

A literatura jurídica mais recente e atualizada vem percebendo que Direito não pode mais existir dissociado e separado do resto da realidade e dos demais campos do conhecimento, notadamente das diversas disciplinas não jurídicas que são impactadas pela existência de normas jurídicas e sua interpretação.

Como resultado, mais e mais se expande a interdisciplinaridade do Direito, não apenas internamente, mas talvez principalmente em conjunção com outras ciências e métodos. Desde a já antiga (mas ainda grandemente desconhecida no Brasil) análise econômica do Direito, até interações mais recentes, como Direito e psiquiatria, ou Direito e literatura, Direito e cinema, chegando até mesmo a estudar o Direito e a Administração de empresas, seja para que esta propicie lições aos operadores jurídicos sobre como gerir seus respectivos campos de atuação, seja para que o Direito possa ser compreendido como elemento importante e gerador de valor para a atividade empresarial.

Aliás, sobre esta última inter-relação, que é o ponto de partida deste artigo, o Direito (entendido como ambiente jurídico no qual se insere a empresa) vem mesmo sendo considerado como uma ‘fonte de vantagens competitivas’ para as empresas que dele conseguem se beneficiar. Como colocam George Siedel e Helena Haapio, *“legal scholars in the United States and Europe have explored aspects of legal strategy relating to competitive advantage and the role of law as a positive force within companies”* e *“legal Scholars in the United States began to seriously consider law as a source of competitive advantage during the first decade of the twenty-first century”<sup>12</sup>*.

Como o público a que se destina este artigo é composto predominantemente de profissionais do meio jurídico, os quais não estão familiarizados com conceitos da administração de empresas, é importante inicialmente esclarecer o que significa

---

<sup>1</sup> Using Proactive Law for competitive advantage. Ross School of Business Working paper 1148. Agosto de 2010. Disponível [tradução livre]

*“pesquisadores jurídicos nos Estados Unidos e Europa vem explorando aspectos de estratégia legal relacionados à vantagem competitiva e o papel do Direito como uma força positiva dentro das companhias”*

E

*“pesquisadores jurídicos nos Estados Unidos começaram a seriamente considerar o Direito como um fonte de vantagem competitiva durante a primeira década do século 21.”*

<sup>2</sup> Este artigo é um trabalho introdutório sobre o tema, cuja pesquisa apenas se iniciou por este autor. Por ser um trabalho introdutório, optou-se por adotar como marco teórico e mesmo como guia para definição da estrutura o trabalho dos professores Siedel e Haapio, razão pela qual há diversas citações do referido paper.

vantagem competitiva. Vantagem competitiva, como a própria expressão indica, é alguma vantagem (diferencial positivo) que uma empresa tenha sobre outra ou outras, que lhe permita ter um diferencial na concorrência com estas mesmas empresas, ou seja, uma vantagem sobre seus concorrentes.

Uma das definições mais conhecidas é a de Michael Porter<sup>3</sup>, que entende que vantagem competitiva surge quando uma empresa oferece a seus clientes valor que supera o valor oferecido pelos seus competidores e opera de maneira lucrativa, cobrando destes pelo valor oferecido um preço superior ao custo de criação do valor. Porter falar ainda nas cinco forças que moldam competitividade.

A novidade, se é que se pode assim afirmar, é que o Direito vem sendo percebido recentemente pelas empresas como uma potencial fonte de vantagens competitivas, e é este o tema deste artigo.

### **Direito enquanto potencial fonte de vantagem competitiva das empresas?**

Talvez tenha sido Robert C. Bird quem primeiro apresentou bases concretas para se entender que o Direito (conjunto de regras e sua aplicação) possa ser uma potencial fonte de vantagem competitiva para as empresas que melhor se adaptam a cenários legais e suas mudanças<sup>4</sup>. Ele afirma que ‘law’ (direito; conjunto de regras e sua aplicação) can be a source of sustainable competitive advantage<sup>5</sup>”.

Isto ocorre porque o direito, para ele, gera significativo valor às empresas mediante meios de proteção da inovação, construção e garantia de mercados de trabalho e regulação eficiente de contratos, permitindo ainda que alguns recursos legais sejam pautados pela escassez ou raridade, como a proteção de contratos que restringem fornecimento a terceiros ou garantem exclusividade.

Empresas que se adaptam melhor ao seu ambiente legal tem vantagem competitiva sobre outras que não se adaptam. Empresas altamente inovadoras tendem a procurar ordenamentos jurídicos que protejam a inovação; empresas cujo emprego de mão de obra seja intensivo tendem a procurar se estabelecer em locais nos quais os

---

<sup>3</sup> Michael Porter, professor da Harvard Business School, é autor de várias obras sobre vantagem competitiva e estratégia. O conceito citado supra é uma supersimplificação, mas resume adequadamente o conceito, para propósitos deste artigo.

<sup>4</sup> Law as a source of competitive advantage. 20 de fevereiro de 2007. Disponível para download em SSRN:<http://ssrn.com/abstract=964329> ou <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.964329>, vários acessos, ultimo acesso em 20 de setembro de 2016.

<sup>5</sup> “o direito (conjunto de regras e sua aplicação) pode ser uma fonte de vantagem competitiva sustentável”

custos e encargos trabalhistas, bem como leis relativas à segurança no trabalho, sejam menores e menos rigorosos. Se seus competidores não adotam medidas semelhantes, estes agentes mais adaptáveis passam a ter vantagens competitivas sobre seus concorrentes menos adaptáveis.

Paralelamente, pode-se afirmar historicamente que empresas organizadas tendem a tomar medidas protetivas daquilo que consideram um ambiente favorável para seus negócios (não necessariamente um ambiente favorável de negócios para todo um setor econômico) ou medidas modificativas do ambiente desfavorável, incluindo forte ‘lobby’ contrário ou favorável a reformas legislativas, conforme o caso, muitas vezes inclusive ultrapassando o limite da pressão lícita.

Por exemplo, empreiteiras brasileiras, além de práticas de cartelização de participação de certames públicos, fazem forte pressão no sentido de manutenção e criação de restrições à participação de empreiteiras estrangeiras nas obras públicas brasileiras. Mesmo no campo das práticas lícitas, há vários exemplos. Nos Estados Unidos da América, a legislação de direito autoral foi alterada, por forte pressão, para permitir uma extensão temporal de proteção de mais 20 anos sobre criações intelectuais, por pressão da ‘The Walt Disney Company’, ameaçada de perder os direitos de exclusividade sobre Mickey Mouse e amigos<sup>6</sup>.

Empresas agem fortemente, de forma individual ou coletiva, para alterar o ambiente legal em que se encontram, se desfavorável, ou para mantê-lo inalterado, se favorável. Da mesma forma, agem para mantê-lo restrito, se já adequadamente instalados ou para liberalizá-lo, se fora deste. Empresas são, no fim do dia, maximizadores de seu interesse próprio e, portanto, agem predominantemente de forma racional.

Não é, entretanto, pela mera ação racional que o Direito se torna uma fonte de vantagem competitiva, até porque *“investment in law reform is a two-edged sword because in many cases the law reform will benefit all companies in the industry, eliminating the opportunity for competitive advantage. Worse yet, by depleting its own*

---

<sup>6</sup> Siedel e Hapio (op. cit), citando Richard Shell, afirmam que *“the company persuaded Congress to add twenty years to the length of time that every creative work in the United States enjoys monopoly protection*

[tradução livre]

*A companhia persuadiu o Congresso a acrescentar 20 anos ao tempo que todos os trabalhos criativos nos Estados Unidos gozam da proteção monopolística.*

*resources in an effort to change public policy a firm might create a competitive disadvantage compared to free riders, who benefit from law reform<sup>7</sup>.*”

Reforma legal geralmente beneficia (ou prejudica) todas as empresas de determinado setor, não gerando benefícios a empresas específicas. Se a chave da vantagem competitiva é ser diferente dos competidores, mudanças que melhorem de forma genérica (ainda que setorial) o ambiente regulatório não geram uma vantagem competitiva aos agentes do setor (embora possam melhorar substancialmente a vida dos afetados indiretamente – consumidores ou intermediários).

Como então o Direito pode ser usado pelas empresas como uma fonte de vantagens competitivas?

### **Diferença entre estratégias legais e estratégias negociais.**

Para que se possa responder a questão que finaliza o ponto anterior, é preciso primeiro fazer a diferenciação entre estratégia (ou comportamento estratégico) legal e estratégia (ou comportamento estratégico) negocial.

Todas as empresas (mesmo as que não sabem disso) adotam algum tipo de estratégia legal. Pode ser uma estratégia de tentar impedir-se o litígio, pode ser a estratégia de prorrogar-se o litígio, podem ser empregadas auditorias; empresas podem trabalhar com a morosidade do Judiciário. Em muitos aspectos a estratégia legal deriva da cultura empresarial. Empresas que não se importam tanto com fidelização de clientes podem ser mais agressivas em suas práticas judiciais, enquanto outras que pensam em manter boa relação com o cliente devido a seu potencial como fonte de receitas futuras tendem a ser menos agressivas e mais propensas a acordos e à oferta de boas propostas de acordos.

Já quando se fala em estratégias de negociação, cultura empresarial também é relevante. Há empresas que focam em obter o menor preço possível de seus fornecedores, enquanto outras se preocupam mais com fornecimento sustentável e estruturado, e assim por diante.

---

<sup>7</sup> Siedel e Hapio, citado.

[tradução livre]

*“Investimento em reforma legal é uma espada (faca) de dois gumes porque em muitos casos reforma legal beneficiará a todas as empresas de um setor, eliminando-se a oportunidade de vantagem competitiva. Pior ainda, ao reduzir seus próprios recursos em um esforço para mudar políticas públicas, uma empresa poderia criar uma desvantagem comparativa aos free riders (aproveitadores), que beneficiam de reforma legal.”*

## **Estratégias legais e estratégias negociais: convergência.**

Parece ser consenso que estratégias legais e estratégias negociais sempre foram consideradas realidades separadas dentro da mesma empresa<sup>8</sup>, convergindo apenas quando se tratava da definição do melhor local para estabelecimento de determinada atividade empresarial, em função da existência de ambientes regulatórios diversificados em jurisdições diversas.

Alguns países ou jurisdições proporcionam ambientes mais atrativos de negócios do que outras, seja em função de menores custos de mão de obra, menor corrupção, maior facilidade de abertura de negócios e menores custos de compliance, menor burocracia, e assim por diante. A decisão estratégica de se estabelecer nestas jurisdições era tomada em conjunto com (ou mesmo em função de) análise das variáveis legais que tornavam esta jurisdição mais atrativa do que outras.

Embora ainda possa ser muito vantajoso estabelecimento de negócios em certas jurisdições, estas vantagens vem reduzindo-se gradualmente, em função de uma convergência ou harmonização legislativa da regulação dos principais aspectos que afetam as empresas, tais como leis ambientais, trabalhistas ou mesmo sobre direitos de propriedade e validade de contratos ou cláusulas contratuais.

## **Como mudanças no ordenamento podem ser usadas para gerar vantagens competitivas para as empresas?**

Em muitas culturas corporativas, as regras legais são vistas mais como um obstáculo ao exercício da atividade empresarial do que como um ambiente a ser compreendido e, na medida do possível e viável, usado a favor das empresas. Esta reticência ou animosidade contra as regras do jogo (ou, ao menos, contra regras do jogo que não sejam favoráveis à implementação de determinada cultura empresarial) beneficia empresas mais propensas a se adaptar a estas mudanças legais<sup>9</sup>, e acabam

---

<sup>8</sup> Seidel e Haapio (citado, p. 3) mencionam “*historically, legal strategy was to a large extent divorced from business strategy and focused mainly on litigation strategy and risk management.*”  
[tradução livre]

Historicamente, estratégia legal vem sendo tratada de forma dissociada de estratégia de negócios e focada exclusivamente em estratégia de contenciosos e gerenciamento de riscos.

<sup>9</sup> Seidel e Haapio, p.5: “*This (a attitude of that the law is a burden or weight) benefits firms that understand the importance of legal strategy because their use of the law will be difficult to copy.*”

prejudicando, ao menos no médio e longo prazo (porque podem existir benefícios de curto prazo na não adaptação<sup>10</sup>), empresas que não sejam adaptáveis e que não tenham uma estratégia para adequação às novas regras.

Robert Bird identificou dois tipos de variáveis relacionados ao desenvolvimento de uma estratégia legal de adaptação dentro da empresa: variáveis de atitude e variáveis de atribuição, sendo as primeiras relacionadas a pontos de vista imbuídos em indivíduos que podem influenciar decisões, interesses e valores pessoais. Variáveis de atribuição são características de uma organização, tais como, no aspecto legal, a predileção por contratações terceirizadas, se comparada com a opção de uso de recursos jurídicos internos.

É a conjunção dessas variáveis que definirá como uma empresa se adaptará a mudanças legais em seu ambiente e em como estas podem ser usadas para gerar uma vantagem competitiva para a empresa.

Além da identificação destas variáveis, Bird desenvolveu também um modelo de categorização de abordagens da empresa quanto à estratégia legal, com cinco diferentes abordagens. A primeira dessas é a chamada ‘avoidance’, isto é, estratégia de evitar ou negação. Como explicam Seidel e Haapio<sup>11</sup>, a estratégia de ‘avoidance’ é composta por “*attempts by companies to avoid legal requirements in an effort to reduce costs*”. Conforme já se mencionou, esta estratégia pode ser vantajosa, principalmente em países com menor rigor na fiscalização do cumprimento da lei e com menores punições pelo descumprimento desta.

A segunda abordagem é uma abordagem de estrito cumprimento da lei, apenas no limite do estritamente necessário. Ou seja, as companhias se restringem a observar as leis aplicáveis, sem uma preparação específica para as mudanças e sem utilizar esta observância de forma sistêmica e como um importante elemento de cultura empresarial.

---

[tradução livre]

Isto beneficia empresas que entendem a importância de estratégias legais porque o uso do Direito será difícil de copiar.

<sup>10</sup> Por exemplo, uma mudança na lei ambiental, de forma a tornar mais rigorosos os controles de emissão de poluentes. Empresas podem não se adaptar a esta mudança, na esperança de que reguladores e fiscalizadores não detectem esta mudança. Em países com sistema regulatório operante, esta decisão (de não se adaptar) poderá compensar no curto ou curtíssimo prazo, mas no médio e/ou longo prazo haverá imposição de custos de penalidade (multa, proibição de produção, obrigação de recompor/compensar o ambiente) muito superiores aos benefícios. Já em países cujo sistema de regulação e fiscalização seja menos operante, esta estratégia (de não adaptação) pode compensar por maior prazo e por um custo (de punição) menor.

<sup>11</sup> Citado, p. 7.

[tradução livre]

*“tentativas de empresas para evitar requisitos legais em um esforço para reduzir custos”*

Para Lynn Paine, estas estratégias são *'lawyer driven'* e pensadas e implementadas para *'prevent criminal misconduct'*<sup>12</sup>.

A terceira estratégia seria a estratégia preventiva, e é a partir da adoção desta estratégia que o Direito começa a ser pensado como um cipoal ou mecanismo a ser explorado para obtenção de uma posição de vantagem competitiva. Para Bird, é nesta estratégia que *"legal requirements reinforce and advance business goals"* e empresas *"utilize their legal resources to achieve a strategic result – a competitive advantage"*.<sup>13</sup> É nesta estratégia também que advogados do Departamento jurídico interno obtêm a oportunidade de mostrar seu valor para a companhia, tanto no que diz respeito à conveniência econômica de um departamento jurídico bem estruturado e integrado nas tomadas de decisões em geral das empresas quanto na obtenção de resultados<sup>14</sup>.

A quarta estratégia é chamada de *'vantagem rotulada'* (labeled advantage) e eleva o direito enquanto elemento estratégico ao mesmo patamar que outras disciplinas possuem dentro dos processos decisórios das empresas, incluindo pensar em problemas aparentes como oportunidades. Exemplos desta estratégia são a adaptação de processos relevantes estratégicos para atendimento a mudanças legais, como aproveitar mudanças na regulação ambiental para aplicação de novas práticas e técnicas que permitam uma produção mais sustentável (eventualmente, indo até mesmo além do exigido pela mudança), reposicionando os produtos e a própria imagem institucional da empresa.

---

<sup>12</sup> Citados por Seidel e Haapio, cit, p. 7.

[tradução livre]

*"orientada para os advogados"* e *"prevenir condutas criminais"*.

<sup>13</sup> Citado por Seidel e Haapio.

[tradução livre]

*"o papel mais importante de um Advogado corporativo é a habilidade de educar a administração da empresa sobre questões legais"*.

<sup>14</sup> Como disse Sterling Miller (<https://sterlingmiller2014.wordpress.com/2016/09/15/ten-things-how-to-market-the-legal-department-to-the-business/>), em seu blog sobre Consultoria de departamentos jurídicos: *"It sucks being a cost center. While a good General Counsel can argue all day long about how much value the legal department is adding to the company, at the end of the day her legal department is still a cost center to the business. And if the business only sees you as just a cost center, then you will line up with the rest of the cost centers when the budget axe comes falling or the layoff machine gets cranked up. This means all in-house lawyers should be focused on how to constantly market the department to the business. This is important because while Legal is a cost center, it is – hopefully- an extremely valuable cost center and one the business believes delivers high value to the company"*

[tradução livre]

*"É péssimo ser um centro de custo. Um bom advogado pode argumentar todo o tempo sobre quanto valor o departamento jurídico está gerando para a companhia, mas no fim do dia o departamento jurídico ainda é um centro de custo para a companhia. E se o negócio só te vê como um centro de custo, então você será colocado conjuntamente com os demais centros de custos quando o machado orçamentário vem ceifando ou quando a máquina de demissões é ligada. Isto significa que advogados internos devem focar-se constantemente em como vender o departamento jurídico para o negócio. Isto é importante porque se o departamento jurídico é um centro de custo, é – esperançosamente – um centro de custo extremamente valioso e que é percebido como gerando alto valor para a companhia."*

A quinta abordagem é transformação, “*which takes the advantage one step further by achieving sustainable competitive advantage.*”<sup>15</sup>, utilizando-se normas legais em benefício próprio. Exemplo é a empresa que, face às novas exigências ambientais aproveita a oportunidade para impor um código próprio ainda mais rigoroso, e obtém certificações de entidades independentes, aumentando assim o valor de seus produtos perante uma parcela exigente de compradores.

### **Mudanças no ordenamento, mudanças de valores: preparando a gestão das empresas.**

Para que as empresas possam usar mudanças legais (ou o próprio ordenamento, mesmo que não necessariamente modificado recentemente) é fundamental que a administração destas empresas entendam os riscos legais e o funcionamento dos principais institutos jurídicos, como a responsabilidade civil<sup>16</sup>, o direito do consumidor, as regras trabalhistas vigentes, os padrões ambientais a serem atingidos, dentre outros e, para que isto possa acontecer, já se foi dito até mesmo que “*the most important role of a corporate attorney is the ability to educate management regarding legal matters.*”<sup>17</sup>

Uma parte importante desta preparação para as mudanças legais é a existência de um plano de ação para lidar com as mudanças. Há companhias que são mais reativas do que proativas, e esta visão vê os advogados apenas como ‘pessoal de emergência’, que é trazido apenas quando o problema já existe. Exemplo desta maneira de pensar é a visão, ainda existente em algumas empresas, que o pessoal do jurídico é o pessoal que só sabe dizer não.

Um exemplo desta visão reativa é a conduta de empresas que só ouvem o departamento jurídico quando o problema já existe, como, por exemplo, quando o litígio já está instaurado. Mesmo dentre as empresas mais reativas há diferenças no que diz respeito à abordagem do problema.

---

<sup>15</sup> Siedel e Haapio, citado, p. 8.

‘que leva a vantagem um passo extra ao obter vantagem competitiva sustentável’.

<sup>16</sup> Siedel e Haapio, citado, p. 9. Afirmando: “*managers who do not have a fundamental understanding of tort law and contract law, for example, face difficulty in minimizing legal risks and taking advantage of law’s value creating opportunities.*”

[tradução livre]

“Administradores que não tem um entendimento fundamental sobre responsabilidade civil e direito dos contratos, por exemplo, encontram dificuldade em minimizar riscos legais e extrair vantagens do valor do Direito como criador de oportunidades.”

<sup>17</sup> Siedel e Haapio, p. 9, citando Siedel, *Using the Law for competitive advantage* (2002), p. 23



Ainda no exemplo do litígio, mesmo dentre as empresas que possuem uma abordagem reativa quanto aos assuntos jurídicos, há diferenças significativas de gestão e também há empresas que usam métodos de gestão de solução de problemas, o que lhes possibilita uma vantagem competitiva sobre aquelas que não utilizam tais métodos. Gestão de contencioso é um exemplo. Duas empresas do mesmo setor que possuam contencioso de massa podem ter estratégias diferentes (ou pode até mesmo ser que uma delas não possua qualquer estratégia, o que já significa uma diferença se comparado com empresa que possua alguma estratégia), e se uma dessas estratégias for mais eficiente, já existirá vantagem competitiva. Siedel e Haapio argumentam que métodos de administração de controvérsias pós-litígio (se comparados com métodos de evitar o surgimento de controvérsias) permitem uma vantagem comparativa limitada, porque podem ser facilmente copiados, mas afirmam que mesmo assim vários processos e métodos vem sendo desenvolvidos e aplicados nos anos mais recentes. Esses métodos incluem *suitability screens*, que são critérios para decidir se a empresa deve usar métodos alternativos ou não na solução do litígio, dentre outros fatores, bem como o uso de ‘árvores decisoriais’, método que *“involves first depicting the legal issues in the form of a tree, and then adding probabilities to reflect attorney’s legal analysis and values that reflect financial gains and losses. Using weighted averages and expected value of the litigation is then calculated and used as the basis for evaluating settlement offers”*.<sup>18</sup>

Uma visão proativa começa a partir do desenvolvimento de estratégias de prevenção de problemas legais futuros. Aprender a respeito de lições do passado, para modificar comportamentos e evitar a repetição dos erros do passado é chave para a efetiva aplicação da visão proativa.

### **Mudanças de paradigma e pensamento: repensando problemas jurídicos como problemas do negócio.**

Um importante ‘insight’ (percepção) sobre problemas jurídicos é que problemas jurídicos surgem não quando leis ou obrigações contratuais são violadas, mas sim

---

<sup>18</sup> Haapio e Siedel, citados, p. 10.

[tradução livre]

“envolve inicialmente descrição das questões legais na forma de uma árvore, e a partir daí adicionar probabilidades para refletir a análise legal do advogado e valores que refletem ganhos e perdas financeiras. Usando médias ponderadas e valores esperados do contencioso é então calculado e usado como base para uma análise de propostas de acordo.”

quando pessoas sentem-se prejudicadas<sup>19</sup>. Assim, para se evitar problemas jurídicos, mais importante do que pensar no que um Tribunal fará (como decidirá) para resolver determinada questão, é se prever como pessoas se comportarão.

Na Europa, a principal escola de pensamento sobre ‘direito enquanto vantagem competitiva’ é o ‘Proactive Law Movement’, formado principalmente por acadêmicos e profissionais com laços acadêmicos dos países nórdicos<sup>20</sup> originalmente se focou em aspectos comerciais como contratos, e-commerce, gerenciamento de projetos, gerenciamento de riscos e de documentos legais, ampliando seu escopo posteriormente, tendo ganhado reconhecimento de instituições públicas quando o Comitê Econômico e Social Europeu (EESC) adotou a abordagem proativa em uma opinião consultiva direcionada à implementação de legislação nos países membros.

### **O contrato e as formas e procedimentos de contratação como fonte de vantagem competitiva.**

Uma empresa vive por meio de seus contratos. Uma empresa pode viver sem nunca ter que passar por uma situação envolvendo responsabilidade civil, nunca ter que enfrentar uma questão ambiental significativa ou mesmo sem contratar um empregado, mas não pode viver sem contratar e sem contratos. Na verdade, já se definiu a empresa como um ‘nexo de contratos’ (Dentre outros, Ronald Coase – *The nature of the firm*, Michael Jensen e William Meckling - *Theory of the Firm: Managerial Behavior, Agency Costs and Ownership Structure*, Masahiko Aoki, Bo Gustafsson e Oliver E Williamson - *The firm as a nexus of treaties*), o que denota quão importante para uma organização bem sucedida é o uso correto do processo de contratação e o desenvolvimento de técnicas e estratégias adequadas de contratação<sup>21</sup>.

---

<sup>19</sup> Haapio e Siedel, citados, p. 14, mencionam que Louis Brown ‘observed that legal disputes arise because people feel aggrieved, not because someone has violated a legal right’.  
[tradução livre]

“observou que disputas jurídicas surgem porque as pessoas se sentem ofendidas, e não porque alguém violou algum direito legal”.

<sup>20</sup> Haapio e Siedel, citados, p. 13., afirmam que esta escola nórdica “is a network of researchers and practitioners from Denmark, Finland, Iceland, Norway and Sweden, each of whom has an interest in Proactive Law”

<sup>21</sup> Seidel e Haapio, cit. P. 20 “Contracts and contract law lie at the core of procurement and sales, and all business functions and activities – including research and development, finance accounting, strategy, human resources, information technology, operations management, research and development, outsourcing, and networking – depend on the success of the contracting process.”  
[tradução livre]

Siedel e Haapio mencionam que o primeiro passo indispensável para a criação de uma boa estratégia contratual é que a administração e os setores da empresa responsáveis pela contratação tenham um bom conhecimento da lei e demais estruturas jurídicas. Eles chamam isso de *contractual literacy* ('alfabetização contratual', por falta de tradução melhor) e isto pressupõe conhecimento do que seja um contrato, quando um contrato existe (e muitas vezes não há um cabeçalho com a palavra contrato) e, além da compreensão dos expressos termos negociados pelas partes, um '*understanding of invisible terms that are implied by law*' (compreensão dos termos invisíveis que estão implícitos na lei).

O segundo passo, ou segunda etapa, é o desenvolvimento do processo interno de lidar com problemas quando o problema surge. Como fazer isso de forma a que nem todo foco se torne um incêndio de graves proporções?

O terceiro passo é desenvolver estratégias para prevenir e evitar o surgimento de futuros problemas. Esta abordagem enfatiza a importância do conhecimento adequado do direito dos contratos e o uso do contrato como uma ferramenta. Nesta situação, advogados trabalham com gestores na forma de equipe.

### **O uso do direito enquanto vantagem competitiva na perspectiva da contratação: postura oportunista x postura colaboracionista.**

O quarto passo para a criação de uma estratégia contratual satisfatória é tratar do contrato como uma oportunidade de maximização de vantagens com os parceiros externos. Larry Di Matteo<sup>22</sup> notou que dentre aquelas empresas que possuem uma estratégia contratual, existem aquelas empresas que sentam à mesa buscando obter vantagens e benefícios que importarão em minimização das vantagens contratuais da outra parte (portanto, maximizando sua utilidade, mas de forma a diminuir a utilidade da outra parte, o que resulta em uma transação ineficiente, no conceito de Pareto) e aquelas que preferem (por questões de cultura interna) obter suas vantagens em uma postura colaborativa.

---

Contratos e direito dos contratos vivem no núcleo de compras e vendas e de todas as funções e atividades de negócios – inclusive pesquisa e desenvolvimento, finanças, contabilidade, estratégia, recursos humanos, tecnologia da informação, administração de operações, terceirizações e networking – dependem todos do sucesso do processo de contratações.

<sup>22</sup> o, *Strategic Contracting: Contract Law as a Source of Competitive Advantage*, 47 AM. BUS. L.J. \_\_ (2010)., citado por Haapio e Seidel, p. 24.

Helena Haapio e George Siedel mencionam que esta postura colaborativa se justifica para aquelas empresas que adotam uma ‘visão de varanda’, isto é, uma visão ampla e geral, a partir de um ponto (metaforicamente) mais alto e que permite uma visão de conjunto, mais ampla e geral de todos os aspectos envolvidos<sup>23</sup>. Isto significa, em outras palavras, uma decisão com maior informação e maior reflexão, resultando em resultados de médio e longo prazo mais favoráveis à empresa, construindo-se assim uma cultura relacional e obtendo ganhos reputacionais, que facilitam novas interações e ajudam a construir relações de confiança com parceiros de negócios.

### **Direito enquanto vantagem competitiva e compliance empresarial: interrelações.**

Se o ‘direito enquanto vantagem competitiva’ é uma verdadeira novidade no Brasil, fatos recentes (cartel do metro de SP, casos PETROBRAS (lava-jato), Eletrobras, etc) fizeram com que preocupações de outra natureza, consistentes na instauração de uma cultura empresarial e correspondente criação de mecanismos de aplicação efetiva desta cultura, tomassem considerável vulto e importância nas organizações empresariais nacionais.

Esta cultura e mecanismos de observância das leis (e aí talvez esteja, numa simplificação, à principal diferença do compliance e do ‘direito enquanto vantagem competitiva’) tomou o nome de *compliance* podendo ser definido como “*the ability to act according to an order, set of rules or request, with external obligations and ‘internal’ controls imposed to achieve compliance with the externally imposed rules*”<sup>24</sup>.” O compliance tornou-se uma preocupação no país a partir da lei 12.683, de 2012, que

---

<sup>23</sup> Dizem eles (cit., p. 24) “*What might the balcony perspective reveal about contract law and the contracting process? In addition to increasing a firm’s knowledge about its current contracting practices and the Contractual Literacy of its managers, this question raises opportunities along two dimensions. One dimension relates to the content of business contracts and the amount of detail they require, while the other relates to the negotiation philosophy that governs business contract negotiation.*”

[tradução livre]

O que a visão de varanda revela sobre direito dos contratos e o processo de contratação? Além de aumentar o conhecimento de uma empresa sobre suas práticas contratuais atuais e a ‘alfabetização’ contratual de seus administradores, estas questões levanta oportunidades em duas dimensões. Uma relaciona-se com o conteúdo dos contratos de negócios e a quantidade de detalhes requerida, enquanto a outra se refere à filosofia negocial que governa as negociações de contratos empresariais.”

<sup>24</sup> The International Compliance Association. Website, [www.int-comp.org/faqs-compliance-regulatory-environment](http://www.int-comp.org/faqs-compliance-regulatory-environment), acesso em 20 de Agosto de 2016.

[tradução livre]

‘a habilidade de agir de acordo com um ordem, conjunto de regras ou demandas, com obrigações externas e controles internos impostos para se obter compliance (atendimento) as regras externamente impostas.’”

alterou significativamente a lei 9.613, que versa sobre a tipificação do crime de lavagem de dinheiro<sup>25</sup>.

A interrelação entre ‘direito enquanto vantagem competitiva’ e compliance é complexa, pode-se dizer que existe um grande número de intersecções entre estas, e não seria equivocado afirmar que toda empresa com a estratégia adequada para o uso de ‘direito enquanto vantagem competitiva’ tem também uma política de compliance bem estabelecida, ainda que o inverso não seja sempre verdadeiro: nem toda empresa com a política de compliance bem estabelecida usa o ‘direito enquanto vantagem competitiva’.

Obviamente, empresas que não tenham nem o uso do ‘direito enquanto vantagem competitiva’ nem uma estratégia de compliance serão sempre empresas reativas as mudanças legais, aumentando a possibilidade de que desempenham normas legais, ou as compram de uma forma mais onerosa do que seus competidores (tendo, portanto, uma desvantagem competitiva).

São também, no mais das vezes, empresas sem estratégias de prevenção de litígios e sem mecanismos adequados extrajudiciais de solução de litígios e demandas do cliente e de outros stakeholders.

## **Conclusão.**

Este artigo é o início (primeiro resultado) de uma pesquisa em andamento sobre o ‘direito enquanto fonte de vantagens competitivas’. Como tal, as conclusões não tem ainda uma natureza definitiva, tendo mais um carácter de apontamentos iniciais.

Não obstante, alguns elementos já começam a se delinear e alguns apontamentos podem ser feitos. O primeiro destes apontamentos é que empresas vêem normas jurídicas e mudanças de normas jurídicas de formas diferentes. Para algumas, são obstáculos e entraves, para outros, são oportunidades e, entre outras posições, diversas posições intermediárias.

O segundo destes apontamentos é que empresas que veem conformação do ordenamento e suas mudanças como oportunidades só chegaram a esta visão ao integrar seu setor jurídico com os diversos setores da empresa, notadamente aqueles responsáveis por relações com o governo, cumprimento de normas, cumprimento de contratos e atendimento as demandas de clientes.

---

<sup>25</sup> Em um futuro artigo, este autor pretende analisar em profundidade a interrelação entre direito enquanto vantagem competitiva e o compliance.

Em terceiro lugar, embora a ação para moldar o ordenamento a favor da empresa (tornando o ambiente mais favorável ao negócio ou negócios da companhia) mediante o exercício de práticas lícitas de manifestação de interesse (o conhecido e – no Brasil – desregulamentado, *lobbying*) seja válida, ela é insuficiente, na medida em que a mudança afetará a todas as companhias do setor (portanto, se vale para todos, não é, a priori e per se, geradora de vantagens) e na medida em que, se a companhia não estiver preparada para se beneficiar da mudança, ela poderá não ser uma vantagem e sim uma desvantagem.

Finalmente, é fundamental integrar os processos internos da empresa de forma a possibilitar a prevenção de problemas, o uso eficiente das mudanças legais e o desenvolvimento de uma estratégia de solução de problemas que se constitua uma vantagem em relação à concorrência. As formas como isso pode acontecer serão objeto de desenvolvimentos e estudos futuros, e não são abordadas neste artigo.

### **Bibliografia.**

Bird, Robert C. The final frontier of competitive advantage. Disponível para download em <http://ssrn.com/abstract=1793169> ou <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1793169>. Diversos acessos, último em 15 de setembro de 2016.

Bird, Robert C. Law as a source of competitive advantage. 20 de fevereiro de 2007. Disponível para download em <http://ssrn.com/abstract=964329> ou <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.964329>, vários acessos, último acesso em 20 de setembro de 2016.

Bird, Robert C. e Park, Stephen. Turning corporate compliance into competitive advantage. UPenn Journal of Business Law, Vol. 19, 2017, Disponível em <http://ssrn.com/abstract=2763348>, acesso em 22 de setembro de 2016.

Griffith, Sean. Corporate governance in an era of compliance. Disponível para download em <http://ssrn.com/abstract=2766661>. Diversos acessos, último em 05 de setembro de 2016.

Haapio, Helena e Hagan, Margaret D. Design patterns for contracts. Disponível para download em <http://ssrn.com/abstract=2747280>. Diversos acessos, último em 26 de setembro de 2016.

Siedel, George J. e Haapio, Helena. Using Proactive Law for competitive advantage. Ross School of Business Working paper 1148. Agosto de 2010. Disponível para download em <http://ssrn.com/abstract=1664561>, vários acessos, ultimo acesso em 25 de setembro de 2016.

Shaffer, Gregory C. *Defending interests: public-private partnerships in WTO litigation*. Washington:Brookings, 2003, 227 p

Stratopoulos, Theophanis. Emerging technology adoption and expected duration of competitive advantage. Disponível para download em <http://ssrn.com/abstract=2695858>, vários acessos, último em 30 de junho de 2016.