Figura 5 - The Resource-based View Over Time - Peteraf (1993)	53
Figura 6 - Configuração do grupo Santander no dia 30 de maio de 2001	81
Figura 7 – Configuração do grupo Santander no dia 29 de junho de 2001	82
Figura 8 - Configuração do grupo Santander no dia 30 de julho de 2001	83
Figura 9 – Valor das Ações do Banespa – dez/00 à set/06	91
Figura 10 – Quadro comparativo: variação percentual da performance das ações do Banespa	91

LISTA DE TABELAS

Tabela 1 – Classificação dos bancos comerciais e múltiplos – por ativo	76
Tabela 2 – Aproveitamento do ágio nas privatizações	79
Tabela 3 – Ranking das instituições financeiras pós-privatização.	81
Tabela 4 - Saldos da Sociedade Meridional Holding Ltda.	82
Tabela 5 - Saldos da Sociedade Santander Holding Ltda.	83
Tabela 6 - Ranking: Ativo Total Ano: 2003 / 4º Trimestre	88
Tabela 7 - Ranking: Ativo Total Ano: 2004 / 4º Trimestre	88
Tabela 8 - Ranking: Ativo Total Ano: 2005 / 4º Trimestre	89
Tabela 9 - Ranking: Ativo Total Ano: 2006 / 4º Trimestre	89
Tabela 10 - Performance do Banespa - Dezembro de 2001 / Setembro de 2006	90

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	12
1.1	PROBLEMA	14
1.2	HIPÓTESE DE TRABALHO	15
1.3	JUSTIFICATIVAS	15
1.4	OBJETIVOS	16
1.5	METODOLOGIA DA PESQUISA	17
2	REFERENCIAL TEÓRICO	19
2.1	DIREITO, JUSTIÇA E EFICIÊNCIA	19
2.1.1	Direito e Justiça	19
2.1.2	Direito e eficiência – uma abordagem da escola de Direito e Economia (Law and Economics)	24
2.2	ESTRATÉGIAS ORGANIZACIONAIS X EXTRATÉGIAS JURÍDICAS	34
2.3	VANTAGEM COMPETITIVA	41
2.4	FONTE DE VANTAGEM COMPETITIVA – MODELO RESOURCE BASED VIEW (RBV)	52
2.5	ABORDAGEM CONCEITUAL SOBRE ESTRATÉGIA JURÍDICA TRIBUTÁRIA (PLANEJAMENTO TRIBUTÁRIO)	66
3	ESTUDO DO CASO: A PRIVATIZAÇÃO DO BANESPA	75
3.1	CONSIDERAÇÕES SOBRE A OPERAÇÃO DE DEDUÇÃO DE ÁGIO NO PAGAMENTO DO PREÇO DAS PRIVATIZAÇÕES	78
3.2	A IMPLEMENTAÇÃO DA ESTRATÉGIA JURÍDICA TRIBUTÁRIA POR PARTE DO BANCO SANTANDER CENTRAL HISPÂNICO	80
3.3	CONSIDERAÇÕES FINAIS	87
4	CONCLUSÕES	94
	REFERÊNCIAS	98

1 – INTRODUÇÃO

Um dos campos de pesquisa mais vastos consiste na busca das possíveis fontes de vantagem competitiva. Vários são os enfoques desenvolvidos pelos especialistas e, por conseguinte, diversos são os fatores encontrados e relacionados como verdadeiras estratégias competitivas. Podemos encontrar um número considerável de obras na literatura sobre o tema, referentes às mais diversas áreas da gestão: marketing (Bharadwaj, Varadarajan E Fahy, 1993), contabilidade (Dunk, 2004), recursos humanos (Lado e Wilson, 1994), gestão (Silvi e Cuganesan, 2006), estrutura do capital (Martin de Castro et al., 2006), capital humano (Hatch e Dyer, 2004), cooperação entre empresas (Lavie, 2006) e competição global (Ma, 2004).

Entretanto, não encontramos na literatura pesquisas que avaliem a importância do direito, mais especificamente da estratégia jurídica (conceitos tratados no corpo da presente dissertação), na obtenção de vantagem competitiva. Inexplicável tal lacuna, tendo em vista que

o direito moderno, filho da política e do mercado, reclama como seus os lugares que ambos, até agora, ocuparam. Se na modernidade o jurídico foi (no mínimo) o nexo entre o político e o econômico ou (no máximo) o contraponto a ambos, na contemporaneidade passa a revelar uma vocação reguladora que a tudo se estende. Não há mais campos reservados à política e ao mercado nos quais o direito deixe de se imiscuir. Mais do que isso: ele vem deslocando todas as regulações, substituindo-as tão completamente, de modo que todas as relações sociais tendem a se tornar relações jurídicas (LOPES, 2005, p. 13).

Segundo Siedel (2000), as questões legais demandam cerca de 25% do tempo de um CEO. Siedel (2000) indica que cerca de novecentos executivos entrevistados em um programa de aperfeiçoamento disseram que as questões jurídicas são assuntos avaliados em terceiro lugar,

atrás somente das finanças e recursos humanos. A ação do advogado, dentro ou fora do organograma empresarial, sempre foi estrategicamente pouco considerada. Mesmo sendo pertinente a sua atuação em inúmeras situações, seu papel na comunidade empresarial não era visto como construtivo, haja vista que se apegava a detalhes, com suposições irrealistas e com questões menores, sendo mesmo tido causa de morosidade e que merecia ser terceirizado. Essa visão vem mudando rapidamente, não mais figurando o profissional do direito como um mero formalizador de decisões, mas como peça fundamental para agregar valor ao acionista e evitar riscos que possam colocar em xeque o negócio em si (Saddi e Pinheiro, 2005).

Tendo em vista esta mudança de valores, é que nos propomos a realizar a presente pesquisa multidisciplinar por excelência e, como tal, pecadora em detalhes que poderão ser devidamente explorados em trabalhos futuros. A exploração da temática da pesquisa bibliográfica será trabalhada de maneira analítica, a fim de introduzir o leitor, consoante um raciocínio dedutivo e lógico, em assuntos que fazem parte de horizontes do conhecimento distintos. Concatenar categorias tão díspares para responder o problema sugerido constitui-se tarefa difícil, mas instigante, haja vista a sua natureza pretensamente inédita.

A pesquisa parte de conceitos suportes antes de adentrar no modelo de análise escolhido. Dessa forma, abordaremos, ainda que superficialmente, o conceito de estratégia e vantagem competitiva, principalmente segundo Porter (2006) e Mintzberg (2006), especificando o conceito de “estratégia jurídica”, situando-a dentro da cadeia de valores da organização e no jogo de forças do mercado. Antes, adentraremos no conceito vago de direito e justiça segundo a literatura jurídica tradicional, o qual não poderíamos prescindir, mormente quando tentamos integrar tópicos de áreas distintas do conhecimento, e amplificaremos o conceito de “jurídico”

em direção à análise econômica do direito, segundo a Escola de “Law and Economics”, segundo a qual, além do justo, deve o direito se preocupar com a idéia da eficiência.

A partir do controle de tais conceitos-chave, podemos, então, adentrar ao âmago da questão problema, não sem antes escolher o modelo de teórico. Emerge como ponto central, nesse sentido, o conceito de vantagem competitiva e os atributos que devem ser preenchidos pelas suas fontes: valor, raridade, impossibilidade de imitação e substituição (Barney, 1991). Demonstraremos, assim, que a estratégia jurídica é fonte (instrumento) de vantagem competitiva, ou seja, fonte de valor que impulsiona a eficiência organizacional em direção a posições que não possam ser acessadas por concorrentes atuais ou potenciais, eis que preenche os atributos do modelo escolhido.

Consideramos importante, ainda, ilustrar a teoria com exemplo prático no setor específico de estratégia jurídica tributária, no jargão profissional denominada “planejamento tributário”. Não se trata de um estudo de caso, na verdadeira acepção metodológica, mas de um recurso prático para complementar e mesmo corroborar a abstração da pesquisa bibliográfica.

1.1 – PROBLEMA

A questão central que o presente trabalho busca lançar alguma luz é a seguinte: a adoção de estratégias jurídicas contribui para o alcance de Vantagem Competitiva?

1.2 – HIPÓTESE DE TRABALHO

Considerando o embasamento teórico obtido na literatura e a experiência profissional no domínio da advocacia empresarial, imagina-se que estratégias jurídicas são instrumentos de vantagem competitiva sustentável, tendo em vista que preenchem os quatro elementos-chave que a caracterizam (valor, raridade, impossibilidade de imitação e substituição), atuando de maneira integrada na cadeia de valor das organizações e interagindo com as forças competitivas do mercado.

1.3 – JUSTIFICATIVAS

Quando da formulação/aplicação do processo estratégico, o gestor, via de regra, prescinde de lançar mão de conhecimentos jurídicos que contribuiriam para sua organização atingir uma posição de vantagem competitiva. Um dos motivos da não consideração de fatores jurídicos por parte dos gestores é o despreparo dos próprios profissionais do direito em atuar de maneira preventiva e proativa na consecução dos objetivos da empresa. Soma-se a isso o próprio posicionamento do setor no organograma empresarial, à margem do fluxo de informações, atuando somente de maneira consultiva, reativa, referendando ou não decisões dos demais setores, sem se preocupar com a estratégia macro, com os desígnios organizacionais.

Vale ressaltar, ainda, que o estudo da estratégia é quase que ausente nas faculdades de direito, participando o advogado no seio da elaboração/aplicação das estratégias empresariais, quando muito, de maneira meramente intuitiva, sem preocupação com os planos e padrões vislumbrados pelos gestores. Por outro lado, estes, carregados de preconceitos e confiando

unicamente em técnicas administrativas do momento, descuidam-se de outros fatores que influenciam o posicionamento das organizações no mercado - aspectos legais, antropológicos, contábeis, religiosos, ambientais, etc. – e perdem a visão holística indispensável ao timoneiro da organização.

A relevância de tal estudo deriva, pois, da necessidade de consagrar no ramo das ciências aplicadas a tão propalada interdisciplinaridade, a qual, malgrado demasiadamente debatida e esperada, raramente extrapolou os bancos das universidades. A taxonomia das ciências humanas tornou míope a visão do cientista que, não obstante inebriado com a idéia do conhecimento macro, teima em pensar o mundo apegado a dogmas científicos unilaterais.

Assim, imbuído da vontade de aliar conhecimentos afetos à Gestão e ao Direito, tento oferecer meu modesto esforço no sentido de conectar conceitos como custo de transação, estratégia, vantagem competitiva, planejamento tributário, contratos, relações jurídicas, dentre outros.

1.4 – OBJETIVOS

Este estudo tem por finalidade: a) partindo de conceitos tradicionais do dado jurídico (direito e justiça), ampliar o seu horizonte de investigação e aplicação ao inserir um novo atributo – a eficiência – seguindo a escola de Direito e Economia de Chicago (Law and Economics); b) situar a estratégia jurídica e jurídico-tributária dentro do sistema conceitual de reconhecidos autores de outras ciências sociais aplicadas; c) apresentar o conceito de vantagem competitiva segundo Porter (1989) e Barney (1991) e os atributos de suas fontes/instrumentos; d) tendo por base os atributos apresentados por este último, analisar, refletir e verificar se as estratégias

jurídicas são, de fato, fontes de vantagem competitiva; e) apresentar o conceito de estratégia jurídica tributária (planejamento tributário), tendo por objetivo atestar indutivamente, consoante o caso colacionado, se as estratégias jurídicas podem, efetivamente, ser consideradas fontes de vantagem competitiva.

1.5 - METODOLOGIA DA PESQUISA

O Trabalho de pesquisa teve como fontes a Constituição Federal, Leis Complementares, Leis Ordinárias, as regulamentações emanadas da SRF (Secretaria da Receita Federal) e da CVM (Comissão de Valores Mobiliários), as doutrinas que tratam da matéria atinente à “vantagem competitiva”, “estratégia”, “teoria geral do direito”, “direito e economia” e “direito tributário”. Como fonte secundária, mas não menos preciosa, a jurisprudência dos Tribunais e o *case* que ilustra o trabalho.

A pesquisa exploratória, bibliográfica e baseada em estudo de caso, utilizará como principal método de abordagem o dedutivo, haja vista a lacuna doutrinária quanto à aplicação específica de estratégias jurídicas como instrumento de obtenção de vantagem competitiva. Como métodos de procedimento foram utilizados o monográfico, partindo dos conceitos arraigados acerca das matérias correlatas ao objetivo do estudo para se atingir generalizações, e o tipológico, na análise do exemplo dado.

Para enfrentar o problema enunciado estruturamos o trabalho de maneira a que ele possa conduzir o leitor logicamente, por meio dos conceitos os mais variados, a verificar se as estratégias jurídicas tributárias são fontes de vantagem competitiva. Na introdução, descrevemos a formulação do problema, os pressupostos, as justificativas, o objetivo e a

estrutura do estudo. Apresentamos, em seguida, um referencial teórico no qual foram utilizados autores ligados às ciências sociais aplicadas, em especial direito, administração e economia. Para ilustrar e ratificar as conclusões atingidas com a pesquisa bibliográfica, apresentamos um estudo de caso, qual seja, a aquisição do Banespa – Banco do Estado de São Paulo S.A pelo Banco Santander Central Hispânico, no qual é demonstrado um exemplo de como uma estratégia jurídica pode ser fonte primordial de uma vantagem competitiva sustentável. Ao cabo do trabalho apresentamos as conclusões e recomendações baseadas no referencial teórico.

2 – REFERENCIAL TEÓRICO

Neste capítulo, procura-se delinear o pensamento de diversos estudiosos das ciências sociais aplicadas. No campo da Administração serão visitados autores tais como: Porter (1999) (1989), Mintzberg (2006), Barney (1991) (2001). No campo do Direito, buscaram-se estudos atinentes ao conceito de direito, justiça e eficiência, através de autores como Pinheiro e Saddi (2006); Lopes (2005), entre outros.

2.1 – DIREITO, JUSTIÇA E EFICIÊNCIA

Antes de enfrentarmos a problemática a que nos propusemos desvendar, cumpre, neste capítulo, bem situar o direito (a ciência jurídica, a norma e o operador do direito) em relação ao conceito nem sempre convergente de justiça e eficiência, segundo o modelo da Escola de “Law and Economics” de Chicago, o que servirá de cabedal teórico suficiente para traçar os contornos da aplicação da estratégia jurídica na obtenção da vantagem competitiva.

2.1.1 – DIREITO E JUSTIÇA

Começamos pela difícil tarefa de conceituar “direito”, termo extremamente equívoco e que denota inúmeros significados mais ou menos científicos, mais ou menos intuitivos que povoam as mentes de leigos e letrados no tema. Nesse desiderato, pedimos escusas para lançar o conceito binário e simplificado seguinte, sem esteio doutrinário literal, tendo em vista a uniformidade de pensamento nessa seara.

Assim, podemos considerar o direito sob uma primeira perspectiva dualista, é dizer, conjunto de regras emanadas do poder constituído com o intuito de harmonizar os conflitos sociais (direito objetivo), ou, segundo a outra perspectiva complementar, a faculdade de todo cidadão de exigir um determinado comportamento alheio, positivo ou negativo que, no mínimo, preserve a sua liberdade, seu patrimônio e sua vida. Ao critério objetivo se junta a coercitividade, é dizer, a força obrigatória da norma emprestada pelo poder político do Estado que não só a cria (poder legiferante), mas faz com que a mesma seja respeitada mesmo que para tanto a força seja aplicada.

Existem ainda outras acepções para o termo “direito” – direito como ciência, técnica, argumento, etc., cuja análise, malgrado a paixão que nos desperta, não cabe ser desenvolvida nesta peça científica.

Lancemos mão do conceito extraído de DWORKIN, (1999, p. 492), para demonstrar o conteúdo valorativo, político, filosófico do direito, romântico mesmo:

O direito não é esgotado por nenhum catálogo de regras ou princípios, cada qual com seu próprio domínio sobre uma diferente esfera de comportamentos. Tampouco por alguma lista de autoridades com seus poderes sobre parte de nossas vidas. O império do direito é definido pela *atitude* [...] *É uma atitude interpretativa e auto-reflexiva*, dirigida à política no mais amplo sentido. *É uma atitude contestadora* que torna todo cidadão responsável por imaginar quais são os compromissos públicos de sua sociedade com os princípios, e o que tais compromissos exigem em cada nova circunstância [...] *A atitude do direito é construtiva*: sua finalidade, no espírito interpretativo, é colocar o princípio acima da prática para mostrar o melhor caminho para um futuro melhor, mantendo a boa-fé com relação ao passado. *É*, por último, *uma atitude fraterna*, uma expressão de como somos unidos pela comunidade apesar de divididos por nossos projetos, interesses e convicções.

Trata-se da noção pouco precisa e mais corriqueira da definição do objeto da ciência jurídica, pouco prática, pouco aplicada, ideológica, mas que, contraditoriamente, cumpre uma função

primordial na organização e manutenção da sociedade. O estabelecimento de balizas éticas, a introjeção das normas, a análise comparativa das nossas ações vis-à-vis a moral e os valores forjados historicamente são condições essenciais para a manutenção e desenvolvimento pleno do ser humano em sociedade.

A análise tradicional do direito, a sua técnica de construção, aplicação e interpretação, sempre esteve ligada a fatores éticos, metajurídicos. Ao operador do direito foi entregue uma missão ao mesmo tempo importante e movediça, qual seja, perseguir a justiça. E essa noção chave do que é justo aguça debates intermináveis, flutuando ao sabor dos ventos ideológicos, do momento histórico, das nuances políticas, do desenvolvimento social, da maior ou menor influência da religião, do desenvolvimento tecnológico, dos interesses do poder...

Se realizar o direito é, em tese, implementar a justiça, há que se raciocinar de maneira aristotélica: o que é justo?

Justo pode ser a maneira retilínea como nos portamos perante a sociedade, aquele que julga acerca das suas relações com outrem como julgaria acerca da relação entre duas pessoas estranhas; e que, quando julga entre vários outros, não se deixa guiar por qualquer favor nem qualquer rancor preexistente. Ser justo, neste sentido, é, pois, uma qualidade essencialmente formal que consiste em se abster de procedimentos egoístas e juízos parciais (LALANDE, 2000, p. 603).

Justo, numa visão um pouco mais larga apresentada por Pinheiro e Saddi (2005, p. 18), seria aquele que possui um bom juízo moral ou que sua vontade se conforma no respeito aos demais, nas suas idéias, nos seus sentimentos, na sua liberdade, na sua relação patrimonial e, em especial, em proibir ou admitir certos erros. Justo, resumindo esta acepção, seria, pois, o

homem de bem – aquele cuja vontade é conforme a lei moral. O conceito do justo tal como apresentado confunde-se com a idéia de moral. A justiça é, em geral, um princípio moral – falamos de uma situação justa ou injusta de acordo com nossos valores, que definem certo princípio moral; o Direito, como conjunto de regras postas pelo Estado, é o que se realiza no convívio social.

O direito, na criação e aplicação das normas, deve levar em consideração mesmo o conjunto de marcos morais e éticos forjados no seio da sociedade. E é mesmo a introjeção desse marco por parte do conjunto da sociedade que emprestará a eficácia esperada das regras de convívio.

Tradicionalmente alheio a moral, o direito contemporâneo dela se aproxima, não para deslocá-la, como vem fazendo com as regulações política e mercantil, mas para fundir-se a ela. Assumindo os valores éticos, únicos, sempre considerados presentes em todas as relações sociais (embora dependentes apenas da convicção íntima dos envolvidos para seu cumprimento), o direito contemporâneo torna equivalentes as noções de bem/mal e lícito/ilícito. Emerge um “direito ético”: de fato uma moralidade abrangente e armada por sanções jurídicas (LOPES, 2005, p. 13).

A absorção do conteúdo ético-moral pela sociedade não acontece espontaneamente, realiza-se através em uma lenta construção histórica baseada no poder pedagógico das leis, onde a sanção emerge como elemento norteador das ações dos agentes. As sanções conferem à vítima de um dano uma ameaça verossímil contra o ofensor. Ameaças verossímeis contra a prática de ilícitos lubrificam os negócios, aumentando a confiança necessária à cooperação. Prevendo as sanções por atos de transgressão, o potencial ofensor, em geral, é dissuadido a cometer o ilícito. Promulgar leis, por si só, não gera crescimento econômico e, às vezes, até o retarda. Para dirigir comportamentos, as sanções pela violação das normas devem ser eficazes e exigem não só um elenco de normas sociais, mas principalmente instituições estatais eficientes. Além disso, as normas sociais eficazes exigem uma comunidade de pessoas

comprometidas. Os dois requisitos para um direito eficaz — compromisso social e instituições estatais — não surgem espontaneamente, ao se produzirem leis escritas (Cooter, Schafer e Timm, 2006. p. 12).

Baseado em entidades metajurídicas, as normas de direito devem abraçar critérios de concretização da justiça, norteando, dessa forma, os desígnios da sociedade. Mas quais são esses critérios? Frankena (1978 apud Pinheiro e Saddi, 2005, p. 18) refere-se à justiça distributiva como a

justiça na distribuição do bem e do mal. (...) A justiça distributiva é uma questão de tratamento comparativo de indivíduos. Teríamos o padrão de injustiça, se ele existe, num caso em que havendo dois indivíduos semelhantes, em condições semelhantes, o tratamento dado a um fosse pior ou melhor do que o dado ao outro.(...) O problema por solucionar é saber quais as regras de distribuição ou de tratamento comparativo em que devemos apoiar nosso agir. Numerosos critérios foram propostos, tais como: a justiça considera, nas pessoas, as virtudes ou méritos; a justiça trata os seres humanos como iguais, no sentido de distribuir igualmente entre eles, o bem e o mal, exceto, talvez, nos casos de punição; trata as pessoas de acordo com suas necessidades, suas capacidades ou tomando em consideração tanto umas quanto outras.

Ao regular as relações sociais, controlando a produção e a alocação dos bens, protegendo-os, e ao estabelecer critérios de tutela de outros direitos não patrimoniais, a sociedade deve escolher o valor distributivo do justo, cabendo ao direito, nessa toada, servir como instrumento para alcance dos objetivos socialmente relevantes. Qual critério então? Divisão igualitária dos recursos (sociedade comunista)? A cada um, segundo sua necessidade (sociedade assistencialista, paternalista)? A cada um, segundo o seu esforço individual (sociedade individualista)? A cada um, segundo a sua contribuição à sociedade? Ou a cada pessoa, segundo o seu mérito (meritocracia)?

A idéia do justo é realmente amorfa, contaminada por preconceitos de toda ordem. Daí a imensa dificuldade em controlar as variáveis do objeto primaz do estudo do direito, o que historicamente conduziu à obscuridade e ao isolamento das ciências jurídicas. Sem olvidar de critérios axiológicos, o operador do direito deve buscar outras ferramentas além da idéia mítica do justo para atingir a finalidade da experiência social humana: assegurar uma existência digna e virtuosa para todos. É exatamente na escolha dos critérios de distribuição da justiça que o conceito de **eficiência econômica** deve permear a construção e aplicação do direito.

Esse novo enfoque do direito, mais pragmático, aplicado e finalístico, lança mão de conceitos econômicos mesclados a institutos jurídicos, os quais nos louvaremos em analisar de que forma as estratégias jurídicas podem de fato contribuir para obtenção de vantagem competitiva.

2.1.2 – DIREITO E EFICIÊNCIA – UMA ABORDAGEM DA ESCOLA DE DIREITO E ECONOMIA (LAW AND ECONOMICS)

Para que possamos investigar se o direito pode ser fonte de vantagem competitiva, precisamos, antes, emergir da tradicional doutrina da dogmática jurídica, calcada, como vimos, em variáveis não mensuráveis e carregadas de fatores ideológicos, inserindo uma nova nuance, que não as elide – a idéia da eficiência.

Como fonte dessa visão mais pragmática do direito, utilizamos autores adeptos da escola de Direito e Economia, em especial da escola de Chicago. A escola de Direito e Economia, ou “análise econômica do direito” aplica métodos da teoria econômica na análise do direito, ou

seja, louva-se em conceitos econômicos para explicar os efeitos da lei sobre a sociedade, permitindo-se que se avaliem quais normas são economicamente eficientes. Tal *approach* é capaz de utilizar o ferramental econômico não apenas para teorizar e analisar esse impacto do direito sobre a economia, mas também para avaliar a própria qualidade dos instrumentos legais e contratuais, de acordo com as métricas econômicas predefinidas (PINHEIRO E SADDI, 2005).

Apresentando, em linhas gerais, as contribuições dessa escola, nascida na década de 70 do século passado, acreditamos seja possível demonstrar que o sistema jurídico não se constitui num mero sistema de punição e coação, mas sim numa ferramenta necessária à obtenção de vantagem competitiva sustentável, donde emergem oportunidades que devem ser exploradas por todos aqueles que a utilizam. Bem assim, esperamos contribuir para que se quebrem as barreiras criadas no que se refere à autonomia e a auto-suficiência do direito, porquanto mais e mais se atesta que a habilidade do jurista de resolver os problemas dos agentes econômicos passou a depender de novas ferramentas para interpretar normas, fatos e documentos legais.

Pinheiro e Saddi (2005) apresentam as três premissas básicas para a análise econômica do direito, considerando-as universais na literatura atinente à escola de Direito e Economia:

- a) O ser humano sempre procura aquilo que considera ser o melhor para si. Agindo de maneira racional procura maximizar a sua utilidade;
- b) No processo de maximização de sua utilidade, as pessoas reagem aos incentivos que recebem do ambiente em que vivem e trabalham;
- c) As regras legais moldam os incentivos às quais as pessoas estão submetidas e, portanto, influem nas suas decisões de troca, produção, consumo, investimento, etc.

Visualizando a sociedade por esta óptica economicista, podemos depreender que os agentes econômicos fazem suas escolhas baseando-se na adequação dos meios disponíveis para gerar os fins que mais interessam, sopesando-se os incentivos presentes, sejam eles econômicos, morais ou legais. Aqueles que violam a lei ou o contrato, por exemplo, o fazem com o objetivo de maximizar sua satisfação líquida ao perceberem benefícios superiores aos conseqüentes custos (financeiros, perda de liberdade, ostracismo, etc).

A formação e a aplicação do direito, nesse sentido, devem prezar pela busca incessante da eficiência, sem desprezar, evidentemente, as balizas éticas erigidas historicamente, ao alocar incentivos e responsabilidades segundo a lógica do sistema econômico escolhido. Eficiência se refere à relação positiva entre os benefícios e os custos agregados a uma situação (Polinsky, 1989). Malerbranche (1951 apud Lalande, 2000) assevera que eficiência é a causa que produz o seu efeito sem nada perder ou dispensar de si mesma. Aristóteles (1951 apud Lalande, 2000), por sua vez, nos ensina que a causa eficiente é o fenômeno que produz outro fenômeno, que passa a ter ação.

A corrente normativa da Escola de Direito e Economia nos dá duas versões do que seria eficiência econômica, conceitos que podem ser transplantados para a dogmática jurídica: a) a *eficiência de Pareto*, segundo a qual a situação de um dado agente melhora sem prejuízo de um outro; e b) a chamada *eficiência de kaldor-hicks*, onde o produto da vitória de um dado agente econômico excede os prejuízos da derrota de um outro, emergindo um excedente líquido positivo (Pinheiro e Saddi, 2005).

ARIDA (2004, p. 04) nos apresenta um exemplo emblemático de um problema envolvendo a eficiência. Sugere que consideremos o caso de um drástico aumento no valor das locações

residenciais causado por um grande aumento de demanda. Segundo o autor, o mecanismo endógeno de equilíbrio dos mercados exigiria tempo. O alto valor da locação induziria, mediante novas construções, um aumento na oferta de imóveis para locação até que se reencontrasse o equilíbrio de longo prazo. Se o legislador, no entanto, optasse por proteger os inquilinos congelando o valor das locações residenciais, terminaria por criar inúmeras distorções que afastam a economia do ótimo de Pareto. Estaríamos diante de quatro espécies diferentes de distorção: (i) dualidade no mercado de aluguéis, contratos de locação antigos congelados convivendo com novos contratos com valores inflados para contrabalançar o risco de novo congelamento; (ii) aumento no percentual de imóveis vacantes; (iii) proliferação de práticas informais fundadas na confiança pessoal ou em contratos de gaveta; e (iv) redução da construção de novos imóveis para alugar e, por conseguinte, do capital fixo e do emprego

Nesse ponto é que se propõe buscar a conciliação entre o justo e o eficiente. A idéia do justo, como já vimos linhas atrás, alinha-se com a escolha política e histórica da maneira como se distribui para cada indivíduo, dentro de uma dada sociedade, os bens da vida necessários a sua manutenção e desenvolvimento. Uma solução eficiente *Pareto Superior*, na qual pelo menos uma pessoa ficou melhor (em termos econômicos), sem que ninguém tenha ficado pior, parece-nos, à primeira vista, justa.

Citemos um exemplo para verificar se o raciocínio aritmético da eficiência conduz sempre, de fato, à idéia de justiça: suponhamos que uma indústria poluidora cause prejuízo a terceiros da ordem de R\$ 1.000.000,00, mas que, em virtude de tal ação poluidora, a referida indústria obtenha um resultado de R\$ 2.000.000,00 superior àquele que ela obteria caso arcasse com os custos de produzir sem poluir. À primeira vista, se a indústria ressarcisse os terceiros, *in totum*, restaria um resultado líquido positivo de R\$ 1.000.000,00 (uma situação *Pareto*

Superior). Economicamente pensando, estaríamos diante de uma relação eficiente, mas segundo a óptica do direito, da idéia do justo, tal ação deveria ser combatida, mesmo gerando resultado econômico positivo para a sociedade, porquanto outros valores devem ser vislumbrados em situações que tais. Trata-se de princípio basilar do direito ambiental o princípio da precaução consistente na “garantia contra os riscos potenciais que, de acordo com o estado atual do conhecimento, não podem ser ainda identificados. Este princípio afirma que a ausência de certeza científica formal, a existência de um risco de um dano sério e irreversível requer a implementação de medidas que possam prevenir este dano” (Conferência RIO 92). Desta forma, parece-nos que não seria ético, tampouco prudente, estimular a continuidade de uma atividade poluidora mesmo que o resultado econômico de tal ação fosse positivo, não só porque a extensão dos danos ocasionados pode estar oculta e extrapolar a seara material, como também a não punição representaria um estímulo indireto à ação poluidora de outras indústrias.

Às vezes a sociedade se depara com situações de eficiência *kaldor-hicks* em que o benefício líquido é mais elevado e cabe ao direito atuar, *ex-post*, segundo os critérios de justiça tutelados, na tarefa de distribuir tal resultado. Seguindo essa sistemática, por exemplo, o legislador, em sede de arrecadação de imposto de renda pessoa física, após aplicar a alíquota igual para determinada faixa de rendimento, prevê a possibilidade de realização de algumas deduções como nos casos de despesas com doenças, educação, etc., em nome de princípios de equidade eleitos pela própria sociedade.

Cabe ao interprete da lei sopesar ganhos segundo critérios econômicos e éticos. Acontece que o operador do direito não é formado para realizar tal empresa, de maneira que sempre lhe restou a tarefa de enxergar o mundo real, dinâmico e multipolar segundo uma visão

estritamente valorativa, desapegada das prementes necessidades econômicas. Daí o isolamento do advogado no seio do organograma empresarial e sua subutilização na geração da vantagem competitiva.

Coase (1960, 1988), ganhador do prêmio Nobel de Economia em 1991, foi um dos célebres pioneiros teorizadores dessa nova análise do direito. Seu teorema resume-se, com o perdão da tradução e da capacidade de síntese, no seguinte:

1. Na ausência de custos de transação e quando os direitos de propriedade estabelecidos pelo direito posto são bem definidos, sempre as negociações conduzirão a um resultado eficiente, não importando a quem se atribui os direitos de propriedade. Nos países onde as instituições jurídicas são fracas, a cooperação econômica, em geral, envolve pessoas com vínculos pessoais, especialmente parentes e amigos. O correto direito de propriedade e de contratos reduz o custo de monitoração e amplia a cooperação entre os estranhos, o que favorece uma produção distribuída, organizações maiores e mercados mais amplos (Cooter, Schafer e Timm, 2006. p. 12).
2. Como no mundo real os custos de transação estão sempre presentes, o resultado mais eficiente pode ocorrer em determinadas configurações do direito de propriedade e não em outras. Em tal situação, a lei (sentido lato) deve ser utilizada para alocar os direitos de propriedade de maneira a minimizar os efeitos dos custos de transação incorridos sobre as relações envolvendo os agentes econômicos.

O direito exigido para cada nível de desenvolvimento não é apenas a lei no papel (*law in the books*). Quando falamos de “lei”, estamos nos referindo às normas que dirigem comportamentos (*law in action*), não meramente a normas que são escritas. A legislação em

um país pobre, em geral, assemelhasse às leis de um país rico. Por exemplo, as normas escritas sobre propriedade e contratos na Índia e na Nigéria são parecidas com o Direito inglês, e a legislação codificada sobre propriedade e contratos no Peru é semelhante ao Código Civil da França. As leis e regras jurídicas, no entanto, são menos eficientes na Índia, na Nigéria e no Peru do que na Inglaterra ou na França. Como uma engrenagem desdentada que gira, mas não impulsiona o veículo, um direito ineficaz de propriedade e de contratos não move a economia adiante (Cooter, Schafer e Timm, 2006. p. 12).

Diante de tal resumo do teorema de Coase, podem-se tirar algumas conclusões encontradas em Pinheiro e Saddi (2005) que nos auxiliarão na tarefa de atestar se, de fato, as estratégias jurídicas são capazes de gerar vantagem competitiva. Segundo estes, o Teorema de Coase oferece meios para entender e enxergar os problemas legais sob a óptica da eficiência econômica, não tendo a presunção de erigi-la à condição de único ou principal critério a ser aplicado, ainda que ela ajude a entender o custo econômico de adotar outro critério. No exemplo acima, o custo econômico de não se permitir a poluição da indústria é de exatamente R\$ 1.000.000,00. Cabe à lei, ainda, definir não só os direitos de propriedade com o intuito de se obter a solução mais eficiente, como também os instrumentos a utilizar, considerando que uma das partes pode dispor de mais informação e capacidade de implementar a solução ideal que a outra.

Segundo Deffains (2005, p.12), a sociedade tem interesse em pesquisar os meios mais vantajosos para minimizar três categorias de custos: aqueles referentes aos acidentes e às precauções tomadas para os evitar (custos primários), aqueles referentes à repartição da carga de prejuízos quando os acidentes se realizam em detrimento dos esforços de prevenção

consentidos (custos secundários) e aqueles que são ligados à administração do sistema jurídico (custos terciários).

Ainda de acordo com Deffains (2005), as regras de direito podem ser estudadas como instrumentos de redução dos custos de transação. Em primeiro lugar, se os custos de transação são desprezíveis, as ineficiências podem ser evitadas por meio de mero acordo de vontade entre os interessados. Em segundo lugar, se os custos de transação são elevados, a fixação de um direito ineficiente não poderá ser facilmente corrigido pela negociação entre os agentes, caberá a lei, nesta hipótese, dirimir o conflito. Por outro lado, se a informação sobre o valor do direito é imperfeita, uma alocação ineficaz pode ser contornada protegendo os direitos de propriedade através de um direito à indenização. O instrumento contratual, nesse contexto, pode ser considerado como um mecanismo que permite a redução dos custos de transação e ajuda as partes a realizar uma alocação eficaz dos direitos entre eles. O direito da responsabilidade civil é melhor compreendido, nesse contexto, como um conjunto de regras que organiza uma alocação de direitos definitiva na presença de custos de transação proibitivos.

Segundo a análise econômica, o direito da responsabilidade civil pode ser explicado como um sistema de regras jurídicas que tem por objeto minimizar o custo social dos acidentes que incluem o custo dos danos assim como o custo das medidas tomadas a fim de reduzir o risco. Este objetivo repousa sobre a constatação de que o direito da responsabilidade civil fornece incentivos para que as partes em questão modifiquem seus comportamentos em matéria de gestão de riscos. As perdas ligadas aos acidentes poderiam assim ser reduzidas se as partes decidissem tomar medidas de precaução eficazes e se elas não se vinculassem em atividades perigosas além do nível socialmente desejado.

A análise econômica do direito é de vital importância para mensurar a eficiência da norma e de sua aplicação pelo operador do direito. Este deve ter em vista uma visão finalista, ao invés de se apegar a questões meramente morais, políticas e ideológicas. Trata-se de uma necessidade de pragmatismo que nós, ibéricos, nos ressentimos. Por exemplo, para cada norma que se quer inserir no arcabouço jurídico, mister que se vislumbre o seu objetivo - dirimir conflitos da maneira mais eficiente possível - bem como impedir ou induzir ações dos agentes econômicos que conduzam, no conjunto, a sociedade ao ponto ótimo: assim, (a) uma norma vedando a emissão de ações sem direito a voto beneficiaria o mercado de capitais? (b) uma norma evitando diferenciação entre credores no caso de falências ou concordatas reduziria o custo de capital para a empresa? (c) uma norma vedando indexação de contratos tornaria a economia mais estável?

Sistemas legais que protejam eficazmente os direitos de propriedade e que se adaptem rapidamente às regras do jogo econômico são indispensáveis para o desenvolvimento das nações, é dizer, flexibilidade e rapidez tanto na adaptabilidade quanto na aplicação das normas permitem que os agentes econômicos criem um círculo virtuoso de confiança recíproca que tende a aumentar exponencialmente a eficiência do conjunto da sociedade.

O argumento é que países cujo sistema legal facilita e incentiva o respeito aos direitos individuais de propriedade e aos contratos privados tendem a ter melhor desempenho do que outros, principalmente pelo desenvolvimento da intermediação financeira entre poupança e investimento; nestes países, os poupadores têm mais confiança em emprestar e os tomadores têm mais confiança em investir. Mais recentemente, a atenção tem se voltado não para a discussão dos efeitos do sistema legal tal qual firmado na origem, mas sim sobre sua adaptabilidade às vicissitudes da vida econômica. Sistemas legais que se adaptam rapidamente às necessidades de contratação entre agentes privados apresentam desempenhos econômicos superiores a sistemas legais rígidos (ARIDA, 2004, p. 9).

Pinheiro e Saddi (2005) nos apresentam um diagrama simples e ao mesmo tempo esclarecedor da relação de interdependência entre a estrutura legal, o comportamento dos agentes e o desempenho econômico que bem resume a presente seção.

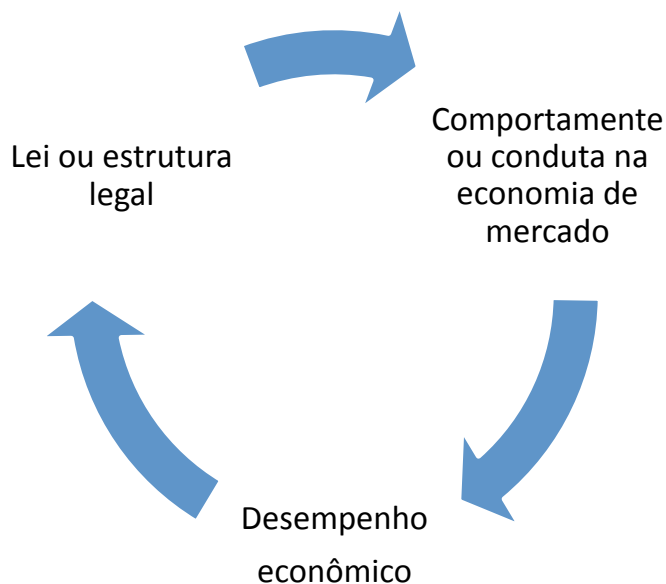


Figura 1: Direitos de propriedade e relação com atividade econômica.

O presente capítulo apresentou a idéia de como a eficiência se insere no conceito de direito, afastando a visão tradicionalista de que o jurista utiliza o seu conhecimento técnico sempre *ex-post* dentro de um contexto de resolução de conflitos sem se atentar para as conseqüências econômicas das estratégias engendradas. O direito se insere dentro da cadeia produtiva não como um entrave, mas como um instrumento gerador de oportunidade, como se tentará demonstrar.

2.2 – ESTRATÉGIAS ORGANIZACIONAIS X ESTRATÉGIAS JURÍDICAS

Dando continuidade ao caminho rumo ao ponto central do problema levantado, cumpre, nesta seção, construir o conceito de estratégia jurídica.

Segundo Mintzberg (Mintzberg et al., 2006, p. 24) pode-se conceber a estratégia sob cinco perspectivas diferentes: plano, padrão, pretexto, posição e perspectiva. Assim, “estratégia é um plano – algum tipo de curso de ação conscientemente pretendido, uma diretriz (ou conjunto de diretrizes) para lidar com uma situação”, ou uma “consistência no comportamento, pretendida ou não”. Pode ser, em dadas situações, um pretexto, é dizer, “uma manobra específica para superar um oponente ou concorrente”, como também pode figurar como uma posição, “um meio de localizar uma organização naquilo que os teóricos organizacionais gostam de chamar de ‘ambiente’”. Finalmente, é viável considerá-la uma perspectiva, “seu conteúdo consistindo não apenas de uma posição escolhida, mas também de uma maneira fixa de olhar o mundo”.

De acordo com Porter (Mintzberg et al., 2006, p.36), estratégia é a criação de uma posição de valor e única, envolvendo um conjunto de atividades diferentes das dos rivais, é fazer intercâmbios ao competir e saber escolher o que *não* fazer. O sucesso de uma estratégia, assim, depende de fazer bem várias coisas e de maneira integrada. Não havendo ajuste entre as atividades, não há estratégia diferenciada e há pouca sustentabilidade. A gerência se volta para a tarefa mais simples de supervisionar os departamentos independentes, e a eficácia operacional determina o desempenho relativo de uma organização.

As simples análises jurídicas nascem ordinariamente de que forma no contexto atual (Figura 2)? Se tomarmos emprestado a teoria ventilada por Mintzberg (Mintzberg et al., 2006, p.24) – formulação deliberada, análise sistemática e formação emergente – constatamos que elas são eminentemente desta última estirpe, haja vista que criadas em situações limites, de forma reativa. O método tradicional e casuístico do direito aplicado no ambiente empresarial, dessa forma, contribui menos do que o esperado para a que a organização atinja vantagem competitiva, tendo em vista sua atuação quase sempre *ex post*.

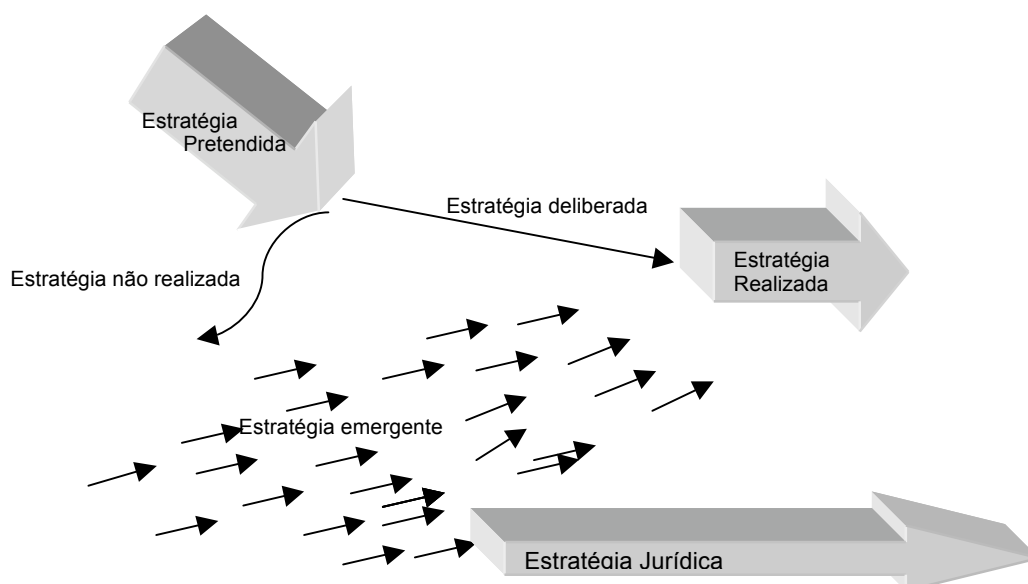


Figura 2: Estratégias deliberadas e emergentes (diagrama adaptado)

A estrutura organizacional deve proporcionar ao setor jurídico uma mudança de perspectiva, ao mesmo tempo em que os operadores do direito devem mudar o seu perfil, para que estes possam integrar a concepção, a deliberação e a execução da estratégia, lançando um enfoque particular próprio à ciência jurídica durante todo o processo. Nesse sentido, torna-se salutar que os profissionais do direito criem uma cultura mais multidisciplinar, visando, muito além da missão que lhe é comumente entregue, a obtenção de vantagem competitiva sustentável por parte da sua empresa.

Uma companhia só pode ter um desempenho melhor que suas rivais se estabelecer uma diferença que possa preservar, e o fiel da balança nessa busca por diferenciação pode passar por estratégias jurídicas únicas. Ela (tal estratégia) deve entregar maior valor aos clientes ou criar valor comparável a um custo mais baixo, ou as duas coisas. Entregar maior valor permite que uma empresa cobre preços unitários médios mais altos do que seus concorrentes; maior eficiência, por outro lado, tende a resultar em custos unitário médios mais baixos.

Nesse ponto, com o apoio da literatura esposada, podemos traçar um primeiro conceito de estratégia jurídica. Estratégia jurídica, pois, seria a perspectiva e o plano que reforça, viabiliza e assegura a estratégia empresarial macro, segundo os quais a organização deve pautar sua conduta com vistas a lidar, com maior eficiência possível, com oportunidades e ameaças, fraquezas e trunfos, determinando um padrão de comportamento ético que alie de maneira ótima tais variáveis e/ou atuando de forma expedita e casuística no aproveitamento das possibilidades do arcabouço normativo para superar o concorrente, sem perder de vista a diuturna análise do ambiente no qual a organização está imersa.

Vale ressaltar que o comportamento jurídico-estratégico, além de auxiliar, muitas vezes de maneira decisiva, na obtenção de um posicionamento estratégico vantajoso, é ferramenta imprescindível na manutenção da “Eficácia Operacional (EO)”, que, segundo Porter (Mintzberg et al., 2006, p.35), significa desempenhar atividades similares melhor do que os rivais, incluindo, mas não se limitando, ao conceito de eficiência operacional. Refere-se a qualquer número de práticas que permita a uma empresa utilizar melhor seus recursos. Alertando o referido autor que, contrariamente, posicionamento estratégico significa desempenhar atividades diferentes dos rivais ou desempenhar atividades similares de maneira diferente. À medida que os rivais imitam uns aos outros em melhorias de qualidade, ciclos de

tempo ou parcerias de fornecimento, as estratégias convergem. Concorrência baseada apenas em eficácia operacional é mutuamente destrutiva, gerando atritos que somente podem ser detidos pela limitação da concorrência.

A estratégia jurídica também exerce enorme influência na “Estratégia Corporativa”, conceito amplificado erigido por Kenneth R. Andrews (Mintzberg et al., 2006, p.78), entendida como o modelo de decisões de uma empresa que determina e revela seus objetivos, propósitos ou metas, produz as principais políticas e planos para atingir essas metas e define o escopo de negócios que a empresa vai adotar, o tipo de organização econômica e humana que ela é ou pretende ser e a natureza da contribuição econômica e não-econômica que ela pretende fazer para seus acionistas, funcionários, clientes e comunidades.

Segundo este mesmo autor, a escolha da estratégia apropriada, dessa forma, deve ser precedida pela correta aferição e relação entre oportunidades e recursos internos e ambientais, relacionados à identificação de um leque de alternativas estratégicas, à redução desse leque por meio do reconhecimento das restrições impostas pela capacidade corporativa e à determinação de uma ou mais estratégias econômicas em um nível aceitável de risco. A estratégia jurídica vai desempenhar um papel importante ao identificar os fatores chaves de sucesso organizacional, ao apontar soluções únicas (planejamentos fiscais, societários, elaboração de contratos que capturem fornecedores ou clientes chaves, etc) e ao participar da avaliação do risco jungido à execução de cada plano emergente da estratégia traçada.

Podemos visualizar a estratégia jurídica, em compêndio, segundo o que Kenneth R. Andrews (Mintzberg et al., 2006, p.79-80) convencionou chamar de *estratégia econômica* - a alternativa estratégica resultante da comparação entre oportunidade e capacidade corporativa

em um nível aceitável de risco. Assim, as principais subatividades da formulação de estratégia incluem identificação de oportunidades e ameaças no ambiente da companhia e a estimação dos riscos para a criação do quadro de alternativas possíveis. Nesse contexto, deve a organização avaliar preambularmente as suas forças e fraquezas, além dos recursos disponíveis. “A forma de estreitar o leque de alternativas, ampliado pela identificação imaginativa de novas possibilidades, é combinar oportunidade e competência” Kenneth R. Andrews (Mintzberg et al., 2006, p.79). Oportunidade de mercado é o foco da realidade empresarial, mas além desse âmbito da realidade fenomênica existe uma outra, a realidade do mundo da cultura, de onde emana uma de suas facetas mais complexas, qual seja, o direito posto, fruto de uma construção histórica, mas, dialeticamente, criador, modelador e indutor de fatos sociais.

A participação do jurista nos rumos da empresa desponta não só quando da gestação da estratégia, mas perpassa também pela implementação e pela avaliação. Nesse sentido, cabe ao operador do direito analisar, sob uma perspectiva jurídica, se os objetivos da empresa são apropriados e se as principais políticas e planos são pertinentes, tendo como referência o marco legal a que está sujeita, resguardando sempre, em tudo aquilo não é vedado pelo direito, o mínimo ético necessário.

A escolha estratégica tem, assim, um aspecto ético importante. Kenneth R. Andrews (Mintzberg et al., 2006, p.79) salienta que as alternativas devem ser ordenadas em termos do grau de risco e comparadas com padrões de receptividade para as expectativas da sociedade na qual a organização atua. “O executivo pode achar algumas alternativas mais atraentes do que outras ao considerar o bem ou o serviço para a sociedade. O que uma empresa *deveria fazer* parece então ser o quarto elemento da decisão estratégica”.

O operador do direito tem mais essa imprescindível função, zelar pelo conteúdo ético das decisões de uma organização. O gestor, no jogo do mercado, encontra-se muitas vezes no limite do legal, do ético e da moral, não só devendo quedar-se inerte em situações que afrontariam estes cinturões de coesão social, mas atuando positivamente, na medida em que a sociedade evoca a empresa a assumir a sua “função social”, expressão que extrapola as peças de publicidade institucionais para encontrar guarida na Lei 6404/76, que trata da Sociedades por Ações, que no Parágrafo Único do art. 116 assim disciplina: “o acionista controlador deve usar o poder com o fim de fazer a companhia realizar o seu objeto e cumprir sua função social, e tem deveres e responsabilidades para com os demais acionistas da empresa, os que nela trabalham e para com a comunidade em que atua, cujos direitos e interesses deve lealmente respeitar e atender”.

A estratégia jurídica deve fazer parte de uma estratégia competitiva macro, a qual pode ser resumida em uma expressão: ser diferente. Significa escolher deliberadamente um conjunto de atividades diferentes para entregar um conjunto de valores único. A essência do posicionamento estratégico, consoante Porter (Mintzberg et al., 2006, p.36) é escolher atividades que sejam diferentes das atividades dos rivais.

As escolhas de posicionamento determinam as atividades que uma companhia vai desempenhar e como ela vai configurar e relacionar as atividades individuais. Enquanto a eficácia operacional discorre sobre atingir excelência em atividades individuais ou funções, a estratégia discorre sobre *combinar* atividades. O gestor não pode negligenciar a eficácia em cada atividade desempenhada pela organização, seja ela qual for - infra-estrutura, produção, logística, jurídica, etc..Deve, além disso, saber agregar valor ao concertá-las.

A idéia de conjunto e do ajuste fino das atividades é a característica decisiva para a obtenção de vantagem competitiva. O ajuste impede os imitadores de criar uma cadeia que seja tão forte como *seu link mais forte*. O custo de uma atividade, por exemplo, é reduzido devido à forma como as outras atividades são desempenhadas. De maneira similar, o valor de uma atividade para os clientes pode ser aumentado pelas outras atividades da companhia. Essa é a maneira, consoante Porter (Mintzberg et al., 2006, p.36), pela qual o ajuste estratégico cria vantagem competitiva e lucratividade superior. A estratégia jurídica, da mesma forma e com a mesma intensidade das demais estratégias (marketing, finanças, RH, TI, etc.), deve participar de todas as etapas da estratégia corporativa, assim, tanto na formulação, quanto na implementação, perpassando pela análise do ambiente e pela identificação de competência e recursos corporativos.

As mudanças no ambiente empresarial precisam de monitoramento contínuo por parte da companhia para que a definição de seus negócios não se torne indistinta ou obsoleta. Como, por definição, a formulação da estratégia é feita com o futuro em mente, os executivos que participam do processo de planejamento estratégico devem estar cientes daqueles aspectos do ambiente que são especialmente suscetíveis ao tipo de mudança que vai afetar o futuro da empresa. Dessa forma, não pode prescindir o gestor, na montagem da estratégia corporativa, de uma apreciação cuidadosa do ambiente que o cerca: o meio ambiente físico, a economia, a política, a sociedade, etc.

As forças da empresa não podem resultar tão somente da experiência de fabricar e comercializar uma linha de produtos ou de prestar um dado serviço. É necessário, além de desenvolver os pontos fortes e fracos da organização e melhorar a qualidade de coordenação dos esforços individuais, buscar alternativas nascidas de fatores exógenos. No cumprimento

desse desiderato emerge o profissional do direito, na medida em que, sob uma óptica desvinculada do turbilhão do dia-a-dia da gestão, busca alternativas legais capazes de otimizar o cumprimento da missão da empresa, criando valor.

2.3 – VANTAGEM COMPETITIVA

Para Mintzberg (2006, p. 87) as vantagens competitivas podem ser associadas a uma das três seguintes raízes:

- a) Habilidades superiores;
- b) Recursos superiores;
- c) Posição Superior.

A questão-chave, ainda segundo esse autor, é saber o que sustenta essa vantagem, evitando que os concorrentes a imitem ou dupliquem. Explica que as aptidões de uma empresa podem ser uma fonte de vantagem se forem baseadas em sua própria história de aprendizado por experiência e se tiverem raízes no comportamento coordenado de várias pessoas, mas as *habilidades* que compõem as vantagens são normalmente organizacionais e não individuais, “envolvem a coordenação especializada ou a colaboração de especialistas e são construídas pela atuação recíproca de investimento, trabalho e aprendizado”.

Dentre esses vários especialistas deve-se destacar o jurista de negócios, modalidade de profissional do direito multidisciplinar que emprega conhecimentos legais e de gestão, focando sempre na missão e nos objetivos estratégicos da empresa, não funcionando como um mero consultor, um mal necessário que deve ser ouvido para prevenir responsabilidades de dirigentes quando o assunto desvia da normalidade, mas como uma fonte de conhecimentos

capital, capaz de fazer uma leitura perspicaz dos dados do mercado, confrontando-o com as fontes do direito e entregando como resultado um conhecimento aplicado de alto valor, na medida em que sopesa variáveis e conseqüências de campos distintos, mas estreitamente relacionados.

Além das habilidades, surgem como fator iniludível de vantagem competitiva os *recursos* criados ou adquiridos por uma organização. Constituem *recursos* “[...]as patentes, direitos de marca registrada, ativos físicos especializados e as relações comerciais da empresa com os fornecedores e os canais de distribuição”. A posição criada pelos recursos deve ser sustentada, e para ser mantida ao longo dos anos, impedindo ou dificultando o ingresso de novos entrantes, desponta necessária a blindagem jurídica de ativos materiais e imateriais. As patentes, marcas e direitos autorais (propriedades intelectuais) seguem um sistema de proteção registral cuja fixação obedece a uma solenidade descrita na lei e que deve, por óbvio, ser acompanhada por uma estratégia jurídica global no que tange à extensão territorial dos direitos, critérios de especialização, anterioridade, etc., além da importante e diuturna atuação inibitória de contrafação a que estão sujeitos os produtos e serviços.

Outrora, a riqueza era eminentemente imobilizada, é dizer, concentrada na apropriação física de um bem material utilizado no ambiente de empresa como fonte e instrumento de criação de valor, de transformação do universo cultural, de produção de bens e serviços palpáveis utilizados para a satisfação de necessidades das famílias. Destarte, mais e mais se percebe a mobilização da riqueza, é dizer, a geração e circulação da riqueza intangível, informacional, creditícia, contratual, representada pelos valores mobiliários, títulos de créditos, direitos contratualmente estabelecidos, etc., cujo grau de abstração demanda, de um lado, um marco

regulatório maduro e, de outro, uma atuação estratégica decisiva por parte dos atores econômicos dentro do amplo espectro da liberdade contratual.

A gestão dessa riqueza impalpável é assaz importante para a vantagem competitiva da organização, a partir do momento em que, dentro da sua cadeia de valores e, extrapolando-a, no seio das vicissitudes do mercado, a captação, canalização e otimização das oportunidades e das competências, bem como a contenção e controle das fraquezas e ameaças dependem não só da adequada instrumentalização jurídica das relações travadas interna e externamente, mas, principalmente, da utilização estratégica de um saber interdisciplinar capaz de inovar na absorção de todos os fatores necessários para a máxima criação de valor com o menor dispêndio de energia possível.

Porter (1989) traça, através de sua análise estrutural da indústria, os fatores determinantes para a obtenção da vantagem competitiva sustentável. Malgrado não considerarmos tal teoria a mais apta a responder a questão problema da pesquisa, resolvemos abordá-la com certa acuidade a fim de lançar mais luzes sobre o tema.

Segundo Porter (1989, p. 3) a estratégia competitiva deve surgir de uma compreensão sofisticada das regras de concorrência que determinam a atratividade da indústria, sendo sua meta final lidar e modificar, em termos ideais, estas regras em favor da empresa. Assim, em qualquer indústria, seja ela doméstica ou internacional, as regras da concorrência estão englobadas em cinco forças competitivas: a entrada de novos concorrentes, a ameaça de substitutos, o poder de negociação dos compradores, o poder de negociação dos fornecedores e a rivalidade entre os concorrentes existentes.



Figura 3: As Cinco Forças Competitivas que Determinam a Rentabilidade da Indústria. Uma adaptação de Porter (1989).

Enfatiza que quanto mais fraca as forças em termos coletivos, maiores as oportunidades para o desempenho superior (1999, p. 28). Além disso, a idéia é que as empresas, através de suas estratégias, podem e devem influenciar as cinco forças apresentadas. Entretanto, a metodologia de Porter não elimina a necessidade de criatividade na busca de novas formas de concorrência em uma indústria. Ao contrário, a metodologia dirige as energias criativas dos administradores para os aspectos reputados mais importantes para a rentabilidade a longo prazo e possibilita o levantamento das possibilidades da descoberta de uma inovação estratégica esperada e aconselhável, pois “a potência coletiva destas forças talvez seja dolorosamente aparente para todos os antagonistas, mas para enfrentá-las, os estrategistas devem perscrutar abaixo da superfície e analisar as fontes de cada uma” (Porter, 1999, p. 28).

Apenas tangenciaremos o conceito de estratégias competitivas genéricas de custo ou diferenciação. Interessamo-nos certificar se as estratégias jurídicas são fontes de fato de vantagem competitiva, não importando se a organização é seguidora de uma ou de outra estratégia macro (de custo ou de diferenciação). O mais importante, seguindo essa linha, é

entender que a estratégia jurídica deve colaborar para a sustentabilidade da estratégia genérica seguida, entre outras coisas por erigir barreiras que dificultam a sua imitação, o que veremos linhas à frente.

Analisaremos de maneira um pouco mais detida a idéia de Cadeia de Valores e sua relação com a vantagem competitiva, tentando situar a atividade jurídica dentro de sua estrutura, lançando luzes, nesse contexto, sobre sua importância na consecução dos objetivos organizacionais, reforçando a análise e verificação da problemática que nos propusemos a enfrentar: se a estratégia jurídica é uma fonte de vantagem competitiva.

A noção de cadeia de valores é muito importante para captar as atividades cursadas no seio da organização e que são, como vimos, no seu conjunto relacional, a causa primordial para a obtenção de posição vantajosa. Para Porter (1989) a vantagem competitiva não pode ser compreendida que não se observando a empresa como um todo. Ela tem sua origem nas atividades distintas que uma empresa executa no projeto, na produção, no marketing, na entrega e no suporte do produto. Porque não juntarmos tal acepção às outras atividades um pouco mais distantes da atividade fim, como a atuação do departamento jurídico? Segue Porter exemplificando que uma vantagem de custo pode resultar de fontes disparatadas como sistema de distribuição física de baixo custo, um processo de montagem altamente eficiente ou a utilização de uma fonte de vendas superior, enquanto a diferenciação pode originar-se de outros fatores diversos como a aquisição de matéria-prima de alta qualidade, um sistema ágil de atendimento a clientes ou a um projeto de produto superior.

Porter (1989) percebe a empresa como uma reunião de atividades que são executadas para projetar, produzir, comercializar, entregar e sustentar seu produto, reflexo de sua história, de

sua estratégia, de seu método de implementação de sua estratégia e da economia básica de suas próprias atividades. Todas essas atividades podem ser representadas fazendo uso do diagrama de cadeia de valores abaixo:

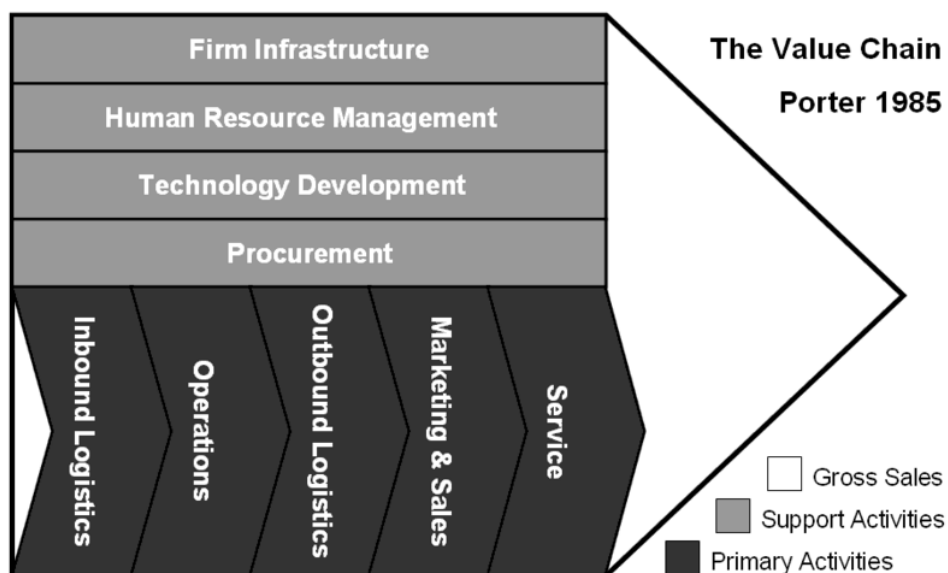


Figura 4. Cadeia de Valores Genéricas. Adaptado de Porter (1989)

As diferenças entre cadeias de valores de concorrentes são uma fonte básica de vantagem competitiva, entendendo-se por valor o montante que os compradores estão dispostos a pagar por aquilo que uma empresa lhes fornece. Uma empresa é rentável, nesse sentido, se o valor que ela impõe ultrapassa os custos envolvidos na criação do produto. Assim, o valor e não o custo deve ser utilizado para mensurar a posição competitiva, pois muitas vezes as empresas deliberadamente elevam seus custos para impor um preço-prêmio, via diferenciação.

A cadeia de valores nos ajuda a enxergar o valor total criado. As atividades de valor, individualmente consideradas, são atividades física e tecnologicamente distintas, através das quais a empresa cria um produto ou serviço valioso para seus clientes. Cada atividade emprega insumos adquiridos, recursos humanos e alguma forma de tecnologia para executar suas funções. Podem ser divididas, conforme demonstra a Figura 4 em dois tipos genéricos –

atividades primárias e de apoio. As primeiras se envolvem na criação física do produto e na sua venda e transferência para o comprador, bem como na assistência pós-venda. Já as atividades de apoio, donde se insere a atividade jurídica, sustentam as atividades primárias e a si mesmas, fornecendo alguns insumos adquiridos, tecnologia, recursos humanos e várias outras funções no âmbito da empresa.

A atividade jurídica situa-se dentro da atividade de infra-estrutura, que consiste em uma série de atividades, incluindo gerência geral, planejamento, finanças, contabilidade, questões governamentais e gerência de apoio. Porter (1989, p. 40) salienta que a infra-estrutura, algumas vezes, é encarada como despesa indireta, mas pode ser uma poderosa fonte de vantagem competitiva. Dá o exemplo de uma companhia telefônica onde a negociação e a manutenção de relações contínuas com entidades reguladoras podem estar entre as atividades mais importantes para a vantagem competitiva. Continua exemplificando ao pontuar que sistemas de informações gerenciais apropriados podem prestar uma contribuição significativa para a posição de custos, enquanto em algumas indústrias a alta gerência desempenha um papel vital no contato com o comprador.

Embora as atividades de valor sejam blocos de construção da vantagem competitiva, a cadeia de valor não pode ser considerada como uma mera coleção de atividades independentes, e sim um sistema interdependente cimentado por elos, relações entre o modo como uma atividade de valor é executada e o custo ou desempenho de uma outra. Analisando a cadeia de valores das organizações podemos verificar que em praticamente todas as atividades, sejam elas primárias (logística interna, operações, logística externa, marketing) ou de apoio, a estratégia jurídica vai estabelecer ou otimizar elos importantes, como veremos adiante. O ponto nevrálgico da gestão eficiente é, pois, saber administrar tais elos, uma tarefa organizacional

mais complexa do que administrar as próprias atividades de valor. Tal habilidade produz uma fonte sustentável de vantagem competitiva. (Porter, 1989).

As estratégias jurídicas são ainda mais imprescindíveis quando nos referimos aos elos verticais, é dizer, o modo como as atividades dos fornecedores ou dos canais são executadas afetando o custo ou desempenho das atividades de uma empresa (e vice-versa). O direito arma o gestor de uma gama variada de enlaces contratuais (contrato de parceria, *joint-venture*, distribuição, agência, trabalho, representação comercial, fornecimento, industrialização por encomenda, terceirização, consórcio, investimento, de pesquisa e desenvolvimento comum, acordo de acionistas, etc.) capazes de modificar por completo o entorno concorrencial ao capturar oportunidades e fortalecer os trunfos, ao mesmo tempo em que neutraliza as ameaças e protege e diminui a importância das fraquezas organizacionais.

A presença da atividade jurídica desponta, outrossim, tanto na formatação de coalizões, meio apontado por Porter (1989) para obtenção de benefícios de escopo, quanto na sua coordenação contínua. As coalizões são acordos a longo prazo entre empresas que extrapolam transações de mercado normais, mas que não chegam a ser fusões totais. São exemplos de coalizões as licenças de tecnologia, acordos de fornecimento, acordos de marketing e sociedades em conta de participação.

As estratégias jurídicas interferem também nos *condutores de custos* (Porter, 1989), não só na otimização dos elos dentro da cadeia de valores e verticais, como vimos, mas principalmente nas *inter-relações e no trato dos fatores institucionais*. Inter-relações com outras unidades empresariais dentro de uma mesma empresa afetam sensivelmente o custo (Porter, 1989). Considera este que a forma mais importante de inter-relação é quando uma atividade de valor

pode ser compartilhada com uma unidade irmã, seja através de compartilhamento de uma organização de distribuição e de processamento de pedidos com outras unidades, seja através de distribuição e marketing compartilhado, seja mesmo através de compartilhamento de *know-how* entre atividades de valores similares, porém independentes, transferindo os frutos da aprendizagem de uma atividade para outra. Compartilhar uma atividade de valor eleva a produtividade e reduz os custos unitários se o custo na atividade é sensível a economias de escala ou à aprendizagem ou se o ato de compartilhar melhora o padrão de utilização da capacidade porque diferentes unidades empresariais fazem exigências à atividade de valor em tempos diferentes.

No ato de interligar atividades de unidades independentes, os vínculos jurídicos formais devem ser levados em consideração sob pena de as conseqüências legais ofuscarem ou suplantarem por completo os ganhos de produtividade vislumbrados. Assim, se há compartilhamento de produção entre unidades irmãs, não poderá o gestor prescindir de uma análise fiscal acerca do preço de transferência (*transfer price*), da mesma forma deve a organização se assegurar que a formatação societária é adequada, em termos de custo e legalidade, para operar transferências financeiras, etc.

A importância das estratégias jurídicas é mais patente quando nos atemos ao condutor de custo denominado “Fatores Institucionais”, que, segundo Porter (1989), inclui, mas não se restringe, à regulamentação governamental, incentivos e imunidades tributárias e outros incentivos financeiros, sindicalização, tarifas e tributos, além de normas de outro jaez, os quais constituem “o principal condutor do custo final”. Segue afirmando que fatores institucionais favoráveis podem reduzir os custos da mesma forma que os desfavoráveis

podem elevá-los. Embora eles normalmente fiquem fora do controle de uma empresa, pode haver meios de influenciá-los ou de minimizar o seu impacto.

Estratégias jurídicas agem também sobre o controle dos condutores de custo e de diferenciação, principalmente no que se refere ao controle dos elos (dentro da cadeia e verticais), das inter-relações (compartilhamento de atividades e transferência de know-how), da integração (possibilidades de integração e desintegração), das reconfigurações da própria cadeia de valores e também no que se refere à influência e adaptabilidade sobre os fatores institucionais.

A vantagem competitiva, seja calcada na vantagem de custo ou diferenciação, só resultará em desempenho acima da média se a empresa conseguir sustentá-la (Porter, 1989, p. 103). A vantagem é sustentável se houver barreiras de entrada ou de mobilidade que impeçam que concorrentes imitem suas fontes. Dentre os condutores de custo que podem ser mais facilmente sustentados, segundo Porter – Escala, Inter-relações, Elos, Aprendizagem patenteadas e Escolhas de políticas para criar tecnologia de processo ou produto patenteadas – as estratégias jurídicas agem fortemente sobre as quatro últimas, como já comentado, e indiretamente sobre a primeira.

Podemos identificar, ainda, a importância das estratégias jurídicas na implementação das estratégias corporativas – gestão de portfólio, reestruturação, transferência de habilidades e compartilhamento de atividades (Porter, 1999).

Segundo a lógica da estratégia de portfólio, onde as unidades adquiridas são autônomas e as equipes que as gerenciam são remuneradas de acordo com os seus resultados e onde a

corporação fornece capital e técnicas gerenciais, os gestores efetuam com regularidade transferências de recursos que geram caixa para as unidades com elevado potencial e carência de caixa para unidades menos promissoras. Nessa configuração de unidades interdependentes, bem assim na canalização de habilidades e compartilhamento de atividades as estratégias jurídicas vão desempenhar papel importante no desenho da melhor estrutura societária e fiscal que permita economia no fluxo de recursos e know-how entre as unidades.

Ainda é mais patente a contribuição do direito quando nos referimos às estratégias de reestruturação, onde se buscam empresas ou setores enfermos ou ameaçados, no turbilhão de mudanças significativas, e, por meio da intervenção da matriz, seja através de substituição da gerência, da estratégia ou transferindo recursos e tecnologias, colima-se o fortalecimento da empresa ou transformação do setor para posterior venda. Em todas as etapas dessa estratégia notamos a presença de estratégias jurídicas. A presença do profissional do direito e o seu conhecimento serão requisitados, de início, na análise de risco da empresa alvo (processo de *due diligence*), depois, na estruturação da aquisição (fusão, incorporação, compra de ações, etc), na criação, tendo em vista a estrutura societária escolhida, de um planejamento tributário que reduza custos de produção e de transferência de tecnologia, na criação de condições jurídicas para posterior venda, etc.

Não podemos vislumbrar a função da estratégia jurídica na obtenção da vantagem competitiva tão somente sob a óptica instrumental do profissional que faz a mera interface (tradução) entre a fonte primaz do direito (a norma) e a realidade organizacional. A estratégia jurídica pode e deve criar valor, é dizer, ela deve antecipar-se aos fatos, gerar riqueza, possibilitar a diferenciação, a redução de custos e azeitar as relações interempresariais.

2.4 – FONTES DE VANTAGEM COMPETITIVA – MODELO RESOURCE-BASED VIEW (RBV)

Até aqui percorremos um caminho instrumental para adentrarmos no modelo *Resource-Based View (RBV)*. Nesse sentido, partimos de uma (re)formulação do conceito do direito e do justo, posicionando a ciência jurídica e o jurista dentro de uma realidade mais palpável e mensurável - a realidade da eficiência -, segundo a Escola de Direito e Economia. Após invadir e desmistificar o direito adentramos no conceito de estratégia e o relacionamos com “Estratégia Jurídica”. Buscamos em referências da literatura, principalmente Porter (1989, 1999), o marco conceitual de vantagem competitiva, já dando uma amostra da resolução do problema de pesquisa. Nesse momento, faz-se necessário o cruzamento da doutrina esposada para atingir o objetivo esperado e, para tanto, adotamos o modelo Resource-Based View (RBV), segundo o enfoque de Barney (1991, 2001).

O método “The Resource Based View” para análise das fontes da vantagem competitiva sustentável teve sua origem remota com Wernerfelt (1984), o qual ainda reputa incompleta a teoria, considerando mesmo a apreensão do tema por parte de outros teóricos um tanto quanto amorfa (Wernerfelt, 1995, p.172). Em compêndio, tal teoria afirma que as organizações podem obter vantagem competitiva sustentável focando em estratégias que valorizam as suas fontes internas vis-à-vis o ambiente externo (Barney, 1991). As teorias mais consagradas no que concerne ao tema “vantagem competitiva” tendem a sobrelevar as ameaças e oportunidades externas (Porter 1989; Porter, 1999), enquanto que a pesquisa das fontes da vantagem competitiva (The Resource Based View) desenvolve um quadro sistemático que define de maneira precisa quais são efetivamente os atributos que tais fontes devem possuir para influenciar a obtenção da vantagem competitiva sustentável.

Desde o artigo inaugural de Wernerfelt, inúmeros pesquisadores contribuíram para a metodologia em questão. Bird (2007) cita, por exemplo, Dierickx e Cool (1989) que identificaram a massa de ativos eficientes, sua interconectividade, o desgaste de tais ativos, bem como a ambigüidade causal como fontes de vantagem competitiva. Cita Foss e Foss (2005), que discutem a presente doutrina dentro do contexto de direitos de propriedade; Herremans and Issac (2004), os quais examinam se a análise dos recursos internos da empresa ajudam os gestores a identificar, avaliar e desenvolver estratégias baseadas em ativos intelectuais; bem como Peteraf (1993), o qual aponta quatro elementos da vantagem competitiva sustentável – *superior resources, ex post limits to competition, imperfect resource mobility, and ex ante limits to competition*, segundo o diagrama abaixo, que colacionamos para ilustrar tal *approach*, mas sobre o qual não teceremos mais comentários, tendo em vista nossa opção pelo modelo que consideramos o mais simplificado, mas que segue a mesma linha de pensamento – o modelo de Barney (1991).

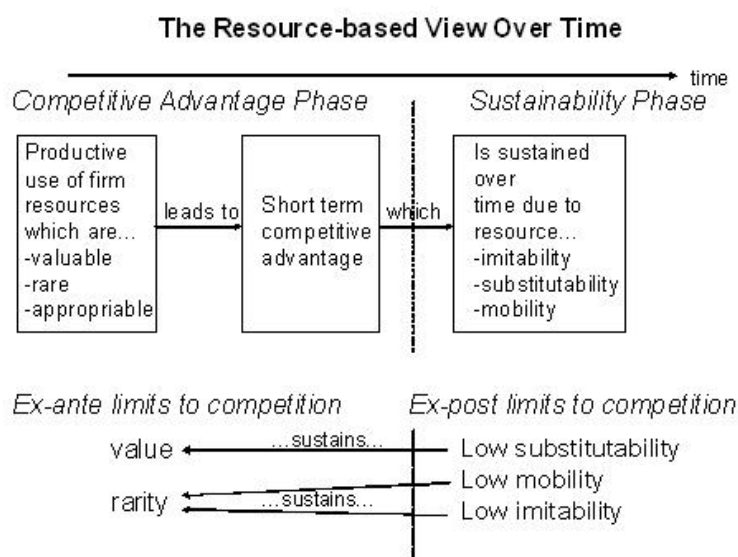


Figura 5 – The Resource-based View Over Time - Peteraf (1993).

Podemos, neste momento, definir o modelo criado por Barney (1991), contemplado principalmente no artigo intitulado “Firm Resources and Sustained Competitive” publicado

no *Journal of Management*. O trabalho de Barney no campo da estratégia sugere que as empresas conseguem obter vantagem competitiva sustentável por meio da implementação de estratégias que exploram suas forças internas, notadamente seu capital físico, humano e organizacional, enquanto neutralizam ameaças externas e suplantam fraquezas internas. Faz ainda uma análise das condições sob as quais os recursos das organizações podem ser fonte de vantagem competitiva sustentável.

O seu estudo pressupõe que os recursos estratégicos são por natureza heterogêneos e estáticos dentro da organização e que tais recursos são sempre estáveis. O autor afirma que em geral, em uma dada economia, as empresas não teriam possibilidade alguma de obter vantagens competitivas sustentáveis se os recursos fossem móveis e distribuídos de maneira homogênea, isto porque seria fácil, de um lado, que todas as empresas colocassem em prática as mesmas estratégias para melhorar sua eficiência e eficácia, tendo em vista possuírem os mesmos recursos e, de outro lado, de imitar os recursos dos demais concorrentes tendo em vista a mobilidade.

Quatro indicadores empíricos que medem o potencial dos recursos da empresa em gerar vantagem competitiva sustentável são propostos: **valor, raridade, impossibilidade de imitação e de substituição**. Nesse contexto, para que os recursos de uma organização possam ter potencial de gerar vantagem competitiva faz-se necessário que eles:

- a) tenham valor, é dizer, sejam ferramentas para explorar oportunidades e/ou neutralizar ameaças externas, permitindo à empresa conceber estratégias que melhorem sua eficiência e eficácia;
- b) sejam raros em relação aos atuais e potenciais competidores;

- c) não sejam imitáveis, porque é necessário que os concorrentes não disponham de recursos que permitam a elaboração de estratégias análogas de criação de valor, em virtude de uma das três seguintes razões:
- c.1 - condições históricas únicas, que podem dar à organização um *know-how* ou uma tradição dificilmente imitável, ou seja, a habilidade da empresa em adquirir e explorar certos recursos vai depender de sua posição no espaço e no tempo.
 - c.2 - ambigüidade causal, que ocorre quando as ligações entre os recursos controlados pela empresa e a vantagem competitiva sustentável não são compreendidas. Neste caso, torna-se difícil tentar copiar estratégias de sucesso sem saber qual recurso especificamente imitar. A própria empresa deve estimular tal ambigüidade, porque desta forma, prevenindo divulgação de liames causais, impossibilita a cópia.
 - c.3 - complexidade social, tais como a reputação da empresa e relações interpessoais.
- d) não tenham substitutos estratégicos, é dizer, não deve existir a possibilidade para os concorrentes da empresa de colocar em prática, com a ajuda de recursos similares ou diferentes, as mesmas estratégias da empresa de sucesso.

Podemos dizer, ante os diversos conceitos trazidos à baila, que uma empresa possui vantagens competitivas sustentáveis quando ela consegue colocar em prática estratégias criadoras de valor, que, por certos motivos, não são colocados em prática por seus concorrentes. Estas vantagens se tornam sustentáveis quando os concorrentes potenciais ou atuais são incapazes de copiá-las. Esta definição sobreleva um ponto essencial, qual seja, a noção de que a vantagem competitiva sustentável não é ligada tão somente à durabilidade desta vantagem, mas também à incapacidade dos concorrentes presentes e futuros de duplicar as estratégias da organização que a conduziram à sua obtenção.

Barney (1991) sobreleva, ainda, a importância da informação na obtenção da vantagem competitiva. Por ser capaz de conceber uma estratégia eficaz, uma empresa deve dispor de informações privilegiadas. Além disso, as barreiras à entrada só existem porque os concorrentes dispõem de recursos heterogêneos e imóveis, senão qualquer empresa terminaria, mais cedo ou mais tarde, por adquirir o conhecimento necessário para transpor as barreiras, entrando, dessa forma, no grupo privilegiado dos bens posicionados. Vantagem competitiva, nesse diapasão, pode ser definida como o valor criado pelos recursos organizacionais estrategicamente empregados, impulsores da eficiência e da eficácia, sem que seja permitido o seu uso por competidores atuais ou futuros (Barney, 1991). Nem todos os recursos, destarte, geram vantagem. Uma burocracia pesada ou mesmo uma cultura conservadora, por exemplo, podem não só deixar de gerar vantagem mas também impedir uma organização de imitar com sucesso uma experiência vencedora (Barney, 1991).

Importante salientar, outrossim, que nem todos os recursos têm o condão de tornar as empresas mais competitivas. Uma empresa com um ótimo software de gestão ou com uma política de cargos e salários inovadora pode não conseguir traduzir estes diferenciais em vantagem competitiva. Além disso, mesmo que tal empresa crie uma vantagem competitiva não quer dizer que tal vantagem seja sustentável. A aquisição de um software de gestão pode conferir, no máximo, uma vantagem competitiva efêmera, alargando a curva da eficácia operacional (Porter, 1989), até que os rivais adquiram a mesma ferramenta. Como resultado, somente certos tipos de recursos podem verdadeiramente estabelecer as bases para conquista e manutenção da vantagem competitiva sustentável.

Como vimos acima, de acordo com Barney (1991), os recursos organizacionais devem possuir quatro atributos para que tenham o potencial de criar vantagem competitiva sustentável.

Façamos, pois, a análise do modelo em relação à hipótese da pesquisa para que perscrutemos, pois, se as estratégias jurídicas preenchem os atributos necessários para que uma organização obtenha vantagem competitiva.

O primeiro dentre eles: **valor**. No mínimo, atividades jurídicas possuem um grande valor estratégico simplesmente porque estruturam e influenciam a alocação de poder e responsabilidade dentro da organização. Por meio de acordos de acionistas, estatutos, protocolos e contratos se materializam as relações de poder, o fluxo de informações, de recursos e de benefício que fazem com que uma empresa canalize suas energias e se desenvolva. Sobre o abrigo da lei os membros do conselho de administração podem opinar e decidir com autonomia, ressalvando-se os direitos dos acionistas quando aqueles agem com má-fé, quebram o dever de zelar pelos destinos da organização ou o dever de lealdade. Os acionistas podem, bem assim, tranqüilamente confiar nas informações públicas auditadas e controladas por agências reguladoras que impedem os executivos de publicar falsas informações que tenham como objetivo manipular o mercado de ações

Estratégias jurídicas também influenciam o ambiente externo, reagindo, interpretando e sugerindo soluções em matérias atinentes às regras que regulam e uniformizam a produção de produtos e serviços, que tratam da segurança no trabalho e da proteção ao meio-ambiente. Elas também são de grande importância no que se refere à separação entre o patrimônio dos acionistas do patrimônio da empresa, emprestando responsabilidade limitada aos investidores, os quais, na hipótese de falência da organização, podem partir para novos desafios empreendedores.

As companhias podem usar estratégias jurídicas como fonte de valor nos seu ambiente de negócios, integrando juridicamente as necessidades de governança corporativa, legalmente ou contratualmente estatuídas, e os sistemas de controle financeiro, melhorando a produtividade por meio de acordos com empregados e sindicatos, protegendo por meio de estratégias de propriedade industrial os ativos imateriais (marcas, patentes, desenhos industriais). Empresas como a Texas Instruments e National Semiconductor escaparam da falência em virtude de estratégias de exploração de know-how e de seus recursos jurídicos (Rivette e Kline, 2000).

Quanto à **raridade**, Barney (1991) explica em termos práticos que o número de empresas possuidoras de recursos de valor deve ser menor que o número de empresas que desejam possuí-los, gerando, desta forma, uma certa competitividade. Se todas as organizações de um dado setor tivessem o mesmo recurso, então a exploração de tal recurso poderia ser rapidamente copiada pelos rivais, afastando, desta forma, a possibilidade de manutenção de uma efetiva vantagem competitiva.

Seriam as estratégias jurídicas, de fato, fonte de vantagem competitiva, tendo em vista que as normas, fonte primaz da ciência jurídica, são por excelência gerais e de domínio público? As leis e demais normas não possuem por natureza a qualidade de raras, estando presente de maneira abstrata em cada jurisdição ao redor do mundo e aplicável potencialmente por cada indústria de um dado setor produtivo. A interpretação e aplicação (ou não aplicação) destas normas, por sua vez, em determinados contextos e em certas circunstâncias podem sim ser raras ou mesmo únicas para uma dada organização.

Bird (2007) nos dá um exemplo claro da raridade na implementação de estratégias jurídicas. As empresas aéreas americanas estão sujeitas a diversas normas restritivas de ordem

trabalhista, principalmente aquelas que se referem aos empregados associados a sindicatos e seu direito de greve e outros tipos de manifestações que dizem respeito às relações de trabalho. Várias companhias, entretanto, utilizam estratégias jurídicas para tirar proveito dessa situação que, a priori, seria desvantajosa, para, em sede de acordo coletivo de trabalho, conseguir barganhar de maneira mais eficiente e com o menor dispêndio de energia possível.

Bird (2007) nos dá mais exemplos de raridade de estratégias jurídicas. Mesmo dois fabricantes de computadores podendo produzir hardwares segundo a mesma tecnologia, somente uma deles poderá vender ao governo dos Estados Unidos, ante a sua experiência e familiaridade com o complexo sistema licitatório. Na mesma linha de raciocínio, explica que duas companhias de tecnologia podem agir de maneira completamente diferente no que se refere à proteção do conhecimento – enquanto que uma empresa de Massachusetts pode exigir dos seus funcionários que assinem um acordo de não competição, as empresas da Califórnia não podem assim proceder tendo em vista que as normas californianas não emprestam coercitividade a tais acordos. Salienta, ainda, que a aplicação do direito pode ser fonte única ou rara de vantagem competitiva quando associada a outros fatores específicos, tais como geográficos, industriais e do mercado consumidor, que dificultam a duplicação de competidores.

A terceira característica da fonte de vantagem competitiva, a impossibilidade de imitação, ou melhor, a **imitabilidade imperfeita** se sustenta, segundo Barney (1991), em três pilares acima já enumerados: condições históricas únicas, ambigüidade causal e complexidade social. Retomemos, neste ponto, os conceitos esposados linhas atrás, para emprendermos a necessária inserção das estratégias jurídicas no catálogo dos recursos que, no conjunto, ensejam a obtenção de vantagem competitiva.

Organizações podem conquistar e manter vantagens em virtude de condições históricas únicas, através da ideal seleção e retenção da legislação, é dizer, da aplicação, segundo um contexto regulatório específico, de uma estratégia jurídica vencedora. Diversas companhias utilizam estruturas jurídicas respaldadas em regras antigas e derogadas que, de certa forma, as continuam beneficiando, tendo em vista o primado do princípio do direito adquirido. Como exemplo podemos citar o “The Clean Air Act”, o qual permite que as empresas mais antigas tenham facilidades em operar em um ambiente menos restritivo e menos custoso que os seus mais modernos competidores (Robertson, 1995). Um “Act” de 1988, citando outro exemplo, fechou uma lacuna que permitia que companhias americanas pudessem usar, de maneira mais ou menos inapropriada, as patentes, excetuando-se aquelas empresas que já vinham praticando os referidos atos, em homenagem ao mesmo primado do direito adquirido. Ainda como exemplo, uma lei de regulação das instituições financeiras americanas vem permitindo que certos bancos operem divisões de seguro dentro de sua rede de agências, desde que eles já estivessem atuando no ramo de seguros antes do advento da referida lei (nos anos 70). Verifica-se que, para novos entrantes, tais vantagens legais são impossíveis de ser imitadas.

A ambigüidade causal ocorre, por sua vez, quando a relação entre os recursos da empresa e a vantagem competitiva obtida não é assimilada pelos rivais. As estratégias jurídicas podem ser vulneráveis à ambigüidade causal. Os serviços jurídicos prestados por advogados, cuja característica principal é fazer a interface entre os atos normativos e a estratégia macro da organização, é uma das fontes de informação que são mais protegidas. É patente que as estratégias jurídicas não sejam tão claramente percebidas pelos concorrentes. A construção de uma planta industrial em um dado país é traduzida facilmente pelos agentes do mercado como um sinal de que a empresa deseja desenvolver esse mercado regional ou, no mínimo, criar uma plataforma de exportação. As estratégias jurídicas, pelo contrário, são eminentemente

intangíveis, materializadas tão somente em arquivos da companhia ou de órgãos especializados, e raramente são explicitados para o público nos planos estratégicos das organizações. Desta forma, pelo menos sob o ponto de vista dos concorrentes, a conexão entre as estratégias jurídicas e a vantagem competitiva pode ser inacessível ou mesmo ambígua.

A complexidade social tem sido largamente discutida segundo a teoria relacional do contrato, popularizada por MacNeil (MacNeil & Campbell, 2001). Pesquisadores desta teoria explicam que as firmas que cooperam desenvolvem uma relação que incorpora outros valores não diretamente presentes no contrato que os uniu, tais como o desenvolvimento de planejamento compartilhado, aumento da confiança e da solidariedade. Tais valores incentivam o comportamento cooperativo entre as partes e inibem o oportunismo. Empresas que mantêm contratos relacionais fixam antecipadamente mecanismos eficientes de resolução de conflito, fazem consideráveis investimentos em comum e agregam flexibilidade na resolução de situações de tais conflitos. Relações cooperativas entre empresas possuem quase sempre o potencial de manter parcerias e compartilhar experiências. Em resumo, as partes dispostas em arranjos cooperativos concordam em cooperar com mais entusiasmo que quando constroem relações calcadas em barganhas materializadas em contratos típicos que fazem a simples alocação de riscos.

O estímulo às relações sociais complexas, inspiradoras de confiança e compromisso, é capaz de, por exemplo, reduzir a rotatividade de empregados, aumentar a sua satisfação no trabalho e sua lealdade em relação às organizações que não estabelecem normas relacionais (Bird, 2005). Organizações inseridas em ambientes sociais complexos usam códigos e publicações anuais de atividades socialmente responsáveis, compartilhando com os consumidores valores, atraindo grandes investimentos (Schueth, 2003).

Contratos relacionais conduzem a investimentos em ativos compartilhados, troca de conhecimento que gera aprendizado comum (*joint learning*), combinação de complementaridades e recursos escassos e menores custos de transação (Dyer & Singh, 1998). O resultado é que estruturas legais e contratos encartados em um tecido social bem entrelaçado podem criar vantagem competitiva, ante a estabilidade, a longevidade e a produtividade geradas, ao passo que a utilização tradicional de liames contratuais historicamente não a tem promovido (Bird, 2007).

Finalmente, Barney (1991) explica que os recursos que dão ensejo a uma vantagem competitiva **não devem ser substituíveis**. Assim, se um concorrente pode copiar um recurso competitivo raro e de valor com meios relativamente diferentes para atingir resultados estrategicamente semelhantes, a vantagem competitiva em questão não pode ser qualificada como sustentável ao longo do tempo.

Encontrar substitutos legais é realmente uma tarefa difícil. Se uma organização espera explorar seus negócios nos estados Unidos, ela deve se submeter à regulação federal e estadual. Da mesma forma, se uma firma espera vender produtos no populoso estado da Califórnia ou no robusto mercado indiano, alternativa não há que não se submeter às leis existentes nestes lugares. Empresas não podem, salvo no que tange às relações de trocas internacionais, selecionar uma legislação alternativa caso não se adaptem àquela do lugar onde se desenrolam normalmente suas operações.

Não podemos dizer, outrossim, que os recursos valiosos das organizações não possam ser substituídos quando submetidos a um dado regime legal, mas os custos de substituição podem ser realmente altos, difíceis de obter ou válidos para um seleto grupo de empresas e desde que

preenchidas certas condições. Argumenta-se que grandes empresas podem desenvolver a substituição através de sua influência sobre os legisladores ou tentar substituir os precedentes judiciais com a utilização de outros precedentes mais condizentes com seus interesses. Embora a utilização do lobby para criar substitutos legais (estratégias jurídicas) seja possível para alguns, ela não é a estratégia mais confiável para solucionar problemas dentro de um ambiente legal desfavorável. A grande maioria das organizações não pode mudar as leis e aquelas que tentam dão aos seus competidores as mesmas vantagens (Siedel, 2002). Dessa forma, para a grande maioria das empresas que não conseguem modificar as leis para se beneficiar, a única alternativa é sair do mercado e ir para outro onde a lei lhe seja mais favorável.

Acontece que, além dos custos significativos de sair do mercado, encontrar marcos regulatórios favoráveis está se tornando mais difícil em virtude da atual harmonização das leis nos países desenvolvidos e em desenvolvimento. Por exemplo, as leis de propriedade intelectual estão mais uniformizadas ao redor do mundo que há 20 anos atrás, e tal tendência continua a minimizar a vantagem de um arcabouço legal de um país em relação a outro. As vantagens fiscais do estado de *Delaware*, por exemplo, foram imitadas por outros estados americanos. Como resultado de tudo isso, as fontes legais de estratégias jurídicas são de difícil substituição para a maioria das empresas.

Impende, nesse momento, fazer uma breve retomada das conclusões extraídas do modelo escolhido e acrescentar mais alguma doutrina complementar. A busca da excelência ultrapassa a idéia de otimização, controle e adaptação às forças competitivas do mercado. Internamente, os recursos valiosos, inimitáveis, raros e insubstituíveis são capazes de agregar valor, permitindo que se explore oportunidades e/ou se neutralize ameaças. Barney (Mintzberg et al., 2006, p.

102) enfatiza que se um determinado recurso ou aptidão é controlado por diversas empresas concorrentes, então esse recurso tem poucas chances de ser fonte de vantagem competitiva para qualquer uma delas. Ao contrário, recursos valiosos, mas comuns (ou seja, não raros) são fontes de paridade competitiva.

Não há dúvidas de que a raridade é sustentada pelo custo da imitação ou pela complementaridade de outras virtudes organizacionais que sinergicamente conectadas geram recursos superiores e únicos, de difícil mimetismo. A estratégia jurídica, nesse sentido, pode e deve atuar na manutenção ou mesmo na criação desta raridade. Assim, por exemplo, o gestor jurídico utiliza instrumentos contratuais que vinculam de forma indelével fornecedores imprescindíveis, que prevejam sigilo de informações entre os funcionários, clientes, fornecedores, que criem redes de cooperação entre empresas, etc. Além disso, a empresa pode obter uma posição de vantagem competitiva ao explorar especificidades normativas indutoras de tal vantagem, como a obtenção de um incentivo fiscal cujo período de habilitação foi curto ou restrito a uma região territorial que não comportasse a presença de outros concorrentes, a formulação de um planejamento tributário internacional que preveja a utilização lícita de paraísos fiscais associada a uma logística apropriada.

Quanto à utilidade das estratégias jurídicas no que se refere à imitação, além do que já nos reportamos, mister atentar para as *vantagens do pioneiro*. Pankaj Guemawat e Garyn Pisanonos (Mintzberg, 2006, p. 104) nos dão as cinco formas principais de vantagens dos pioneiros: informações privadas, economias de tamanho, contratos/relações administráveis, ameaça de retaliação e tempo de resposta.

Nessa linha, segundo estes mesmos autores, “uma das possíveis razões para mover-se primeiro é ter melhores informações. Até o ponto em que essas informações puderem ser mantidas como privadas – enquanto for o caso para os supostos imitadores recorrer – a imitação será inibida” (Mintzberg et al., 2006, p. 105). Bem assim, “os pioneiros podem conseguir fechar contratos ou estabelecer relações em termos melhores do que aqueles disponíveis para os que vêm depois...”. E, finalmente, asseveram que as retaliações, para serem dignas de crédito, devem ser apoiadas tanto pela capacidade como pela disposição de retaliar.

As estratégias jurídicas devem ser especialmente utilizadas na formatação de canais de informações sigilosos, na instrumentalização de contratos/relações administráveis e na ameaça de retaliação. Na estratégia do primeiro a se mover, o gestor deve se cercar de todos os cuidados necessários na manutenção de informações exploradas e no conhecimento pioneiro angariado. Para tanto, não só sistemas de software de proteção de sigilo e procedimentos de tratamento de informações devem ser desenvolvidos, mas também instrumentos contratuais que prevejam duras punições àqueles que tiveram contato com dados privados e os deixarem vazarem para concorrentes.

As relações empresariais são disciplinadas, no silêncio da lei, pelas disposições contratuais. Por meio destas a riqueza organizacional é erigida, perpetuada e aprimorada. A sociedade empresarial é fundada pela confluência de vontades expressas no estatuto constitutivo, as relações empregatícias são fundadas no contrato de trabalho, as relações com fornecedores, clientes, prestadores de serviços, governo, parceiros também não fogem dessa realidade jurídica. Nesse contexto, não se pode vislumbrar uma atuação jurídica estratégica se a grande maioria das ações organizacionais são cursadas no seio de uma relação contratual, onde todas

as variáveis devem ser analisadas não só sobre a óptica do gestor – obter o máximo, com o menor esforço, gerando valor para os acionistas -, mas também sobre a óptica do operador do direito, segundo a qual para cada ação empreendida há de se esperar conseqüências normativas e/ou de cunho meramente privadas que tenderão, via de regra, a minorar os ganhos previstos. Essa é a importância do jurista, prever as reações possíveis (dos concorrentes, dos empregados, do Estado, etc.) para cada ato praticado, propondo mecanismos de salvaguardas ou mesmo caminhos outros que conduzam ao objetivo organizacional de maneira mais eficiente e menos traumática.

Ainda no que se refere à vantagem do pioneiro, o operador do direito é capaz de atuar decisivamente na criação do ambiente propício para *ameaças de retaliações*. Tais retaliações são próprias do campo econômico – redução do preço (*dumping*), aquisição de boa parte da matéria-prima disponível, obstrução dos canais de distribuição, etc., mas sua estratégia de aplicação requer cuidados redobrados relativos às questões ligadas principalmente à proteção do mercado consumidor e da concorrência desleal. Quase nenhum tipo de manobra deste jaez passa impune pelas autoridades públicas. A mensuração dos efeitos das retaliações e a maneira mais condizente com a lei devem ser inegavelmente sobrelevadas, sob pena das conseqüências ofuscarem os possíveis benefícios das medidas engendradas.

2.5 – ABORDAGEM CONCEITUAL SOBRE ESTRATÉGIA JURÍDICA TRIBUTÁRIA (PLANEJAMENTO TRIBUTÁRIO)

Para que possamos conceituar o planejamento tributário e suas nuances é necessário que antes rememoremos, em breves comentários técnicos, as bases do direito tributário. Começaremos pelo conceito de tributo, para o qual o art. 3º, do Código Tributário Nacional traz a seguinte definição: “Tributo é toda prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se

possa exprimir, que não constitua sanção de ato ilícito, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada.”

Para que o tributo seja devido pelo particular é necessário que a situação fática e concreta contenha os elementos caracterizadores da obrigação, dando, assim, origem, à denominada “hipótese de incidência tributária”. Nesta hipótese, temos que “os atos e negócios jurídicos praticados pelos contribuintes que correspondam às materialidades previstas na Constituição e na legislação (ordinária e complementar), quando for o caso, implicam fatos geradores de tributos, face ao fenômeno da subsunção (adequação da norma concreta à situação fática).” (Anan, 2005, p.189)

O sistema tributário nacional compreende uma significativa gama de preceitos concernentes à previsão de diversas espécies tributárias (o “tributo” é gênero do qual são espécies os impostos, as taxas, contribuições de melhoria, dentre outros), mediante a outorga de competências pela Constituição Federal às pessoas de direito público para que estabeleçam, através de legislação infraconstitucional, os elementos necessários para o nascimento da respectiva obrigação.

Para a instituição das hipóteses de incidência tributária em conformidade com as específicas materialidades de cada tributo não cabem análises ampliativas por parte do Estado, mormente pelo obrigatório respeito aos princípios constitucionais da estrita legalidade e tipicidade cerrada em matéria tributária. Assim, a compreensão das normas tributárias deve ser feita de forma estrita e rígida, na medida em que devem valer apenas para as hipóteses clara e taxativamente expressas na lei, sendo vedada a extensão por via de argumentação lógica ou de aplicação analógica aos casos não previstos.

O planejamento tributário encontra raízes exatamente nas entranhas, lacunas e, algumas vezes, nas imperfeições das hipóteses de incidência tributária, o que permite que o particular busque alternativas para a redução da carga fiscal imposta no país, através de práticas lícitas. Temos, assim, que o planejamento tributário nada mais é do que “a prática lícita visando à eliminação, redução ou diferimento da carga tributária” (Sillos, 2005, p. 09), objetivando a sobrevivência e competitividade do contribuinte (pessoa física ou jurídica) e, por conseqüência, a continuação natural do ciclo econômico. Sillos (2005) destaca ainda que a busca pela competitividade, por meio da redução de custos (entre os quais estão os de natureza tributária), tem feito com que os contribuintes reflitam sobre suas operações, visando a racionalizar procedimentos e estruturas negociais, tendo em mente que, em um sistema tributário baseado na definição de tipos fechados representativos das hipóteses de incidência dos tributos que o compõem, muitas vezes uma alteração na forma jurídica ou operacional por meio da qual os negócios se exteriorizam pode levar à eliminação, redução ou diferimento das incidências tributárias.

A implementação de planejamentos tributários pode representar um redesenho das atividades negociais do contribuinte, estabelecendo-se formas para sua exteriorização por meio da adoção de nova moldura jurídica para as transações, logística operacional, etc., atividades que ultrapassam muitas vezes o plano estritamente formal das relações jurídicas e da formação dos contratos, para afetar as atividades da empresa como um todo, nos diversos segmentos em que se desenvolvem. Os planejamentos tributários não são postos em prática apenas por meio da adoção de negócios jurídicos atípicos ou indiretos, mas passam também pela escolha do melhor local para se construir uma fábrica (seja no país ou fora dele) visando a obter favores fiscais concedidos por governos, à adoção do melhor porto de importação de mercadorias (para fazer frente a benefícios voltados aos impostos aduaneiros), à escolha da melhor forma de financiamento das atividades (contribuição de capital pelos sócios ou empréstimos), etc.,

que podem levar o contribuinte a significativas economias de tributos (Sillos, 2005, ps. 10-11).

A redução da carga tributária, seja ou não através do planejamento fiscal, compreende dois tipos de operação: a elisão fiscal (lícito e recomendável), e a evasão fiscal (ilícito e não recomendável). A elisão fiscal, qualifica-se como o procedimento lícito, realizado pelo contribuinte com o objetivo de reduzir a sua carga fiscal, o qual incide sobre os negócios realizados, visando a sua subtração à incidência tributária. A licitude encontra fundamento na utilização, pelo contribuinte, da sua própria liberdade de contratar e de melhor se organizar recolhendo aos cofres públicos a menor carga tributária possível.

Fossati (2006, p. 75) pontifica que a prática de um ato enquadrável como elisivo assume feições econômica e jurídica bem claras. Dentro de um ideal de minimizar custos e maximizar ganhos, o contribuinte tende a buscar o melhor aproveitamento econômico na prática dos atos jurídicos, seja na esfera comercial, civil, trabalhista ou fiscal. De forma mais ou menos exteriorizada, os atos dos agentes econômicos colimam sempre evitar, minimizar ou retardar o cerceamento ou a constrição de seu patrimônio, impostos pelo Estado arrecadador, atitude de reflexos imediatos na economia. Os instrumentos, indispensáveis à consecução de seus objetivos, são dispostos pela legislação, o que traduz a nítida feição jurídica da prática elisiva, pelo fato de que o contribuinte realiza o seu planejamento, sua ação, mediante prévio estudo do impacto da incidência da regra tributária e seus respectivos efeitos.

Verifica-se que os procedimentos elisivos atuam sobre os elementos da obrigação tributária, quais sejam, material, espacial, temporal, pessoal e quantitativo, objetivando-se uma imposição tributária menos gravosa do que em outras circunstâncias fáticas e/ou jurídicas.

Assim, o encargo pode ser evitado mediante a simples abstenção ou prática de atos, em razão do conhecimento dos efeitos tributários que sejam ou não reputados convenientes. Atuando em consonância com os instrumentos que têm por origem o próprio texto legal, o Estado não pode constituir glosas fiscais objetivando a descaracterização das práticas elisivas, salvo nos casos de excepcional e específica previsão legal e nos casos de perda de *timing* pelo contribuinte, ou seja, configuração da operação após a caracterização da obrigação tributária – evasão. Nesse sentido, especifica Anan, (2005, p.183) que “além de sua natureza lícita, a elisão se delinea de conformidade com o momento da ação do contribuinte, não sendo cabível a sua configuração após já estar positivada a obrigação tributária. Enquanto não estiver instaurada tal obrigação, ainda tem lugar a figura elisiva em virtude de penetrar na própria formação do ato privado e concomitante interferência nos seus efeitos tributários”.

A outra espécie de operação para diminuição da carga tributária é a evasão fiscal, que se constitui na realização de práticas ilícitas com o objetivo único de evadir-se ao cumprimento de uma obrigação relacionada ao pagamento de um tributo, dentre as quais destacam-se a sonegação, a fraude, o conluio, o dolo, etc, todas fortemente munidas do elemento subjetivo, qual seja, a intenção de burlar a obrigação tributária. Segundo Fossati (2006, p. 64), pode ser considerado também um subterfúgio, o impulso manifestado por certos doentes (neuróticos ou psicóticos) de fugir, pela imaginação, pelo devaneio, etc., ao real, ao qual não conseguem adaptar-se ou, ainda, uma forma de escapismo. Assim, todo sujeito, enquadrado no dever de satisfação de uma obrigação tributária, que age ou que se omite quanto à conduta adequada à hipótese de incidência do tributo, provoca uma supressão, uma diminuição ou um adiamento de uma entrada financeira a uma pessoa jurídica de direito público. Trata-se mesmo da prática de comportamentos proibidos pelo ordenamento, colimando diminuir, deixar de pagar ou retardar o pagamento do tributo.

A evasão fiscal, exatamente porque se traduz por práticas ilícitas e fraudulentas, está sujeita à glosa fiscal, a qual tem por objetivo a sua descaracterização e imputação da sanção cabível, seja cível, fiscal ou penal, ao ato jurídico ilícito praticado pelo contribuinte. “A glosa fazendária tem cabimento para os casos de evasão, compreendida como toda ação (ou omissão), de natureza ilícita, mirando ou eliminando a obrigação tributária, caracterizada por vício de consentimento, devido a fatores exógenos (dolo, erro, coação), ou endógenos (simulação, fraude) no contexto do Novo Código Civil.” (Anan, 2005, p. 191).

As duas espécies de redução da carga tributária em nada se confundem: i) uma é lícita e outra ilícita; ii) o momento de configuração da operação em relação a uma é anterior à posituação da obrigação tributária enquanto o da outra é posterior; iii) uma pressupõe o conhecimento da obrigação tributária evitando a sua configuração enquanto a outra objetiva ocultar esse mesmo conhecimento. De acordo com Anan (2005, p.218), o critério mais distintivo entre elisão e evasão, além da licitude do ato, é a localização temporal dos atos e negócios praticados pelos contribuintes, ou seja, só poderíamos falar em elisão fiscal e planejamento válido antes do nascimento da obrigação tributária, pois nesse período ainda cabe ao contribuinte escolher, entre as opções legais disponíveis, aquela que lhe é mais favorável. Após a ocorrência do fato imponible, não há opção: o contribuinte deve pagar o tributo devido, sob pena de sonegação. Não há, portanto, segundo o mesmo autor, que se discutir a legalidade das práticas de planejamento fiscal (estratégias fiscais), pois estas se desenvolvem de maneira preventiva à materialização da hipótese de incidência do tributo. Diante das diferenças exemplificativas, já se pode inferir que o tratamento a ser conferido a uma ou a outra espécie pela administração fazendária é completamente diferente, ainda que ambas tenham por objetivo a redução da carga tributária.

A forma mais comum de implementação de estratégias jurídicas tributárias é a partir da formulação de estruturas societárias associadas a permissões ou lacunas legais que geram economias substanciais de recursos, comportando preciosas fontes de estratégia de custo. Podemos citar inúmeros exemplos, mas para ficar naqueles que mais se aproximam do caso que será analisado linhas à frente, trazemos à colação julgamentos exarados pelo Conselho de Contribuintes, órgão responsável pela apreciação dos recursos administrativos intentados por contribuintes contra o lançamento tributário realizado pelo Fisco, que referendaram as respectivas estratégias.

No bojo do Processo Administrativo nº 16327.001715/2001-26, Recurso nº 131653, Acórdão nº 101-94127, onde o Primeiro Conselho de Contribuintes, reportando-se à decisão proferida pela Câmara Superior de Recursos Fiscais (Ac. CSRF/01-01.874/94), concluiu que “a incorporação de empresa superavitária por outra deficitária, embora atípica, não é vedada por lei, representando negócio jurídico indireto.” A ementa da referida decisão, ao tratar da suposta simulação envolvida na incorporação de empresa superavitária por outra deficitária, assim está redigida:

Para que se possa materializar, é indispensável que o ato praticado não pudesse ser realizado, fosse por vedação legal ou por qualquer outra razão. Se não existia impedimento para a realização da incorporação tal como realizada e o ato praticado não é de natureza diversa daquela que de fato aparenta, não há como qualificar-se a operação de simulada. Os objetivos visados com a prática do ato não interferem na qualificação do ato praticado. Portanto, se o ato praticado era ilícito, as eventuais conseqüências contrárias ao fisco devem ser qualificadas como casos de elisão fiscal e não de “evasão ilícita”.

Ainda, para ilustrar o assunto, merece ser enunciada a decisão exarada nos autos do Processo Administrativo nº 10880.009232/2001-16, Recurso nº 128659, Acórdão nº 101-94136, onde o

Primeiro Conselho de Contribuintes analisou a situação envolvendo a conhecida “operação ágio”, a qual se relaciona intimamente com o caso exposto no capítulo seguinte nos seguintes termos:

Não há impedimento legal na subscrição e aumento de capital de empresa controlada que venha a ser incorporada posteriormente pela controladora, mormente se não há sinais de existência de irregularidade nas operações ou existência inequívoca de ato de liberalidade. Por outro lado, o ágio anteriormente registrado pela controladora e baixado em razão da liquidação do investimento é dedutível na apuração do lucro real e na determinação da base de cálculo da Contribuição Social Sobre o Lucro Líquido, atendidas as disposições contidas nos artigos 375 e 376 do RIR/94

Como se percebe do julgado acima transcrito e como se verá de forma mais detida na exploração do caso, o que se depreende é que a dedutibilidade do ágio na apuração do lucro real por ocasião da liquidação do investimento, operada em função da incorporação da empresa controlada por sua controladora não foi apontada pelas autoridades julgadoras como prática evasiva. Pelo contrário, considerando que “a justificativa para o incremento dessas operações, todas respaldadas em documentação hábil e idônea, encontra-se, como alega a interessada, na necessidade de se reestruturar financeiramente empresas de um mesmo grupo, envolvendo uma série de atos jurídicos com respaldo na lei fiscal, que jamais podiam ser confundidos com atos de mera liberalidade”, não mereceram reparos as operações assim realizadas.

Assim, o contribuinte, que já possuía o fundamento econômico e social, alia a estes o substrato legal para as estratégias jurídicas tributárias, legitimando, desta forma, a sua busca por uma redução lícita de sua carga tributária, tendo em vista que

Em meio ao contexto de um Estado Democrático de Direito também embasado nos princípios da estrita legalidade em matéria tributária, da tipicidade cerrada e da livre

iniciativa, não se pode admitir que seja tida como ilegítima a busca de um menor efeito tributário na condução lícita desses negócios, razão pela qual a desconsideração das operações praticadas pelo contribuinte há de ser feita criteriosamente, partindo-se sempre da premissa de que o ônus da prova quanto à suposta ilicitude cabe à fiscalização (ANAN, 2005, 141).

A estratégia jurídica tributária, importante recurso na implementação de estratégias de custos, quando rara, inimitável, insubstituível e de valor (Barney, 1991), desponta como uma solução legítima e não condenável aos “inúmeros e elevados encargos tributários que sufocam as pessoas jurídicas e naturais, afetando significativamente seus patrimônios, impedindo o desenvolvimento econômico, a livre iniciativa e a capacidade contributiva” (Anan, 2005, p. 181), gerando vantagem competitiva sustentável.

3 – ESTUDO DO CASO: A PRIVATIZAÇÃO DO BANESPA – BANCO DO ESTADO DE SÃO PAULO S.A

O BANESPA – Banco Estado de São Paulo entrou em grave crise no início dos anos 90 e, no ano de 1994, ingressou em regime especial de administração temporária, no qual União, por intermédio do Banco Central, assumiu o seu controle. Depois de saneado, através da federalização de uma dívida da ordem de R\$ 7,5 bilhões, e da cessão definitiva de suas ações pertencentes ao governo do Estado para a União (correspondente a 51% do capital votante), o Banespa foi incluído no Programa Nacional de Desestatização (PND) e colocado à venda em leilão público.

Segundo Pinheiro e Saddi (2005), em 1999, o valor econômico do Banespa foi estimado em R\$ 6,2 bilhões por um consórcio de consultores e em R\$ 5,7 bilhões por outro (no presente caso, desconsideraremos a tão discutida subestimação do preço mínimo, que, segundo alguns economistas, estaria relacionada à incorreta estimativa dos investimentos futuros necessários e à adoção de um prêmio de risco Brasil excessivamente elevado no cálculo da taxa de desconto). Como a regra do edital prescrevia que o preço mínimo a ser fixado seria o intermediário entre a média das duas avaliações, desde que a diferença não superasse 10%, os 66,67% das ações ordinárias pertencentes à união, correspondentes à 33,33% do capital social, tiveram o preço mínimo fixado em R\$ 1,85 bilhão.

O Banespa foi finalmente privatizado no dia 20 de novembro de 2000, após sete meses de disputas judiciais travadas com o sindicato dos bancários. O banco espanhol Santander Central Hispânico - BSCH ganhou o certame pagando um ágio de 281% sobre o preço mínimo fixado com um desembolso de 7,05 bilhões de Reais. Há quem diga que o Banco

Espanhol teria “errado a mão” ao oferecer, como veremos, um preço muito acima do mínimo na referida aquisição do bloco de controle do Banespa. Lançaremos luzes, entretanto, sobre a acertada estratégia do Banco Espanhol para entrar forte e capilarizado no mercado bancário brasileiro, pagando um preço real menor do que o propalado, com a ajuda de estratégias jurídicas criadas e paulatinamente implementadas

Com arrimo em Pinheiro e Saddi (2005), rememoremos o desenrolar dos fatos que conduziram à aquisição do bloco de controle do Banespa pelo Santander Central Hispânico. Nove concorrentes foram, à época, pré-qualificados. Cinco deles (Banco de Boston, Bilbao Vizcaya, HSBC, Citibank e Safra) deixaram de entregar garantias necessárias para a participação no leilão até um mês antes. No dia 20 de novembro de 2000, eram quatro os participantes: Santander, Bradesco, Itaú e Unibanco.

A tabela abaixo demonstra o ranking dos maiores bancos em operação no mercado brasileiro em 2000, antes do leilão, levando em consideração o ativo total:

Tabela 1 - BANCOS COMERCIAIS E MÚLTIPLOS - PRINCIPAIS INDICADORES (EM R\$ MIL)

Primeiro Semestre de 2000 - ordenação pelo ativo total

	NOME		ATIVO TOTAL	OPER. DE CRÉD.	DEPÓS. TOTAIS	PATRIM. LÍQUIDO	REC. DE INTER. FINAN.	RESULT. LÍQUID.
1	Banco do Brasil	Público	144.439.461	24.629.128	63.421.265	7.528.220	7.324.821	389.961
2	CEF	Público	124.349.430	69.705.771	62.097.035	3.959.143	6.881.122	105.932
3	Banco Bradesco	Varejo	61.626.621	18.430.525	29.191.092	7.007.264	4.081.137	960.432
4	Banco Itaú	Varejo	48.980.766	11.355.496	23.447.724	6.820.046	3.248.608	754.162
5	Unibanco	Varejo	35.034.700	11.227.853	10.445.273	4.186.492	2.278.396	351.114
6	Banespa	Público	28.352.016	4.112.680	11.322.865	4.444.201	2.042.127	324.152
7	ABN Amro Bank	Varejo	26.910.458	7.750.617	7.344.296	4.442.248	1.961.473	120.370
8	Banco Safra	Atacado negócio	20.737.801	4.039.438	3.830.451	1.274.409	1.285.449	168.200
9	Santander	Varejo	18.999.496	3.043.605	4.158.786	1.246.198	1.398.920	53.029
10	HSBC	Varejo	16.919.830	4.651.223	7.440.106	1.001.306	1.309.449	111.952

FONTE: Austin Asis. *Elaboração:* Conjuntura Econômica, FGV.
http://www.crasp.com.br/texto_area/RANKING_DOS_BANCOS.htm

Percebe-se da análise do quadro supra que se qualquer um dos três concorrentes do Santander Central Hispânico adquirisse o Banespa naquele leilão assumiria a liderança do mercado bancário nacional privado, ganharia mais capilaridade no maior mercado brasileiro, São Paulo, assim como as contas dos funcionários públicos deste Estado, além de mais de 600 agências e 750 postos de atendimento. A relação de forças no leilão era muito clara: os três maiores bancos privados pretendiam defender o seu mercado e manter ou alcançar a liderança e o seu domínio, enquanto o Santander queria ganhar mais espaço e se tornar um dos três maiores bancos do país, numa verdadeira estratégia de expansão, sendo a aquisição do Banespa a oportunidade única para atingir esse objetivo ao queimar etapas a um custo e risco controlados.

Segundo Pinheiro e Saddi (2005, p. 189), a estratégia das três maiores instituições era coincidente: comprar o Banespa para impedir que os outros maiores o comprassem, mesmo sabendo que, embora a aquisição possibilitasse o aumento da base de volume de depósitos, haveria uma canibalização dos clientes, é dizer, a venda dos produtos e serviços do Banespa reduziria a venda dos produtos e serviços e produtos do adquirente. Em suma, adquirir o Banespa, para os três maiores, garantiria a liderança, mas poderia ser um negócio claramente arriscado.

Os maiores concorrentes, exercendo uma estratégia defensiva – comprar para o outro não comprar – aguardavam a posição de cada competidor durante o leilão. Quando do anúncio da retirada do Itaú, os concorrentes apresentam suas propostas. O Bradesco, menos ameaçado pela ausência do Itaú e considerando que a liderança do Unibanco caso este arrematasse as ações não seria sustentada, entrega a proposta de R\$ 1,86 bilhão (pouco acima do valor mínimo). O Unibanco, ciente do efeito da canibalização, mas querendo aproveitar a

oportunidade oferecida para assumir a liderança do mercado ofereceu um ágio de 13,5%, é dizer, um valor de R\$ 2,1 bilhões. O Santander, por seu turno, possuidor de uma outra estratégia – ganhar mercado, capilaridade e ingressar entre os três maiores bancos privados do país, disposto a pagar o preço por isso e sem querer correr riscos de não aproveitar a oportunidade, faz a oferta vencedora de R\$ 7,05 bilhões, com ágio de 281% sobre o preço mínimo.

Na entrevista coletiva, os representantes do Santander Central Hispânico tiveram de responder a pergunta que não queria calar: não teriam os espanhóis pago um preço muito alto, já que o segundo colocado, o Unibanco, fez um lance de R\$ 2,1 bilhões? Segundo o site Terra, <http://www.terra.com.br/economia/2000/11/20/183.htm>, acessado em 20/09/07, na reportagem “Momentos Altos e Gafes do Leilão do Banespa”, “ouvram-se risadas tanto do Marciel Portela, diretor do Santander Central Hispânico na América Latina, como do presidente do banco no Brasil, Gabriel Jaramillo. ‘Fizemos um ótimo negócio. O preço foi correto’, disse Portela”.

3.1. CONSIDERAÇÕES SOBRE A OPERAÇÃO DE DEDUÇÃO DE ÁGIO NO PAGAMENTO DO PREÇO DAS PRIVATIZAÇÕES

As empresas detentoras do controle acionário de estatais privatizadas tiveram a possibilidade de utilizar a legislação federal para reduzir o preço efetivo pago, por meio de estratégia jurídica tributária de dedução de ágio suportada pela Lei nº 9.532/97. O ágio é a diferença positiva entre o preço pago pelo adquirente e a respectiva parcela do patrimônio líquido (PL) da empresa cujas quotas ou ações estão sendo vendidas. Através do patrimônio líquido obtemos o valor patrimonial das ações ou quotas de uma sociedade.

Ilustremos o conceito de ágio de aquisição de ações. Suponhamos que o capital de uma companhia é constituído de 100 ações e que ela tenha um PL de R\$ 10.000,00. O adquirente compra 50 ações e paga R\$ 6.000,00. Dessa forma, este deve registrar em sua contabilidade um investimento de R\$ 5.000,00 (50% de R\$ 10.000,00, porque ele detém 50 das 100 ações) e um ágio de R\$ 1.000,00. Esta diferença a maior pode ser explicada, segundo os incisos “a”, “b” e “c”, do § 2º, do art. 20, do DL nº 1.598/77, a) pelo maior valor de mercado dos bens do ativo permanente da empresa; b) pela expectativa de rentabilidade futura do empreendimento ou c) pelo fundo de comércio ou bens intangíveis adquiridos, respectivamente.

A Lei nº 9.532/97 estatui que a empresa que absorver patrimônio de outra, em virtude de incorporação, fusão ou cisão, na qual detenha participação acionária adquirida com ágio ou deságio poderá amortizar o valor do ágio na apuração do lucro real. A dedução poder ser efetuada nos 05 anos-calendários subsequentes à incorporação, fusão ou cisão, à razão de 1/60 do ágio por mês. A fruição desse benefício poderá ocorrer mesmo que a empresa incorporada, fusionada ou cindida seja aquela que detinha a propriedade da participação societária.

A seguir, as empresas agraciadas com a dedução do ágio:

Tabela 2 – Aproveitamento do ágio nas privatizações

Empresa	Ágio R\$ milhões	Dedução do imposto R\$ milhões
Telesp	3675	1293
Telemar	1408	495
Embratel	1365	480
Telesp Celular	2932	1031
Tele Sudeste Celular	1038	365
Tele Centro Sul	983	345
Telemig Celular	583	205
Tele Celular Sul	527	185
Tele Nordeste Celular	521	183
Tele Centro Oeste Celular	297	104
Tele Leste Celular	331	116
Tele Norte Celular	137	48
Gerasul	880	309
Comgás	800	281
Elektro	1000	371
CRT	321	112
CPFL	2000	717

Fonte: FSP 5/12/99, pag. 14.

Diante de tal possibilidade, os acionistas minoritários se viram prejudicados tendo em vista a possibilidade de dedução do ágio no lucro tributável, o que reduziria naturalmente a distribuição de dividendos. Para solucionar tal problema, a CVM baixou a Instrução CVM nº 319/99, posteriormente modificada pela IN 349/2005, que teve por objetivo traçar novas regras para as operações de incorporação, fusão ou cisão das companhias abertas. Ficou estabelecido, assim, que na distribuição dos dividendos aos acionistas minoritários não seria deduzido dos lucros a distribuir o montante do ágio amortizado em cada exercício e que o cálculo da relação de substituição das ações dos acionistas minoritários deve excluir o saldo do ágio pago na aquisição da controlada, de forma a manter sua participação relativa antes da integralização do ágio.

3.2 – A IMPLEMENTAÇÃO DA ESTRATÉGIA JURÍDICA TRIBUTÁRIA POR PARTE DO SANTANDER CENTRAL HISPÂNICO

Corroborando o quanto afirmado por Marciel Portela, diretor do Santander na América Latina, acreditamos que realmente o preço de aquisição foi bom, tendo em vista a estratégia macro projetada pelo grupo espanhol, não só pela análise de custo-benefício feita em relação ao aproveitamento da janela de oportunidade de crescimento no competitivo e concentrado mercado bancário (ver tabela abaixo), mas também pela redução do efetivo valor, diante da estratégia jurídica pensada e aplicada na operação.

Fixemo-nos no preço efetivo pago pelo Santander Central Hispânico, tendo em vista o aproveitamento do ágio oriundo da aquisição das ações do Banespa, dentro de uma reestruturação societária que viabilizaria a redução do preço de maneira considerável,

possibilitando ao Santander oferecer um lance livre de concorrência ante a sua disponibilidade de caixa.

Tabela 3 - Ranking das instituições financeiras pós-privatização, segundo volume de ativos

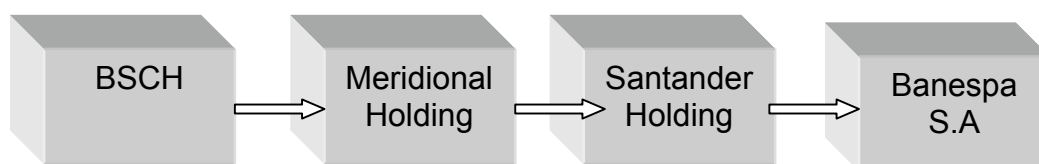
Instituição Financeira	Volume de Ativos (R\$) Bilhões
Bradesco	89,2
Itaú	61,2
Santander	56,1
Unibanco	48,4

Os dados são da consultoria Austin Assis. Fonte FolhaNews, 20/11/2000 – 10h24. Nathalia Barboza <http://www1.folha.uol.com.br/folha/dinheiro/ult91u9772.shtml>

Descrevamos a operacionalização da estratégia jurídico-tributária para consecução da redução do valor efetivo de aquisição, com base nas Demonstrações Financeiras do Banco do Estado de São Paulo S.A – Banespa e do Banco Santander S.A (Grupo Santander Banespa), disponíveis no site www.santander.com.br.

Em 20 de novembro de 2000 o Banco Santander Central Hispânico adquiriu o bloco controlador do Banespa pelo preço acima referido. Em 29 de maio de 2001, comunicou à CVM – Comissão de Valores Imobiliários sua decisão de aumentar o capital social da sociedade denominada Santander Holding Ltda., mediante contribuição da totalidade de ações de emissão do Banespa de sua titularidade, passando a deter, por conseguinte, quotas da Santander Holding Ltda., as quais, no dia 30 de maio de 2001, foram utilizadas para aumentar o capital social da Meridional Holding Ltda.

Figura 6 - Configuração do grupo no dia 30 de maio de 2001:

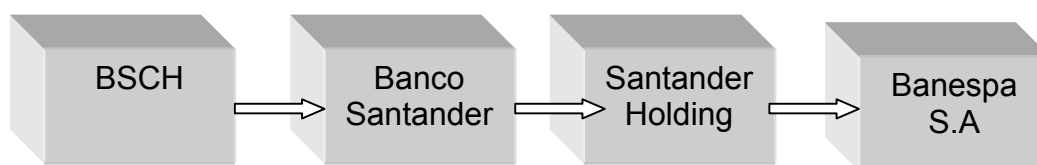


Em 29 de junho de 2001, foram realizadas a Assembléia Geral Extraordinária dos Acionistas do Banco Santander S.A e a Reunião dos Sócios Quotistas da Meridional Holding Ltda, deliberando-se pela incorporação desta última sociedade pelo Banco Santander S.A. Por conseguinte, o Banco Santander S.A passou a deter as quotas de emissão do Santander Holding Ltda., anteriormente detidas pela Meridional Holding Ltda. Os principais saldos da Meridional Holding Ltda. estão assim resumidos:

Tabela 4 – Saldos da Sociedade Meridional Holding Ltda.

Ativo	
Circulante e Realizável a Longo Prazo	32
Disponibilidades	27
Outros Créditos	5
Permanente	9.593.134
Investimentos na Santander Holding Ltda.	9.593.134
Total	9.593.166
Passivo	
Circulante e Exigível a Longo Prazo	20
Outras Obrigações	20
Patrimônio Líquido	9.593.146
Capital Social	9.574.919
Lucros Acumulados	18.227
Total	9.593.166

Figura 7 – Configuração do grupo no dia 29 de Junho de 2001



Conforme deliberação dos acionistas em Assembléia Geral extraordinária, datada de 30 de Julho de 2001, foi efetuada a incorporação da Santander Holding Ltda pela sua controlada

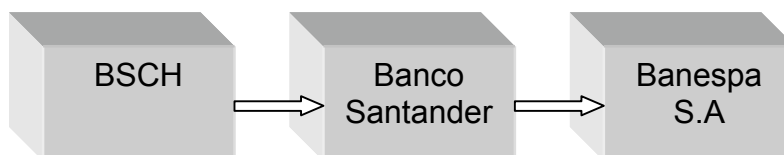
Banespa. Os saldos dos ativos e passivos foram assim resumidos pelas demonstrações financeiras do grupo:

Tabela 5 - Saldos da Sociedade Santander Holding Ltda.

Ativo		Passivo	
Circulante	1	Exigível a Longo Prazo	7.462.068
Disponibilidades	1	Provisão para Manutenção da Integridade do Patrimônio Líquido dos Acionistas da Incorporadora	7.462.068
Permanente	9.671.515	Patrimônio Líquido	2.209.448
Investimento	9.671.515	Capital:	
Investimento	2.209.447	De Domiciliados no País	9.574.901
Ágio na Aquisição de Investimentos	7.462.068	Prejuízos Acumulados	(7.365.453)
Total	9.671.516	Total	9.671.516

Podemos assim esquematizar a configuração do grupo em 30 de julho de 2001:

Figura 8 - Configuração do grupo Santander no dia 30 de julho de 2001



Nesse momento, o próprio Banespa se aproveita da Lei 9532/97 para apropriar-se do ágio gerado na venda de suas próprias ações para futura amortização do lucro, reduzindo a incidência do Imposto de Renda e Contribuição Social, como veremos. Em virtude da incorporação da Santander Holding Ltda pelo Banespa, o Santander Holding havia constituído provisão para manutenção da integridade do patrimônio dos acionistas da incorporadora no montante de R\$ 7.462.068, fundamentado na expectativa de resultados futuros. A demonstração financeira que serve de arrimo ao presente estudo acrescenta que a referida provisão foi constituída tendo em vista que o ágio originado na aquisição do Banespa foi custo do Santander Holding Ltda., e, portanto, sua amortização deve onerar somente o seu

acionista, preservando a integridade dos direitos dos atuais acionistas do Banespa nos resultados gerados normalmente por este, na forma da IN/CVM 319/99.

Como referido acima, o ágio na aquisição de investimentos e sua respectiva conta redutora, provisão para manutenção do patrimônio líquido dos acionistas da incorporadora, são amortizadas pelo prazo de 05 anos. No caso em estudo, foi realizado, em 2001, R\$ 550.603 e R\$ 1.492.414 em 2002. Em 31 de dezembro de 2003, o ágio relacionado com o evento de incorporação e a provisão para manutenção da integridade do patrimônio líquido dos acionistas da incorporadora montava em R\$ 4.523.109 (2002 – R\$ 5.419.051). Foi realizado no exercício de 2003 o montante de R\$ 895.942 (2002 – R\$ 1.492.414). Em 31 de Dezembro de 2004, o ágio relacionado com o evento de incorporação e a provisão para manutenção da integridade do patrimônio líquido dos acionistas da incorporadora montava em R\$ 3.096.179 (em 2003 – R\$ 4.523.109). Foi realizado no exercício o montante de R\$ 1.426.930 (em 2003 – 895.942). Em 31 de Dezembro de 2005, o ágio relacionado com o evento de incorporação e provisão para manutenção da integridade do patrimônio dos acionistas da incorporadora montava R\$ 2.225.604 (2004 - R\$ 3.096.179), tendo sido apropriado ao resultado do Banco do Estado de São Paulo S.A. R\$ 870.575 (2004 - R\$ 1.426.930).

Em 31 de agosto de 2006, as Assembléias Gerais Extraordinárias do Banco Santander Banespa S.A. (atual denominação do Banco Santander Meridional S.A.), do Banco Santander Brasil S.A. (BSB), do Banco Santander S.A. (BSSA) e do Banco do Estado de São Paulo S.A. – Banespa (Banespa) aprovaram a proposta de reestruturação societária, declarando efetiva a Incorporação dos Bancos. Como consequência, os acionistas do BSB, do BSSA e do Banespa (Bancos Incorporados) receberam ações de emissão do Banco Santander Banespa S.A. e os Bancos incorporados foram extintos, passando o Banco Santander Banespa S.A. à condição

de sucessor a título universal dos Bancos incorporados, no que tange a todos os seus bens, direitos e obrigações, tornando-se a instituição-líder dos conglomerados financeiro e econômico perante o Banco Central do Brasil.

Soma-se à estratégia descrita acima o fato de que o Banespa provisionou, antes de sua privatização, algo em torno de R\$ 2 bilhões de reais para pagamento de dívidas fiscais futuras que ainda estavam sendo discutidas administrativamente perante a Secretaria da Receita Federal, o que provocou a redução do seu patrimônio líquido, aumentando, por conseguinte, o referido ágio e o respectivo ganho fiscal. A redução do patrimônio líquido afeta diretamente o ágio que será utilizado na obtenção do benefício fiscal. Cada R\$ 1,00 provisionado reduz o patrimônio líquido em R\$ 1,00, aumentando o ágio em R\$ 1,00, reduzindo a tributação em R\$ 0,34 (R\$ 0,25 de IRPJ e R\$ 0,09 de CSSL). Ressalte-se, entretanto, que se o lançamento tributário fosse anulado ou desconstituído não haveria ajuste subsequente à incorporação, fusão ou cisão. A lei somente previu a dedução da amortização do ágio sem qualquer preocupação adicional, não vinculou a amortização do ágio à concretização das expectativas de rentabilidade; estabeleceu prazos fixos para o aproveitamento do benefício (5 anos) sem qualquer conexão com o horizonte de resultados projetados; não procurou evitar reduções temerárias no Patrimônio Líquido da investida com o objetivo de aumentar o ágio.

Vale ressaltar ainda, conforme indicam as demonstrações financeiras elaboradas às vésperas da privatização e as demonstrações elaboradas após a aquisição das ações de propriedade da União pelo Santander Central Hispânico, que o Banespa possuía um crédito tributário de mais de R\$ 2,0 bilhões, que foi integralmente utilizado por esta própria instituição financeira. Este foi um dos motivos que contribuíram para a não incorporação do Banespa pela empresa mãe (o Banco Santander S.A) logo após a privatização, tendo em vista que os prejuízos fiscais não

poderiam ser transferidos para outra empresa ainda que via incorporação, fusão ou aquisição. Além disso, acreditamos que a unificação estrutural realizada em 2006 só foi colocada em prática porque os riscos jurídicos ocultos associados à aquisição (riscos trabalhistas, fiscais, previdenciários, etc.) já teriam sido praticamente controlados, tendo em vista o transcurso do prazo prescricional de 05 anos.

Vejamos algumas cifras importantes na operação de aquisição:

- Valor de aquisição: R\$ 7,050 bilhões.
- Patrimônio líquido do Banespa quando da privatização, segundo Edital de Privatização elaborado pelo Banco Central: R\$ 4.175.933.000,00.
- Percentual do capital social adquirido pelo Santander Central Hispânico , segundo Edital de Privatização elaborado pelo Banco Central: 33,33%
- Valor Patrimonial das ações adquiridas pelo Santander Central Hispânico (PL x percentual de ações adquiridas): R\$ 1.391.976.275,00
- **Ágio (valor adquirido – valor patrimonial): R\$ 5.658.023.725,00. É necessário considerar que tal ágio foi inflado por provisões para pagamento de dívidas fiscais futuras em discussão perante a SRF – Secretária da Receita Federal.**
- **Amortização do ágio (25% de Imposto de Renda e 9% de CSSL): R\$ 1.923.728.067,00**
- **Valor real (valor pago – amortização do ágio): R\$ 5,13 Bilhões (177% do valor mínimo).**
- **Créditos tributários utilizados pelo Banespa antes da consolidação societária do grupo: algo em torno de R\$ 2,0 bilhões.**

3.3 – CONSIDERAÇÕES FINAIS

Verifica-se, diante da análise da operação, que o pagamento de R\$ 7,05 bilhões, após a dedução do ágio de R\$ 5,7 bilhões, implicou em uma economia fiscal da ordem de R\$ 2,0 bilhões para o Grupo Santander, sendo forçoso considerar, ainda, que esse “grande” ágio ocorreu às custas da redução do patrimônio líquido do Banespa em mais de R\$ 2,0 bilhões, em virtude de provisão para pagamento de dívidas fiscais futuras, as quais, em sua grande maioria, não foram pagas, tendo em vista o reconhecimento da inexistência das imposições tributárias relativas às referidas provisões.

Sem adentrarmos mais detidamente na tão propalada subavaliação do valor das ações do Banespa, em que se supõe ter-se desconsiderado variáveis importantes para determinação do seu real valor econômico, bem como levado em consideração fator de desconto extremamente apreciado tendo em vista a superestimação do risco Brasil, não se pode olvidar a utilização, durante os cinco anos seguintes à sua aquisição, de créditos tributários da ordem de R\$ 2,0 bilhões.

Nesse contexto, podemos facilmente compreender a estratégia de compra do Banespa por parte do Santander. Sua estratégia empresarial macro visava alçar o grupo espanhol entre os três maiores bancos privados segundo valor de ativos, sem perder de vista a lucratividade da saneada instituição financeira privatizada e a valorização de suas ações.

A estratégia de ingressar no ranking das três maiores instituições financeiras privadas do país foi imediatamente alcançada como comprova o cotejo das Tabelas “1” e “3” supra. Mais do que ter logrado êxito momentâneo no objetivo vislumbrado, percebe-se que a estratégia foi

sustentada ao longo dos anos, consoante demonstram as tabelas 6, 7, 8, 9, cujos dados foram extraídos do site da Febraban – Federação Brasileira das Associações dos Bancos – www.febraban.com.br, acessado no dia 20/11/07.

Tabela 6 - Ranking: Ativo Total | Ano: 2003 / 4º Trimestre

	<u>Banco</u>	<u>Depósito Total*</u>	<u>Patrimônio Líquido*</u>	<u>Lucro Líquido*</u>	<u>Ativo Total*</u>	<u>Nº de Agências</u>
1	Banco do Brasil	110.013,67	12.171,80	1.302,09	230.144,45	4039
2	Caixa Econômica Federal	81.024,35	5.771,55	756,14	150.495,48	2380
3	Bradesco	58.255,40	13.557,91	1.279,73	147.163,87	3006
4	Itaú	37.462,13	12.791,13	389,13	109.959,31	2348
5	Santander Brasil	18.222,18	7.695,47	654,10	57.040,60	1027
6	ABN Amro Real	26.756,23	8.403,50	245,70	54.452,38	1088
7	Safra	8.680,33	3.136,96	353,91	34.020,66	99
8	HSBC Bank Brasil	15.131,33	1.898,47	79,32	26.265,21	932
9	Votorantim	8.801,67	2.383,95	315,69	24.963,46	6
10	Citibank	1.231,85	3.290,29	74,13	20.352,47	76

Fonte: Febraban - Federação Brasileira das Associações dos Bancos

Tabela 7 - Ranking: Ativo Total | Ano: 2004 / 4º Trimestre

	<u>Banco</u>	<u>Depósito Total*</u>	<u>Patrimônio Líquido*</u>	<u>Lucro Líquido*</u>	<u>Ativo Total*</u>	<u>Nº de Agências</u>
1	Banco do Brasil	115.078,82	13.771,46	832,54	235.599,30	4039
2	Caixa Econômica Federal	87.547,86	6.445,96	440,59	149.927,64	2380
3	Bradesco	64.959,73	14.897,73	842,08	146.846,84	3006
4	Itaú	38.246,40	14.716,58	1.288,90	129.486,57	2348
5	Santander	19.708,42	8.728,26	429,69	64.753,21	1034
6	ABN Amro Real	28.673,26	8.897,47	80,06	59.256,79	1088
7	Safra	8.766,12	3.419,03	69,93	37.430,56	99
8	Votorantim	13.366,95	3.146,86	149,66	35.810,34	6
9	HSBC Bank Brasil	21.333,69	2.174,17	79,14	33.788,55	932
10	Citibank	3.904,52	2.902,19	-266,68	22.498,95	76

Fonte: Febraban - Federação Brasileira das Associações dos Bancos

Tabela 8 - Ranking: Ativo Total | Ano: 2005 / 4º Trimestre

	Banco	Depósito Total*	Patrimônio Líquido*	Lucro Líquido*	Ativo Total*	Nº de Agências
1	Banco do Brasil	137.658,26	16.849,76	2.174,77	252.976,99	4039
2	Caixa Econômica Federal	106.899,59	7.951,94	1.135,90	188.677,66	2380
3	Bradesco	75.468,85	19.414,75	2.893,19	165.760,08	3006
4	Itaú	51.665,61	17.589,15	2.891,00	146.041,75	2348
5	Santander	29.982,21	7.423,94	698,69	85.015,02	1034
6	ABN Amro Real	45.375,04	9.218,19	699,45	74.598,24	1088
7	Safra	11.599,13	3.958,58	394,05	51.356,41	99
8	HSBC Bank Brasil	29.064,47	3.466,74	518,79	47.523,82	932
9	Votorantim	20.391,91	4.148,52	464,50	46.068,09	6
10	Citibank	6.283,79	3.068,54	232,58	25.137,03	76

Fonte: Febraban - Federação Brasileira das Associações dos Bancos

Tabela 9 - Ranking: Ativo Total | Ano: 2006 / 4º Trimestre

	Banco	Depósito Total*	Patrimônio Líquido*	Lucro Líquido*	Ativo Total*	Nº de Agências
1	Banco do Brasil	158.840,96	20.758,16	2.155,59	296.356,42	4039
2	Bradesco	83.969,14	24.756,78	1.876,60	213.302,93	3006
3	Caixa Econômica Federal	121.390,49	9.182,47	1.042,21	209.532,84	2380
4	Itaú	62.243,10	28.208,60	3.361,27	205.156,18	2348
5	ABN Amro Real	55.138,21	10.587,93	1.172,24	119.160,30	1088
6	Santander	31.925,29	7.975,61	752,50	102.125,94	1034
7	Unibanco	36.370,36	10.019,00	714,30	97.785,13	939
8	Safra	12.924,63	4.106,07	494,81	61.820,34	99
9	HSBC Bank Brasil	37.725,10	4.111,91	500,55	58.265,73	932
10	Votorantim	19.641,28	5.146,55	664,29	56.707,48	6

Fonte: Febraban - Federação Brasileira das Associações dos Bancos

Demonstrado, pois, que o banco espanhol atingiu seu objetivo de liderança ao comprar o Banespa, aumentando a sua participação no mercado a um custo que não correspondeu de fato ao valor nominal desembolsado (R\$ 7,05 bilhões), tendo em vista a estratégia jurídica implementada, insta sobrelevar, nesse ponto, que, analisando sob a óptica genuinamente financeira, sem considerar o posicionamento estratégico atingido, o Santander fez um ótimo investimento, tomando-se como parâmetro os tradicionais índices do mercado.

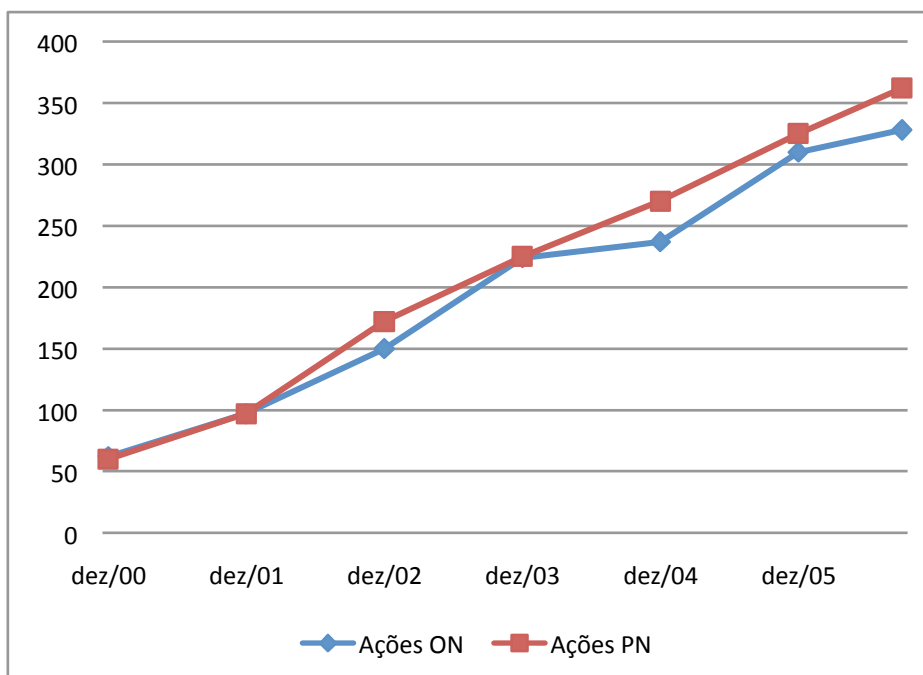
Consultando os dados veiculados pelo site do Bovespa – www.bovespa.com.br - podemos verificar que somente entre Dezembro de 2000 (um mês após a privatização) e setembro de 2006 (mês da fusão do grupo Santander e extinção do Banespa) o preço das ações da instituição financeira privatizada teve um incremento de 429% (ver Tabela 10 e Figura 9), o que demonstra, insofismavelmente, o grande retorno sobre o investimento, comparado-o com outros índices do mercado (ver Figura 10)

Tabela 10 - Performance das Ações do Banespa - Dezembro de 2001 / Setembro de 2006

Ano	Tipo	Lucratividade (%)			Preço		Índice de Liquidez
		Mês	Ano	12 Meses	Último	Var (%)	
dez/00	ON *	/	/	/	62	/	/
	PN *	/	/	/	60	/	/
dez/01	ON *	0,1	56,4	56,4	96,99	0,1	0,001
	PN *	0,1	61,6	61,6	97	0,1	0,01
dez/02	ON *	35	130	130	150	35	0,002
	PN *	43,3	176,8	176,8	172	43,3	0,007
dez/03	ON *	11,9	78,5	78,5	224	11,9	0,001
	PN *	2,2	59,5	59,5	225	2,2	0,005
dez/04	ON *	16,1	27,7	27,7	237	/	0,001
	PN *	25,8	46,9	46,9	270	/	0,004
dez/05	ON *	5	40,4	40,4	310	5	0,001
	PN *	7,9	30,2	30,2	325	7,9	0,004
set/06	ON *	-2	16,9	25,2	328	-2	***
	PN *	0	23,6	42	362	0	0,005

Fonte: Bovespa

Figura 9 – Valor das Ações do Banespa – dez/00 à set/06



Fonte: Bovespa

Figura 10 – Quadro comparativo: variação percentual da performance das ações do Banespa - dez/00 à set/06

Variação (%) Período 12/200 - 09/2006	
Índice	Variação
Ações On Banespa	429%
Ibovespa (taxa média anual)	315,63%
Selic	166,29%
IGP-M (FGV)	75,99%
Poupança	65,99%
INPC (IBJE)	57,43%
TR	16,95%

Fonte: Banco Central do Brasil e Bovespa

Outrossim, não podemos esquecer que o Banespa, no mesmo período, de acordo com as demonstrações financeiras consultadas no seu site institucional www.santander.com.br, acessado em 21/11/07, gerou um lucro líquido excepcional de mais de R\$ 10 bilhões.

Como nosso objetivo nesse trabalho não é fazer um estudo mais aprofundado sobre o retorno financeiro da privatização do Banespa, raciocinemos, por meio de simples aritmética, se, de fato, a operação teve um retorno sobre o investimento satisfatório. Considerando que a diferença de performance do período compreendido entre 12/00 e 09/06 entre as ações do Banespa e a SELIC (a taxa que remunera os títulos do governo brasileiro, a maior do mundo em termos reais) foi de 262% (ver Figura 10 acima), chega-se à automática conclusão que o ágio real pago no leilão, correspondente a 177%, foi mais do que coberto somente pela excepcional e esperada valorização das ações.

Há que se ter em conta, finalmente, que as ações ON (ordinárias) detidas pelo Santander correspondem ao bloco de controle (*golden share*), é dizer, dão aos seus detentores o poder de condução da instituição financeira, elegendo a maioria dos membros do conselho de administração e da direção, o que agrega a tais ações, no caso de venda deste bloco, um ágio extraordinário sobre o valor bursátil, como demonstram as histórias das fusões e aquisições pelo mundo.

A estratégia jurídica representou, por sua vez, uma valiosa fonte de valor, despontando rara, inimitável e insubstituível, que, associada a outros fatores específicos - configuração concorrencial, disponibilidade de caixa, sinergia entre adquirente e adquirida, fatores geográficos, etc, dificultou a duplicação da estratégia macro por parte dos competidores.

Mas os concorrentes não tiveram acesso às mesmas fontes de vantagem competitiva: utilização de ágio, por meio de formatação societária específica, utilização de créditos fiscais, avaliação criterioso de riscos, etc.?

Não! Tiveram acesso ao mesmo conjunto de normas que, como tais, possuem caráter imparcial e *erga omnis* (para todos), mas a sua utilização, tendo em mente a aplicação racional do direito, vislumbrando a alocação mais eficiente possível dos recursos disponíveis, segundo um nível de risco bem mensurado, dentro de condições históricas únicas, através da ideal seleção e retenção da legislação, foi, inelutavelmente, melhor executada pelo Santander.

A raridade da estratégia jurídica foi sustentada, principalmente, pela complementaridade de outras virtudes organizacionais que sinergicamente conectadas geraram recursos superiores e únicos, de difícil mimetismo. As especificidades normativas indutoras da vantagem competitiva poderiam ser utilizadas de maneira especial por cada concorrente, mas não o foram, possivelmente porque, além de outros fatores, os gestores e respectivos operadores jurídicos avaliaram os riscos e as oportunidades segundo uma óptica tradicionalista e conservadora.

O valor de R\$ 7,05 bilhões oferecido por parte do Santander pode ter sido, à primeira vista, muito alto, mas tal preço foi tecnicamente formado levando-se em consideração todas as nuances abordadas nesse trabalho, as quais, supõe-se, seriam avaliados pelos concorrentes da mesma maneira, com a perspectiva de que todos os agentes envolvidos agiriam racionalmente. Assim não aconteceu. O Santander formou o seu preço de compra para sagrar-se vencedor no leilão, mas não de maneira inocente, como tentou fazer crer os concorrentes e a imprensa especializada.

4 - CONCLUSÕES

Nosso ponto de partida tentou demonstrar que o direito posto e aplicado não se restringe a cumprir a função de instrumento de resolução de conflitos no seio da sociedade, segundo uma noção de justiça historicamente criada, mas, além disso, desponta como mecanismo de indução de eficiência ao resolver problemas de otimização e equilíbrio, reduzindo os custos de transação e alocando os riscos e os frutos das relações travadas entre os agentes econômicos de maneira ótima. Entre outras funções, desponta o direito como facilitador do investimento, tendo em vista que o direito contratual

serve ao mercado como escora para empréstimos, bancos e investimentos estrangeiros diretos. Um financiamento privado de sucesso também conduz a leis especializadas sobre execução de dívidas, títulos e bancos. Clãs ou gangues podem garantir o cumprimento de promessas, contudo um Estado eficiente é muito mais equânime e confiável. O financiamento privado de sucesso exige uma eficiente fiscalização do cumprimento dos contratos por parte do Estado (Robert et al., 2006, p. 10).

Além de sua importante função de redução dos custos de transação na alocação de poupança, não se pode olvidar, bem assim, segundo Robert (2006), à importância do direito no que tange ao estímulo à inovação e ao desenvolvimento. O inovador possui uma idéia valiosa que requer capital para se desenvolver, sendo que o desenvolvimento é altamente arriscado e o sucesso atrai concorrentes que difundem a inovação, reduzindo os lucros do inovador. Nos dois cenários, o inovador deve confiar que o investidor não roubará sua idéia, e este deve confiar que o inovador não roubará seu dinheiro. As normas jurídicas e sociais fornecem a base da confiança entre ambos. As leis sobre o direito de propriedade escoram o financiamento relacional; as leis contratuais, o financiamento privado; e o direito empresarial estabelece o

fundamento para o financiamento público. De modo inverso, a ineficácia das leis sobre direito de propriedade, contratos e sociedades de capital impede o crescimento nos países pobres.

E esta importância do direito nas relações empresariais ganha relevo a partir do momento em que assistimos à ampliação da natureza jurídica em tais operações. O incremento tecnológico da produção, suas ofertas de consumo e até a eventual falência ou recuperação das empresas vêm emanando, diretamente, do direito, o qual se apresenta como um ordenamento jurídico que abarca o conjunto e a essência das atividades mercantis. Assim, operações até então típicas de mercado advêm agora do direito, pela conversão de normas meramente técnicas em jurídicas (LOPES, 2005, P. 14).

Cumprido o desiderato de bem posicionar o direito enquanto ciência aplicada, passamos a, indutivamente, e segundo as definições de Porter (1989) e Mintzberg (Mintzberg et al., 2006, p.24), conceituar estratégia jurídica como sendo a perspectiva e o plano segundo os quais a organização deve pautar sua conduta com vistas a lidar, com maior eficiência possível, com oportunidades, ameaças, fraquezas e trunfos determinados pelo ordenamento jurídico no qual a organização está imersa, criando um padrão de comportamento ético que alie de maneira ótima tais variáveis e/ou atuando de forma expedita e casuística no aproveitamento das possibilidades do arcabouço normativo para superar o concorrente, sem nunca perder de vista a diuturna análise do ambiente no qual a organização está imersa.

A estratégia jurídica, enquanto atividade de infra-estrutura, exerce importante função dentro da cadeia de valores da empresa ao azeitar os seus elos, otimizando as relações entre as demais atividades e criando valor principalmente na materialização de elos verticais com fornecedores e/ou canais de distribuição, bem assim na formatação de coalizões. Ainda

podemos identificar a real função das estratégias jurídicas não só na compreensão das regras de concorrência que determinam a atratividade da indústria e que podem ser englobas em cinco forças competitivas (Porter, 1989) - a entrada de novos concorrentes, a ameaça de substitutos, o poder de negociação dos compradores, o poder de negociação dos fornecedores e a rivalidade entre os concorrentes existentes, mas principalmente na sua capacidade de modificação e adaptação de tais forças, em termos ideais, em favor da empresa.

Seguindo o modelo de Resource Based View (RBV) segundo de Barney (1991) ratificamos a hipótese levantada: as estratégias jurídicas são de fato instrumento de vantagem competitiva ao preencher os quatro atributos indispensáveis à consideração de um recurso como fonte de vantagem competitiva – valor, raridade, impossibilidade de substituição e imitação, pinçando exemplos da literatura e deduzindo outros que comprovaram que as estratégias jurídicas, quando aplicadas de maneira concertada com outras atividades organizacionais, impulsionam a empresa rumo a uma posição única e sustentada.

De maneira aplicada, segundo a análise do caso Banespa, demonstramos o grau de sofisticação da estratégia jurídica que deu suporte à estratégia macro do banco espanhol Santander em expandir sua participação no mercado bancário, mediante a aquisição em leilão público do saneado banco estadual paulista por um preço que, a um só tempo, pareceu acima do esperado pelo mercado e afastou os demais concorrentes, mas que, na verdade, pela cuidadosa e minuciosa aplicação de estratégia jurídica societária, de aproveitamento de ágio e de créditos tributários, representou um preço justo e ótimo, segundo os objetivos macros previamente colimados.

O presente trabalho espera cumprir duas funções básicas. Primeiro, demonstrar aos gestores que a atividade jurídica deve ser encarada segundo uma óptica mais construtiva, é dizer, acoplada à criação, aplicação e controle das estratégias empresariais, porquanto capaz de agregar um conhecimento diferenciado, raro, caro, de difícil substituição e imitação. Segundo, convidar os juristas a ampliar os horizontes da profissão ao enxergar além do horizonte criado, segundo o qual ao operador do direito cabe a única função de assessoramento e resolução de conflitos surgidos *ex-post*, reduzindo prejuízos incorridos pela organização.

REFERÊNCIAS

ANAN, Pedro. **Planejamento Fiscal**. 1ª Edição. São Paulo, Quartier Latin, 2005.

ARIDA, Persio. **A pesquisa em direito e economia: em torno da historicidade da norma**. Versão revisada de palestra proferida no Simpósio *O que é pesquisa em direito?*, organizado pela Escola de Direito de São Paulo da FGV e pelo Núcleo de Direito e Democracia do Cebrap nos dias 09 e 10.12.2002. Disponível em <http://iepecdg.com/DISK%201/Arquivos/Leiturassugeridas/Pesquisa%20em%20Economia%20e%20em%20Direito.25042005.pdf>, acesso em 10/09/07.

BARNEY, J. **Firm resources and sustained competitive advantage**. *Journal of Management*, v. 17, 1991, p. 99-120.

_____ **Is the resource-based "view" a useful perspective for strategic management research? Yes**. *Academy of Management Review*, v. 26, 2001, p. 41-56.

BHARADWAJ, S.G., VARADARAJAN, P.R. e FAHY, J. **Sustainable competitive advantage in service industries: a conceptual model and research propositions**. *Journal of Marketing*, v. 57, 1993, p. 83-99.

BIRD, R.C. **Employment as a relational contact**. *University of Pennsylvania Journal of Labor and Employment Law*, v. 8, 2005, p. 149-217.

_____ **Can Law be a Source of Sustainable Competitive Advantage?** *University of Connecticut*. 2007, p. 02-11.

BORGES, Humberto Bonavides. **Planejamento Tributário**. 9ª Edição. São Paulo, Atlas, 1997.

COASE, Ronald. **The Problem of Social Cost**. *Journal of Law and Economics*, v. 3, 1960, n°1, p. 1-44.

COOTER, Robert D., SCHAFER, Hans-Bernd, TIMM, Luciano Benetti. **O problema da confiança recíproca**. *The Latin American and Caribbean Journal of Legal Studies*, v. 01, n°1, art. 8. 2006. Disponível em <http://services.bepress.com/lacjls/vol1/iss1/art8>, acesso em 05/07/2007.

DEFFAINS, Bruno. **Le Défi de l'Analyse Économique du Droit: le Point de Vue de l'Économiste**. In: Petitis affiches. Le Quotidien Juridique. Analyse Économique du Droit: Quelques Points d'Accroche. No 99, 2005, p. 6-13.

DIERICKX, I., COOL, K. **Asset stock accumulation and sustainability of competitive advantage**. Management Science, v. 35, 1989, p. 1504-1511.

DUNK, A.S. **Product life cycle cost analysis: The impact of customer profiling, competitive advantage, and quality of IS information**. Management Accounting Research, v. 15, 2004, p. 401-414.

DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 385-502.

DYER, J.H., e SINGH, H. **The relational view: cooperative strategy and sources of interorganizational competitive advantage**. Academy of Management Review, v. 23, 1998, p. 660-679.

FIANI, Ronaldo. **Teoria dos Jogos**. 2ª Edição. Rio de Janeiro, Campus, 2006.

FOSS, K., FOSS, N. **Resources and transaction costs: how property rights economics furthers the resources-based view**. Strategic Management Journal, v. 26, 2005, p. 541-553.

FOSSATI, Gustavo. **Planejamento Tributário e Interpretação Econômica**. 1ª Edição. Porto Alegre, Livraria do Advogado Editora, 2006.

HATCH, N.W., Dyer, J.H. **Human capital and learning as a source of sustainable competitive advantage**. Strategic Management Journal, v. 25, 2004, p. 1155-1178.

HERREMANS, I., ISAAC, R. **The intellectual capital realization process (ICRP): an application of the resource-based view of the firm**. Journal of Managerial Issues, v. 16, 2004, p. 217-231.

HIGUCHI, Hiromi, HIGUCHI, Fábio Hiroshi, HIGUCHI, Celso Hiroyushi. **Imposto de Renda das Empresas – Interpretação e Prática**. 32ª Edição. São Paulo, IR Publicações, 2007.

LADO, A.A., WILSON, M.C. **Human resource systems and sustained competitive advantage: a competency-based perspective**. Academy of Management Review, v. 19, 1994, p. 699-727.

LAVIE, D. **The competitive advantage of interconnected firms: an extension of the resource-based view**. *Academy of Management Review*, v. 31, 2006, p. 638-658.

LALANDE, André. **Vocabulário técnico e crítico da filosofia**. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 570-630.

LOBATO, David, FILHO, Jamil, TORRES, Maria, RODRIGUES, Murilo. **Estratégia de Empresa**. 2ª Edição. Rio de Janeiro, FGV, 2003.

LOPES, Júlio Aurélio Vianna Lopes. **A Invasão do Direito – A Expansão Jurídica sobre o Estado, o Mercado e a Moral**. 1ª Edição. Rio de Janeiro: FGV, 2005.

MA, H. **Toward global competitive advantage: creation, competition, cooperation, and co-option**. *Management Decision*, v. 42, 2004, p. 907-924.

MACNEIL, I.R., CAMPBELL, D. **The relational theory of contract: selected works of Ian MacNeil**. London: Sweet & Maxwell. 2001.

MARTIN-DE-CASTRO, G., NAVAS-LÓPEZ, J.E., LÓPEZ-SÁEZ, P., ALAMA-SALAZAR, E. **Organizational capital as competitive advantage of the firm**. *Journal of Intellectual Capital*, v. 7, 2006, p. 324-337.

MINTZBERG, Henry, LAMPEL, Joseph, QUINN, James Brian, GHOSHAL, Sumatra. **O Processo da Estratégia**. 4ª Edição. São Paulo, Bookman, 2006.

PETERAF, M.A. **The cornerstones of competitive advantage: a resource-based view**. *Strategic Management Journal*, v. 14, 1993, p. 179-191.

PINDYCK, Robert S., RUBINFELD, Daniel L. **Microeconomia**. 6ª edição. São Paulo, Pearson, 2005.

PINHEIRO, Armando Castelar, SADDI, Jairo. **Direito, Economia e Mercados**. 1ª Edição. Rio de Janeiro, Campus, 2006.

POLINSKY, Michael A. **An introduction to Law & Economics**. Aspen Law, 1989.

PORTER, Michael E. **Competição – Estratégias Competitivas Essenciais**. 12ª Edição. Rio de Janeiro, Campus, 1999.

_____ **Vantagem Competitiva**. 30ª Edição. Rio de Janeiro, Campus, 1989.

RIVETTE, K.G., KLINE, D. **Rembrandts in the attic**. Boston: Harvard Business School Press. 2000.

ROBERT D. Cooter, HANS-BERND Schäfer, LUCIANO Benetti Timm. **O problema da desconfiança recíproca**. The Latin American and Caribbean Journal of Legal Studies, vol. 1, n. 1, artigo 8, 2006. Disponível em <http://services.bepress.com/lacjls/vol1/iss1/art8>, acesso em 15/11/07.

ROBERTSON, H.G. **If your grandfather could pollute, so can you: environmental clauses and their role in environmental equity**. Catholic University Law Review, v. 45, 1995, p. 131- 179.

SCHUETH, S. **Socially responsible investing in the United States**. Journal of Business Ethics, 43, 2003, p. 189-194.

SIEDEL, G.J. **Using the law for competitive advantage**. San Francisco: John Wiley & Sons, Inc. 2002.

SILLOS, Lívio Augusto de. **Planejamento Tributário – Aspectos Teóricos e Práticos**. 1ª edição. São Paulo, Livraria e Editora Universitária de Direito, 2005.

SILVI, R., CUGANESAN, S. **Investigating the management of knowledge for competitive advantage: a strategic cost management perspective**, Journal of Intellectual Capital, v. 7, 2006, p. 309-323.

WERNERFELT, B. **A resource-based view of the firm**. Strategic Management Journal, v. 5, 1984, p. 171-180.

_____ **The resource-based view of the firm: ten years after**. Strategic Management Journal, v. 16, 1995, p. 171-174.

BRASIL. **Lei nº 9.249, de 26 de dezembro de 1995**. Altera a legislação do imposto de renda das pessoas jurídicas, bem como da contribuição social sobre os lucros e dá outras

providências. Diário Oficial da União, de 27 de dezembro de 1995. Disponível: Site da Secretaria da Receita Federal (<http://www.receita.fazenda.gov.br>, acesso em 15/05/07).

_____ **Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976.** Dispõe sobre as Sociedades por Ações. Disponível: Site da Presidência da República (<http://www.planalto.gov.br>, acesso em 15/05/07)

_____ **Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1995.** Altera a legislação do imposto de renda das pessoas jurídicas, bem como da contribuição social sobre os lucros e dá outras providências. Diário Oficial da União, de 30 de dezembro de 1996. Disponível: Site da Secretaria da Receita Federal (<http://www.receita.fazenda.gov.br>, acesso em 15/05/07).

_____ **Lei nº 9.532, de 10 de dezembro de 1997.** Altera a legislação tributária e dá outras providências. Diário Oficial da União, de 11 de dezembro de 1997. Disponível: Site da Secretaria da Receita Federal (<http://www.receita.fazenda.gov.br>, acesso em 15/05/07).

_____ **Decreto nº 3.000 (Regulamento do Imposto de Renda), de 26 de março de 1999.** Regulamenta a tributação, fiscalização, arrecadação e administração do Imposto sobre a Renda e Proventos de Qualquer Natureza. Diário Oficial da União, de 29 de março de 1999. Disponível: Site da Secretaria da Receita Federal (<http://www.receita.fazenda.gov.br>, acesso em 15/05/07).

_____ **Instrução Normativa da Secretaria da Receita Federal nº 11, de 21 de fevereiro de 1996.** Dispõe sobre a apuração do imposto de renda e da contribuição social sobre o lucro das pessoas jurídicas a partir do ano-calendário de 1996. Diário Oficial da União de 22 de fevereiro de 1996. Disponível: Site da Secretaria da Receita Federal (<http://www.receita.fazenda.gov.br>, acesso em 15/15/07).