

UNIVERSIDADE FUMEC
FACULDADE DE CIÊNCIAS HUMANAS, SOCIAIS E DA SAÚDE – FCH

Felipe Bartolomeo Moreira

**Análise Estratégica do Direito e Governança das Empresas Familiares:
estudo efetivo de seu reposicionamento sucessório pela venda**

Belo Horizonte

2018

Felipe Bartolomeo Moreira

**Análise Estratégica do Direito e
Governança das Empresas Familiares:
estudo efetivo de seu reposicionamento sucessório pela venda**

Dissertação apresentada ao Curso de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito da Faculdade de Ciências Humanas, Sociais e da Saúde (FCH) da Universidade FUMEC, como requisito parcial para o título de mestre em Direito.

Área de Concentração: Instituições sociais, direito e democracia

Linha de Pesquisa: Autonomia privada, regulação e estratégia

Orientador: Prof. Dr. Frederico de Andrade Gabrich

Co-orientador: Prof. Dr. Sérgio Henriques Zandoná Freitas

**Belo Horizonte
2018**

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

M838a Moreira, Felipe Bartolomeo, 1978-
Análise estratégica do direito e governança das empresas familiares: estudo efetivo de seu reposicionamento sucessório pela venda / Felipe Bartolomeo Moreira - Belo Horizonte, 2018.
102 f.: il. ; 29,7 cm

Orientador: Frederico de Andrade Gabrich
Coorientador: Sérgio Henriques Zandona Freitas
Dissertação (Mestrado em Direito), Universidade FUMEC, Faculdade de Ciências Humanas, Sociais e da Saúde, Belo Horizonte, 2018.

1. Empresas familiares - Brasil. 2. Auditoria - Brasil. 3. Direito empresarial - Brasil. I. Título. II. Gabrich, Frederico de Andrade. III. Freitas, Sérgio Henriques Zandona. IV. Universidade FUMEC, Faculdade de Ciências Humanas, Sociais e da Saúde.

CDU: 347.7



UNIVERSIDADE
FUMEC

PROGRAMA DE MESTRADO EM DIREITO EM INSTITUIÇÕES SOCIAIS, DIREITO E DEMOCRACIA

AVALIAÇÃO FINAL DA DEFESA DE DISSERTAÇÃO DE
MESTRADO

BANCA EXAMINADORA:

ASSINATURAS:

Prof. Dr. Frederico de Andrade Gabrich

Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza

Prof. Dr. Rodrigo Almeida Magalhães

Prof. Dr. Sérgio Henriques Zandoná Freitas

MESTRANDO: FELIPE BARTOLOMEO MOREIRA

TÍTULO DA DISSERTAÇÃO:

**“ANÁLISE ESTRATÉGICA DO DIREITO E GOVERNANÇA DAS EMPRESAS
FAMILIARES: Estudo Efetivo de seu Reposicionamento Sucessório pela Venda”**

RESULTADO FINAL:

Aprovado

Data da Defesa: 14/12/2018

REITORIA

Av. Afonso Pena, 3880 - Cruzeiro
30130-009 - Belo Horizonte, MG
Tel. 0800 0300 200
www.fumec.br

CAMPUS

Rua Cobre, 200 - Cruzeiro
30310-190 - Belo Horizonte, MG
Tel. (31) 3228-3000
www.fumec.br

A Deus.

Aos meus amados pais Agostinho e Rosangela por todo o apoio.

À minha querida esposa por todo o amor e compreensão em minha ausência.

Aos meus professores por todo o conhecimento transmitido.

Aos meus orientadores Gabrich e Zandona pela paciência e dedicação.

Aos meus amigos pelas horas boas e difíceis.

A todos que de alguma forma fazem parte da minha vida.

AGRADECIMENTOS

A Deus antes de tudo e de todos.

Aos meus queridos pais, Agostinho e Rosangela, que me formaram como pessoa e me deram a oportunidade de crescer e me tornar quem sou hoje.

Ao meu irmão, Bernardo, que sempre me mostra que existe uma outra forma de pensar.

À minha esposa, Silvinha, que sempre me apoia e compartilha os momentos mais alegres e está ao meu lado nos momentos mais difíceis.

Ao meu filho, Francesco, razão de meu viver.

A todos meus amigos, não seria possível citar todos, mas cada um sabe da importância em minha vida.

Aos meus mestres do Colégio Logosófico, Pitágoras, Auburn High Scholl e Fumec pelos ensinamentos sempre de forma mais leve que a vida nos ensina.

Aos amigos e companheiros de turma do Mestrado que compartilharam um pouco de seus tempos me auxiliando em minha caminhada.

Aos amigos do Programa e do Núcleo de Pesquisa do Mestrado em Direito da FUMEC, docentes, discentes, colaboradores, que fazem deste programa uma experiência única.

Aos professores e amigos Sérgio Henriques Zandona Freitas e Frederico de Andrade Gabrich um especial agradecimento em razão de serem referências em minha educação e por todo o tempo dispendido me orientando.

RESUMO

As empresas familiares possuem grande importância por sua relevância em quantidade, e, percebe-se que algumas possuem tempo de existência bastante extenso enquanto outras chegam ao seu fim muitas vezes ainda na gestão da primeira geração, poucas chegando à terceira geração, por diversas razões, sendo de grande importância a verificação de como a empresa pode se perpetuar, seja na administração e propriedade da família, seja de terceiros. O intuito deste trabalho é preparar uma empresa familiar para perenizar no tempo, mesmo que para isso seja necessária sua venda, deixando de ser familiar. O tema problema deste trabalho percorre, de forma pragmática, o que deve ser feito para que uma empresa familiar seja preparada para perenizar no tempo, bem como ser vendida, tendo como marco teórico a Teoria da Análise Estratégica do Direito. A metodologia adotada consiste em descrever, interpretar e avaliar os métodos hipotético-dedutivo decorrente de pesquisas bibliográficas (livros, artigos de periódicos, revistas, teses, dissertações), de fontes normativas. Chegando-se à conclusão de que a melhor maneira de se perenizar uma empresa familiar é conhecendo-a detalhadamente, o que pode ser feito por meio de auditorias e programas de *compliance*, bem como preparar a própria família para separar o lado familiar do empresarial por meio de documentos redigidos com essa finalidade, bem como buscar evitar a ocorrência de conflitos negativos de interesses.

Palavras-chave: Análise Estratégica do Direito; Empresa Familiar; Governança; Auditoria; Compliance; Reestruturação societária; Fusões e Aquisições.

ABSTRACT

Family business are very important because of their importance in quantity, and it is perceived that some have a very long time of existence while others come to an end many times still in the management of the first generation, few reaching the third generation, for several reasons, being of great importance the verification of how the company can perpetuate itself, be in the administration and property of the family, or of third parties. The purpose of this work is to prepare a family business to remain in time, even if it is necessary to sell it, not being familiar. The problem theme of this work is a pragmatic way of looking at what must be done so that a family business can be prepared to remain in time, as well as be sold, having as theoretical framework the Theory of Strategic Analysis of Law. The methodology adopted consists of describing, interpreting and evaluating the hypothetical-deductive methods resulting from bibliographical research (books, periodicals, journals, theses, dissertations), from normative sources. Coming to the conclusion that the best way to keep a family business alive is to get to know it in detail, which can be done through audits and compliance programs, as well as prepare the family to separate the family side of the business through documents drawn up for this purpose, as well as seek to avoid the occurrence of negative conflicts of interest.

Keywords: Strategic Analysis of Law; Family business; Governance; Audit; Compliance; Corporate restructuring; Mergers and acquisitions.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	10
2 ANÁLISE ESTRATÉGICA DO DIREITO	12
2.1 O CARÁTER NORMATIVO DOS PRINCÍPIOS E O CONTEÚDO DAS NORMAS.....	12
2.2 O PRINCÍPIO DA AUTONOMIA PRIVADA.....	14
2.3 DA FINALIDADE DA ANÁLISE ESTRATÉGICA DO DIREITO.....	17
3 EMPRESA FAMILIAR	24
3.1 FAMÍLIA.....	24
3.2 EMPRESA.....	28
3.3 EMPRESA FAMILIAR E SUAS CARACTERÍSTICAS.....	35
3.3.1 Fraquezas e forças das empresas familiares.....	41
4 COMO PREPARAR JURIDICAMENTE UMA EMPRESA FAMILIAR PARA UMA FUSÃO E AQUISIÇÃO	44
4.1 ESTRUTURAS JURÍDICAS DE GESTÃO DE EMPRESAS FAMILIARES.....	44
4.1.1 Governança corporativa.....	45
4.1.2 Governança jurídica.....	47
4.1.2.1 <i>Meios alternativos ao Judiciário para resolução de conflitos</i>	49
4.1.3 Governança familiar.....	59
4.1.3.1 <i>Reunião Familiar</i>	60
4.1.3.2 <i>Assembleia Familiar</i>	61
4.1.3.3 <i>Conselho de Família</i>	62
4.1.3.4 <i>Family office</i>	65
4.1.3.5 <i>Comitês</i>	67
4.1.3.6 <i>Protocolo familiar, código de ética ou acordo familiar</i>	68
4.1.4 Profissionalização da empresa familiar como método de perenização no tempo.....	70
4.2 AUDITORIA E <i>COMPLIANCE</i>	73
4.3 REESTRUTURAÇÃO SOCIETÁRIA.....	77
4.3.1 Constituição de grupos de sociedades.....	79
4.3.1.1 <i> Holding</i>	80
4.3.2 Customização do contrato/estatuto social.....	82
4.3.3 Acordo de sócios (quotistas e/ou acionistas).....	83
4.4 FUSÕES E AQUISIÇÕES.....	87
4.4.1 Procedimentos preparatórios para uma fusão e aquisição.....	88

4.4.2 Principais problemas jurídicos que dificultam as operações de Fusão e Aquisição em empresas familiares.....	89
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	92
REFERÊNCIAS	94

1 INTRODUÇÃO

As empresas familiares possuem uma grande importância para o mercado, uma vez que grande parte dos empreendimentos se iniciam de forma familiar e evoluem com o passar do tempo, e, não obstante várias dessas empresas fechoem nos primeiros anos após sua criação, grande parte das empresas mais antigas do mundo são (ou foram) familiares.

Percebe-se que muitas empresas encerram suas atividades por não fazerem o devido planejamento. É mais provável que as empresas permaneçam no mercado atingindo o resultado útil esperado decorrente do serviço prestado. Este resultado útil pode ser atingido por meio de duas formas: com um planejamento adequado, maximizando a possibilidade de atingir a meta almejada, ou sem qualquer planejamento, atingindo a meta de forma aleatória (sorte).

Ao agir dessa forma, não é possível ter qualquer previsão de fatos que poderiam ser aguardados no futuro, de forma que os estudos elaborados nesta dissertação são importantes justamente para conferir maior segurança jurídica para a gestão da empresa familiar.

Essa segurança é importante porque normalmente os familiares possuem uma vida muito próxima e acabam por confundir questões inerentes à família com questões inerentes ao negócio.

A Análise Estratégica do Direito é o referencial teórico desta dissertação e é utilizada para auxiliar na perenização da empresa família ao apresentar um planejamento jurídico estratégico utilizando-se de meios juridicamente existentes, válidos, eficazes e estabelecidos por uma das diversas fontes do Direito.

Será verificado no curso da dissertação quais os meios adequados para se buscar a perenização da empresa, em especial ao levar em consideração o que a diferencia dos demais empreendimentos: a qualidade de ser familiar.

É importante saber disso porque as empresas familiares possuem diferenciais frente às demais empresas não familiares, o que ocorre tanto em relação às fraquezas quanto às forças.

Ao averiguar como reduzir as fraquezas e enriquecer as forças por meio de um planejamento estratégico e utilizar os meios que forem juridicamente permitidos ou, ao menos, que não sejam expressamente proibidos encontrar-se-á a forma de manter a empresa familiar mais longa.

É uma consequência lógica da perenização da empresa por meio da utilização de meios estrategicamente planejados para que ela se fortaleça e chame atenção de possíveis compradores interessados no retorno que o investimento de sua compra pode render.

Assim, será verificado quais os meios legais para preparar a operação de fusão e aquisição de uma empresa familiar, bem como quais os meios para dar maior segurança tanto para os eventuais investidores, quanto para os sócios minoritários da empresa e que também são membros da família.

O tema problema deste trabalho percorre, de forma pragmática, o que deve ser feito para que uma empresa familiar seja preparada não apenas para se perenizar no tempo, bem como para ser vendida com o máximo aproveitamento possível para as partes envolvidas, tendo como marco teórico a Teoria da Análise Estratégica do Direito.

A metodologia adotada consiste em descrever, interpretar e avaliar os métodos hipotético-dedutivo decorrente de pesquisas bibliográficas (livros, artigos de periódicos, revistas, teses, dissertações), das fontes normativas e da jurisprudência relacionada ao tema.

A presente investigação, dessa forma, insere-se na linha de pesquisa de Esfera da Autonomia Privada, regulação e estratégia, que integra a área de concentração de Instituições Sociais, Direito e Democracia, do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade FUMEC - Fundação Mineira de Educação e Cultura.

2 ANÁLISE ESTRATÉGICA DO DIREITO

O Direito mostra atualmente aos seus operadores e aos seus destinatários, em regra, o que é respaldado por normas jurídicas e o que não o é. Dentro desses limites, nem sempre existe apenas uma forma adequada de se agir e é justamente neste âmbito que o Direito deve ser pensado e utilizado de forma estratégica.

O Direito possui uma função de regular a convivência das pessoas, isso não quer dizer que deva ser utilizado apenas com a finalidade de resolver conflitos. Ele deve ser utilizado em sua plenitude, ou seja, não deve ser pensado de forma tão limitada como a litigiosa.

Muito desta forma de se pensar o Direito decorre da maneira com que é ensinado, aprendido, e por consequência aplicado. Assim, para alterar a forma de aplicação faz-se necessário reaprender o Direito.

2.1 O CARÁTER NORMATIVO DOS PRINCÍPIOS E O CONTEÚDO DAS NORMAS

A Constituição Brasileira aponta no artigo 5º, inciso II, o princípio da legalidade, que estabelece que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei” (BRASIL, 1988).

A forma de se aplicar o Direito começa pela reanálise e revisão deste conceito de legalidade, uma vez que é preciso ultrapassar um modelo limitado meramente positivista que apenas permite a aplicação por meio de um viés semântico das normas positivadas.

Ronald Dworkin contribuiu muito com essa nova forma de se interpretar o Direito por meio do pós-positivismo.

Para entender o pós-positivismo de Ronald Dworkin, faz-se necessário passar por sua teoria do Direito como integridade, permeando uma sociedade de princípios.

Nesse sentido, vale observar, que a política possui várias virtudes como a equidade (adequada distribuição do poder político), a justiça (as decisões adotadas pelos poderes políticos devem distribuir recursos e defender direitos civis para atingir uma finalidade moralmente justificável) e o devido processo legal adjetivo (procedimentos adequados para resolver de forma não arbitrária se algum cidadão infringiu alguma norma jurídica) (DWORKIN, 1999, p. 200-201).

Por outro lado, Dworkin chama a virtude da integridade política como a mais importante, e apresenta três elementos (princípios) distintos e complementares para sua validação: o legislativo (as normas devem ser criadas de forma a serem moralmente coerentes),

o judicacional (as decisões devem considerar a coerência moral das normas) e o social (comprometimento em aceitar e utilizar as normas moralmente coerentes) (DWORKIN, 1999, p. 203-204).

Ronald Dworkin aponta que quando uma sociedade é regida pelas virtudes políticas, em especial pela integridade, existe uma coerência moral, e, assim, esta sociedade estaria mais protegida contra fraudes, parcialidades, dentre outras anomalias sociais frente às sociedades nas quais não existem qualquer parâmetro virtuoso (DWORKIN, 1999, p. 228).

Realmente, é necessário que existam normas nas sociedades, mas não necessariamente estas normas devem ser positivadas. Partindo desta premissa, Ronald Dworkin apresenta norma como um gênero, que possui duas espécies: as regras e os princípios.

Dworkin não conceitua explicitamente regras, mas percebe-se que ele utiliza a ideia do positivismo como padrão de normas criadas por meio de atos de autoridades e instituições públicas decorrentes de um suporte fático para sua aplicação e as consequências jurídicas dele advindas (DWORKIN, 2002, p. 34-40).

Já os princípios, assim são conceituados por Dworkin:

Denomino “princípio” um padrão que deve ser observado, não porque vá promover ou assegurar uma situação econômica, política ou social considerada desejável, mas porque é uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade (DWORKIN, 2002, p. 36).

É necessária esta diferenciação para demonstrar que a sociedade de princípios que vive sob a virtude da integridade, precisa de algo além das regras para ter consistência, e são justamente estes princípios que completam este hiato deixado pelas regras.

Nesse aspecto, vale conferir a importância da aceitação da regência pelas normas jurídicas, incluindo-se nelas as regras e princípios, para que o Direito possa se adaptar às mudanças de uma sociedade:

A integridade também contribui para a eficiência do Direito no sentido que já assinalamos aqui. Se as pessoas aceitam que são governadas não apenas por regras explícitas, estabelecidas por decisões políticas tomadas no passado, mas por quaisquer outras regras que decorrem dos princípios que essas decisões pressupõem, então o conjunto de normas públicas reconhecidas pode expandir-se e contrair-se organicamente, à medida que as pessoas se tornem mais sofisticadas em perceber e explorar aquilo que esses princípios exigem sob novas circunstâncias, sem a necessidade de um detalhamento da legislação ou da jurisprudência de cada um dos possíveis pontos de conflito. Esse processo é menos eficiente, sem dúvida, quando as pessoas divergem, como é inevitável que às vezes aconteça, sobre quais princípios são de fato assumidos pelas regras explícitas e por outras normas de sua comunidade. Contudo, uma comunidade que aceite a integridade tem um veículo para a transformação orgânica, mesmo que este nem sempre seja totalmente eficaz, que de outra forma sem dúvida não teria (DWORKIN, 1999, p. 229).

De fato, geralmente a regra possui um texto, mas, ainda assim, é fundamental considerar que este mero texto não significa a existência de uma norma jurídica. A norma é o

que é possível se extrair do texto por meio da interpretação. Sobre este tema, vale conferir as explicações de Eros Grau:

O texto, preceito, enunciado normativo é alográfico, na medida em que não se completa no sentido nele impresso pelo legislador. A "completude" do texto somente é realizada quando o sentido por ele expressado é produzido, como nova forma de expressão, pelo intérprete. Mas o "sentido expressado pelo texto" já é algo novo, distinto do texto: é a norma. Isso significa que o texto normativo, visando a solução de conflitos ou litígios (isto é, uma decisão normativamente fundada para problemas práticos, em razão do que consubstancia dever-ser, reclama um intérprete "primeiro intérprete" que compreenda e reproduza, não para que um segundo intérprete apenas possa compreender, mas a fim de que um determinado conflito (litígio) seja decidido. Por esse motivo, a interpretação do Direito opera a mediação entre o caráter geral do texto normativo e sua aplicação particular: isto é, opera a sua inserção na vida (GRAU, 2001, p. 429).

Percebe-se, assim, que o que se extrai da lei (regra) é apenas um tipo de norma, existindo, ainda, o que se extrai dos princípios como espécie normativa. No entanto, analisando as fontes do Direito, existem ainda outras fontes que precisam ser consideradas além da lei, tais como os acordos celebrados entre as partes (contratos), os costumes, a jurisprudência, a doutrina, que não podem ser ignoradas dentro da lógica atual do sistema jurídico normativo, pluralista, democrático e aberto para as evoluções decorrentes do desenvolvimento social.

Com o reconhecimento desta extensa lista de fontes para o Direito, não existe mais motivos para limitar o "princípio da legalidade", devendo ser este renomeado para "princípio da normatividade" ou "princípio da juridicidade", segundo o qual, ninguém mais é obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa, senão em virtude de norma jurídica existente, válida, eficaz e estabelecida por uma das diversas fontes do Direito, tal como aponta Frederico Gabrich (GABRICH, 2010, p. 16).

2.2 O PRINCÍPIO DA AUTONOMIA PRIVADA

Immanuel Kant aponta em seu texto *Fundamentação da metafísica dos costumes* questões atinentes à autonomia de vontade, em especial a colocando como o princípio mais importante da moralidade, da seguinte maneira:

A autonomia da vontade é a propriedade que a vontade possui de ser lei para si mesma (independentemente da natureza dos objetos do querer). O princípio da autonomia é pois: escolher sempre de modo tal que as máximas de nossa escolha estejam compreendidas, ao mesmo tempo, como leis universais, no ato de querer. Que esta regra prática seja um imperativo, isto é, que a vontade de todo ser racional lhe esteja necessariamente ligada como a uma condição, é coisa que não pode ser demonstrada pela pura análise dos conceitos implicados na vontade, porque isso é uma proposição sintética; seria mister ultrapassar o conhecimento dos objetos e entrar numa crítica do sujeito, isto é, da razão pura prática; de fato, esta proposição sintética que prescreve apodicticamente, deve poder ser conhecida inteiramente a priori; contudo, tal tema mio pertence a esta Secção do livro. Mas que o princípio em questão da autonomia seja o único princípio da moralidade, explica-se muito bem por meio de simples

análise do conceito de moralidade. Pois, dessa maneira, verifica-se que o princípio da moralidade deve ser um imperativo categórico, e que este não prescreve nem mais nem menos do que a própria autonomia (KANT, 2007, p. 85-86).

O conteúdo da autonomia de vontade restou bastante forte por meio do liberalismo decorrente da Revolução Francesa, levando a uma ideia de que a autonomia seria uma consequência única da vontade, tornando seu conteúdo muito restrito, individual, esquecendo-se da sociedade na qual as pessoas estão inseridas. Isso porque, em algumas vezes, a vontade não é respeitada quando algumas pessoas contratam mesmo sem o querer (RODRIGUES JUNIOR, 2004, p. 120).

Orlando Gomes, Antunes Varela e Antônio Junqueira de Azevedo, citados por Otávio Luiz Rodrigues Junior, descreviam que a carga intervencionista do Estado no início do século XX, em especial pelo nazismo, fascismo e comunismo, fez com que a autonomia da vontade perdesse um pouco suas características para regular apenas as relações privadas, que buscam a finalidade humana de viver em sociedade, o que motivou a alteração do nome do princípio de Autonomia de Vontades para Autonomia Privada (RODRIGUES JUNIOR, 2004, p. 121-126).

Sobre esta alteração de autonomia de vontades para autonomia privada, César Fiuza assim se manifesta:

A autonomia privada é uma evolução da autonomia de vontade. Consiste na liberdade de as pessoas regularem, através das relações privadas, principalmente as contratuais, seus interesses, respeitados os limites legais. É o princípio que protege os indivíduos da ingerência ilegítima do Estado. [...] A autonomia privada é a esfera de liberdade em que às pessoas é dado estabelecer normas jurídicas para reger seu próprio comportamento. Os contratos são um fenômeno da autonomia privada, em que as partes se impõem normas de conduta. Difere do princípio da autonomia da vontade, em que o contratoviria de dentro para fora. Seria fenômeno exclusivamente volitivo. Na autonomia privada, o contrato não vem, exclusivamente, de dentro; não é fenômeno meramente volitivo. As pessoas não contratam apenas porque desejam. A vontade é condicionada por gadores externos, por necessidades, que dizem respeito aos motivos contratuais (FIUZA, 2015, p. 44).

Otávio Luiz Rodrigues Junior, por fim, faz uma distinção entre Autonomia Privada de Autodeterminação, sendo certo que a primeira diz respeito à sua autonomia de normatizar sua relação com terceiros, já a segunda é a forma de agir em sua individualidade, suas condutas no plano individual (RODRIGUES JUNIOR, 2004, p. 126-127).

Eros Grau faz um apontamento bastante básico para um contexto de direito contratual, mas que é bom ser reafirmado: ninguém contrata pela mera vontade de trocar declarações de vontade, mas sim porque entende estar recebendo alguma vantagem (GRAU, 2001, p. 424).

Essa reafirmação é importante porque o próprio autor, Ministro do Supremo Tribunal Federal aposentado, aponta que o Judiciário costuma interferir na vontade expressada pelas partes, confira-se:

Não posso deixar de notar que, infelizmente, nossa Jurisprudência, às vezes, se esmera em fazer ruir esse pressuposto de certeza e segurança, intervindo em contratos privados entre agentes econômicos que nada tem de hipossuficientes. A autonomia de vontade, que deveria ser a regra, é indevidamente substituída pelo entendimento que o julgador passa a ter do negócio. Passa o Judiciário, então, a ignorar o pressuposto básico da racionalidade dos agentes econômicos, arvorando-se a condição de protetor daqueles que tinham plenas condições de contratar e se obrigar em igualdade de condições (GRAU, 2001, p. 429).

César Fiuza descreve a evolução da contratualidade culminando na Teoria Perceptiva dos Contratos que aponta que as disposições constantes no acordado possuem validade não apenas porque as partes intencionaram aquela(s) posição(ões), mas sim porque as partes estão inseridas em uma sociedade e esta possui interesse em tutelar as situações objetivamente geradas decorrentes do acordado em razão das consequências econômicas e sociais, de forma que os interesses pessoais devem estar de acordo com os interesses da sociedade que estão inseridos (FIUZA, 2007, p. 57).

Ao falar sobre a teoria normativa do contrato, Fernando Araújo aponta que

O objectivo básico de uma teoria <<normativa>> do contrato é o de fixar os termos em que se aceita que o poder público regule os contratos no seu inacabamento, o inacabamento que, deixando-os expostos às contingencia futuras, podem tornar-se em veículos de frustração dos planos combinados pelas partes, ou mais formalmente dos créditos que exprimem as expectativas tuteladas sobre a consumação desses planos – fixar os termos em que o Estado pode, sem perdas graves de eficiência, ajudar a minimizar as probabilidades dessa frustração (ARAÚJO, 2007, p. 105).

Essa nova forma de interpretar o Direito é importante para lembrar que o direito societário está inserido no grande ramo privado do Direito Privado, permeado de vontades que apenas atendem, em sentido estrito, aos interesses das partes, sendo certo que existe um brocardo jurídico comumente afirmado em relações privadas, segundo o qual, “o que não é proibido, é permitido”.

Este axioma deve ser repensado nos dias atuais, pois nem sempre o que não é expressamente proibido, é permitido. O limite da permissão da autonomia privada vai, além do que for proibido, também do que for usado com o fim específico de lesar outras pessoas, mesmo que agindo dentro dos limites estritos do texto da lei. Isso é conhecido como abuso de Direito.

Frederico Gabrich descreve o abuso de Direito da seguinte forma:

Quando o sujeito age obedecendo aos limites expressos e objetivos da norma jurídica, mas, ao exercer o seu direito, não respeita a finalidade econômica e social da mesma norma, ele abusa do seu direito, e o ato praticado é antijurídico, sendo, por isso, ilícito (na concepção mais ampla do termo) (GABRICH, 2012, p. 58).

Para que as partes analisem o que é proibido, o que é permitido e o que pode, apesar de lícito, ser interpretado como ilícito na relação concreta, faz-se necessário analisar quais são as fontes do Direito e quais se aplicam à relação jurídica.

Frederico Gabrich conceitua as fontes do Direito da seguinte forma: “De fato, fonte do Direito é apenas o modo pelo qual as normas jurídicas são estabelecidas validamente no ordenamento jurídico normativo” (GABRICH, 2012, p. 43).

De fato, a sociedade altera os valores que entende merecedores de proteção, e isso ocorre com o passar do tempo em determinado território, de forma que algo que aparentemente seria normal em uma determinada época ou local, pode vir a não ser aceito em outro momento ou lugar.

Essa alteração de valores ocorre pela mutabilidade da forma de pensar das pessoas inseridas em uma comunidade, devendo ser lembrado que é justamente a forma como as pessoas pensam em um determinado tempo e espaço que faz com que os membros dessa sociedade aceitem se submeter a determinadas normas por ela mesma criada, o que não necessariamente ocorreria com membros da mesma comunidade em outro tempo ou membros de comunidades existentes no mesmo momento, mas em espaços diferentes.

Assim, pode-se dizer que, dentro da Autonomia Privada, as partes podem se autodeterminar dentro dos limites da juridicidade, ou seja, as partes podem atuar respeitando dois limites: o que for expressamente proibido e o que, mesmo permitido, no caso concreto se verifica como um abuso de Direito ou violador de valores reconhecidos na ordem jurídica como norma, por meio de princípios.

2.3 DA FINALIDADE DA ANÁLISE ESTRATÉGICA DO DIREITO

Em princípio, de acordo com a visão utilitarista, a finalidade máxima de qualquer ato praticado por qualquer pessoa é atingir a sua felicidade. Por isso, egoisticamente falando, essa pessoa tentará buscar sempre o seu bem-estar, a sua felicidade. Isso porque existem várias escolhas a serem tomadas, escolhas às vezes simples, às vezes complexas.

Nem sempre todas as opções existentes gerarão a felicidade a curto prazo, mas, como num jogo de xadrez, às vezes é possível fazer escolhas não muito agradáveis a curto prazo para um bem maior buscado a longo prazo.

A forma de fazer escolhas adequadas na análise estratégica deve ter em mente sempre o foco no objetivo final, caso contrário, o atingimento da meta será deixado ao acaso, à sorte, demonstrando que a escolha não foi estrategicamente analisada.

Qualquer pessoa pode atingir a felicidade utilizando o Direito de forma estratégica ou não, assim, é certo que se a pessoa não utilizar o Direito de forma estratégica, de forma planejada, caso o resultado final seja alcançado, provavelmente será decorrente de pura sorte, ao passo que se a pessoa utilizar o Direito de forma estratégica, de forma planejada, a chance de se alcançar o objetivo sem levar em consideração o fator sorte é maior.

Para se analisar o Direito de forma estratégica deve-se ter em mente algumas premissas:

A primeira delas é o objetivo da pessoa (natural ou jurídica) e o resultado final almejado por ela.

O resultado final, como mencionado acima, é a felicidade, o bem-estar, que deve ser entendido neste trabalho não como bem-estar social, mas sim individual, egoístico, de cada pessoa individualmente analisado.

Luciano Espósito Sewaybricker aponta que a felicidade, o bem-estar subjetivo (individual), está relacionado com “experiências prazerosas, sentimentos positivos e a percepção que um indivíduo tem em sua relação à sua vida em termos de seu estado emocional” (SEWAYBRICKER, 2012, p. 88).

Assim, o que quer que uma pessoa tenha em mente ela terá, ao menos, dois objetivos: o primeiro é aquele expresso no mundo real e o segundo é a felicidade que o primeiro lhe proporcionará.

Percebe-se que a felicidade apenas é atingida de forma subsidiária e decorrente do resultado de algo que seja feito (ou não feito), e, para que o ser humano obtenha o seu bem-estar sem depender de sorte, seu foco principal deve ser nesta ação (comissiva ou omissiva) ou resultado prático desta.

Assim, não obstante o resultado final buscado por qualquer pessoa seja imaterial, a felicidade, ela apenas pode ser alcançada por meio do resultado decorrente de uma ação ou inação no mundo físico, de forma que é justamente nesta ação ou inação que a Análise Estratégica do Direito deve focar.

A segunda é o planejamento.

No âmbito econômico, trabalha-se como são tomadas as decisões em um mundo que possui recursos escassos.

Sob esta premissa de que os recursos são escassos, as pessoas devem fazer escolhas racionais, com as informações limitadas que possuem, para atingirem os seus objetivos.

Uma forma de melhor concatenar as escolhas racionais a serem feitas é por intermédio do planejamento, que é assim conceituado por Frederico Gabrich:

Planejar é, em síntese, construir cenários possíveis, com objetivo de antever ou antecipar o futuro, para a concretização dos objetivos estabelecidos antes. Nesse sentido, o planejamento implica a elaboração de um conjunto de ações voltadas para implementação dos objetivos pré-determinados (GABRICH, 2010, p. 14).

Lembrando que o objetivo final é a felicidade, mas, ressalvada a hipótese de sorte, esta apenas pode ser alcançada com a obtenção de um resultado de uma ação ou inação, e mais, esta ação ou inação deve ser planejada, devidamente estruturada para atingir o fim buscado.

Antes de se iniciar a prática de uma ação ou inação para se buscar um resultado, devem ser construídos os cenários possíveis decorrentes de cada ato, buscando antever o que poderá ocorrer e se prevenir quanto a atos que não estejam direcionados para o fim prático a ser focado.

Caso não seja feito o planejamento prévio ao início da ação ou inação, o que se tem é um resultado decorrente de sorte.

Neste planejamento serão apontados quais as ações ou inações serão tomadas decorrentes de cada uma das hipóteses encontradas nos cenários possíveis previstos, o que pode ser entendido como planos de ação.

A elaboração do planejamento não quer dizer que um resultado será atingido, mas sim que se pode prever a probabilidade de se atingir o resultado, bem como fazer a análise se vale ou não a pena iniciar (ou seguir) com o plano, uma vez que o custo-benefício para se atingir o resultado pode não ser satisfatório, limitando a felicidade ao chegar ou ao atingir o resultado prático pretendido.

Assim, o planejamento se torna premissa essencial da Análise Estratégica do Direito, para que o fim almejado seja estudado para se verificar sua viabilidade e o melhor custo-benefício.

O terceiro é a estratégia.

A estratégia deve ser entendida como “a arte de aplicar com a máxima eficácia possível os recursos de que se dispõe, visando alcançar os objetivos definidos pelo estrategista” (GABRICH, 2010, p. 14).

Da simples estratégia decorrem dois segmentos: o pensar estratégico e o planejamento estratégico.

Frederico Gabrich faz os seguintes apontamentos sobre o pensar estratégico, em especial no âmbito do Direito:

Esse pensar estratégico pressupõe uma disposição de encarar o conhecimento científico com que se conta e as pessoas envolvidas na execução de uma atividade organizada (no Estado ou fora dele), como instrumentos necessários ao alcance dos objetivos pré-estabelecidos. Tais objetivos normalmente estão vinculados à determinação da maior felicidade possível, do maior número possível de pessoas, com

o menor custo (de tempo e de dinheiro) possível, diante das circunstâncias fáticas, jurídicas, econômicas, sociais e políticas relacionadas ao caso.

[...] o pensar estratégico requer, no plano jurídico, a necessidade de encarar o Direito como um conjunto de alternativas colocadas à disposição do jurista para a estruturação de empresas, negócios e pessoas (físicas e jurídicas, de Direito Público e de Direito Privado), de maneira a permitir que os objetivos traçados sejam alcançados com o menor custo possível, como, inclusive, é proposto pela escola da análise econômica do Direito. Nesse aspecto, inclusive, cumpre destacar que a análise estratégica do Direito utiliza vários elementos propostos pela análise econômica do Direito, mas com ela não se confunde. A análise estratégica do Direito vê no sistema normativo um conjunto de alternativas colocadas à disposição para a realização dos objetivos propostos pela pessoa, empresa, Estado ou qualquer tipo de organização pública ou privada. E essas alternativas devem ser avaliadas sob vários aspectos e cenários, antes da decisão de implementação, dentre os quais se destacam as análises políticas, culturais, sociais e, logicamente, também de custos e benefícios econômicos (GABRICH, 2010, p. 16).

O pensar estratégico no âmbito jurídico deixa já claro que o conhecimento científico adotado deve ser utilizado para permitir a realização mais eficiente possível dos objetivos propostos. Nesse sentido, deve-se considerar que o Direito possui inúmeras fontes (lei, costumes, jurisprudência, contratos, atos administrativos, doutrina), com diversas possibilidades de interpretações das normas jurídicas, a partir da análise de cada fato concreto, de cada objetivo proposto.

Com essas premissas, os operadores do Direito devem analisar todas as alternativas jurídicas colocadas à sua disposição para que seja obtida a maior felicidade possível para os destinatários da análise, por meio da realização eficiente dos seus objetivos, o que implica soluções que não permitam o surgimento de conflitos. Mas, se estes existirem, deverão ser solucionados por meios preferencialmente extrajudiciais. Nesse sentido, o conflito e o processo judicial determinado para a sua solução, são indicadores negativos de desempenho da estratégia jurídica desenvolvida.

Percebe-se, por meio das palavras proferidas por Frederico Gabrich supra descritas, que a Análise Estratégica do Direito e a Análise Econômica do Direito podem se confundir em determinados momentos, no entanto, a primeira é mais ampla, pois não se limita a parametrizar custos e benefícios econômicos, mas faz uma abrangência maior para atender a maior felicidade possível das pessoas envolvidas. Isso porque, algumas vezes, a pessoa pode ter um maior ganho de felicidade tendo um custo/benefício economicamente alto.

O pensar estratégico é, assim, a base para qualquer atuar estratégico uma vez que deve ter como foco fazer escolhas parametrizadas pelo conhecimento científico e pessoas envolvidas nas decisões, afim de se obter o objetivo buscado, com a maior eficiência possível nos âmbitos psicológicos, de tempo e econômicos.

David Menezes Lobato, Jamil Moysés Filho, Maria Cândida Sotelino Torres e Murilo Ramos Alambert Rodrigues apresentam várias escolas do Pensamento Estratégico, que foram subdivididas por suas naturezas prescritiva, descritiva e híbrida. A primeira preocupa-se em focar em como as estratégias devem ser formuladas. A segunda preocupa-se em como de fato as estratégias estão sendo tomadas e nem tanto em prescrição de estratégias ideais. Já a terceira tenta integrar o processo de formulação de estratégias entre as duas primeiras (LOBATO *et al*, 2009, p. 27-28).

Dentro da natureza prescritiva existe uma escola do planejamento estratégico que

[...] preconiza a formação da estratégia como um processo formal, que segue um conjunto específico de etapas, que devem ser observadas rigorosamente. Esses passos partem da análise da situação atual da empresa até o desenvolvimento e a exploração de um conjunto coordenado de planos, que guie a organização até o alcance de seus objetivos (LOBATO *et al*, 2009, p. 33).

David Menezes Lobato, Jamil Moysés Filho, Maria Cândida Sotelino Torres e Murilo Ramos Alambert Rodrigues (LOBATO *et al*, 2009, p. 33-35) descrevem que é necessário seguir algumas etapas para se alcançar os objetivos planejados.

Inicia-se com o estabelecimento firme de objetivos e metas, com a elaboração e quantificação dos resultados que se pretende alcançar com o decorrer do tempo.

Com vistas a estes objetivos e metas, faz-se uma auditoria do ambiente externo para criar possíveis cenários alternativos aos inicialmente previstos, bem como suas evoluções, preparando, assim, para os possíveis cenários externos que estão por vir.

Concomitantemente com a auditoria do ambiente externo, faz-se necessário auditar o ambiente interno fixando, assim, as forças e fraquezas do empreendimento. Para tanto cada área e função da organização é avaliada por meio de uma extensa decomposição com uso de checklists e tabelas.

Após as auditorias externa e interna, criam-se estratégias que tenham o maior potencial de geração de valor, devidamente mensurada em termos econômico-financeiros, que poderão ser utilizadas futuramente.

Por fim, as estratégias criadas são dissecadas para que possam ser operacionalizadas em cada área, nível e função da organização.

Para buscar máxima efetividade do planejamento estratégico, deve-se buscar que sua idealização seja cumprida, e, para tanto, deve ser criado um processo de controle e fiscalização.

Vale destacar, também, importante observação trazida por Cláudio José Müller sobre o que é planejamento estratégico:

Com o planejamento estratégico, não se pretende adivinhar o futuro, mas traçar objetivos futuros viáveis e propor ações para alcançá-los. A questão não é saber o que acontecerá amanhã, mas sim o que fazer para evitar ser surpreendido com as incertezas do amanhã (MÜLLER, 2003, p. 32).

Percebe-se, assim, que o objetivo do planejamento estratégico não é prever o futuro, mas sim, prever metas com base em ações a serem feitas e, com isso, evitar incertezas.

Apontadas as premissas da Análise Estratégica do Direito, percebe-se que este instituto consiste em analisar todos os recursos disponíveis no Direito, de forma a buscar utilizá-los para maximizar as chances de se atingir os interesses e objetivos do seu destinatário.

Para entender o que o destinatário pretende é necessário fazer adequadamente um diagnóstico (briefing). Este ato é o meio pelo qual o operador do Direito deve iniciar seu trabalho, estabelecendo as referências iniciais, os objetivos, as restrições, os recursos disponíveis, dentre outros, que são obtidas por meio de uma entrevista inicial com o destinatário do serviço jurídico estratégico. Para que o briefing seja bem feito é importante que o operador do Direito faça uma prévia pesquisa sobre o destinatário final para poder saber quais perguntas poderá fazer, buscando objetividade, produtividade e maior clareza na identificação dos objetivos e das restrições do projeto a ser apresentado (GABRICH, 2012, p. 324).

Feito o briefing, o operador do Direito já saberá o que o destinatário quer, precisa, deseja, sendo possível fazer uma auditoria jurídica para se conhecer o estado dos fatos e dos atos jurídicos que podem atingir de alguma forma o destinatário da análise, podendo esta auditoria ser feita sobre pessoa(s), empresa(s) ou negócio(s), para que o planejamento jurídico estratégico seja mais bem direcionado.

Não obstante todos estes passos a serem tomados para se evitar surpresas futuras, eventualmente podem existir problemas entre partes de negócios jurídicos que foram objeto da Análise Estratégica do Direito.

Desta mesma forma, para que a Análise Estratégica do Direito seja completa, não deve se ater a uma situação perfeita sem quaisquer problemas e deixar a cargo da sorte a resolução destes, deve apresentar meios mais adequados para soluções de eventuais conflitos e vicissitudes.

Segundo o Conselho Nacional de Justiça, os processos de conhecimento demoram em torno de 1 ano e 7 meses para serem sentenciados em primeiro grau pela justiça estadual, sem contar eventuais recursos para instâncias superiores (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2017, p. 134), da mesma forma que existem aproximadamente 63 milhões de casos pendentes (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2017, p. 71).

Muitas vezes a pessoa que julga estes processos possui domínio sobre normas jurídicas, mas não sobre outras questões específicas atinentes aos problemas dos casos que lhes são entregues para julgamento, de forma que a decisão pode não ser tão especializada e nem tão rápida, podendo gerar perdas de várias frentes para os envolvidos, seja de tempo dispendido no processo, de preocupação com possível decisão, com advogados, com o ganho que deixaria de ter se o processo já estivesse terminado.

Pode-se pensar, assim, que por meio de uma negociação, mediação ou conciliação as partes podem chegar a um consenso de forma que cada parte sabe até onde pode ceder parte do Direito que acha que possui, e a decisão encontrada pelas partes geralmente será melhor aceita e possivelmente mais rápida que a judicial.

No entanto, caso as partes não consigam chegar a uma autocomposição para o conflito existente, ainda assim, muitas vezes, especialmente em matéria de direitos patrimoniais disponíveis, é mais razoável que um árbitro julgue a demanda, do que levar o processo para o Judiciário, seja em virtude da especialidade do árbitro, do custo de tempo e o sigilo normalmente atinente às decisões arbitrais, conforme permitido pela Lei de Arbitragem (Lei nº. 9.307/1996).

De qualquer maneira, percebe-se que cabe sempre às partes, a partir da Análise Estratégica do Direito, analisar se é viável ou não prever a utilização de meios alternativos para solução de eventuais conflitos, especialmente por meio de cláusulas de arbitragem nos contratos.

Verifica-se, assim, que a Análise Estratégica do Direito é extremamente importante e deveria ser utilizada por todos os operadores do Direito com o fim de fazer com que os destinatários de seus serviços busquem maximizar sua felicidade, com a realização eficiente de seus objetivos juridicamente estruturados.

3 EMPRESA FAMILIAR

A conceituação de Empresa Familiar passa primeiramente pela análise das palavras família e empresa, para depois se estudar a união das mesmas como uma expressão e, por fim, se estudar as suas características e repercussão para o direito brasileiro.

3.1 FAMÍLIA

A família moderna como é conhecida no ocidente é decorrente da ideia de família do período romano¹, quando existia uma estrutura jurídica, econômica e religiosa fundada na autoridade do seu chefe, o patriarca, que detinha o pater famílias, podendo, inclusive, designar quem podia viver e deveria morrer (GOMES, 1978, p. 46).

Por várias vezes o que era conceito de família foi alterado no curso da história. O direito canônico teve grande influência por muito tempo, dispondo que a família apenas era legalmente constituída pelo casamento e era vedada a sua dissolução, existindo vários impedimentos, restrições e nulidades para o ato. Atualmente, no Brasil, tem-se estabelecido na doutrina e na jurisprudência um conceito bem abrangente de família, não podendo ser considerado apenas a união de um homem com uma mulher, como pode ser visto por legislações recentes como a Lei de Adoção (Lei nº 12.010/2009) que alterou o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº. 8.069/1990)².

Nesse sentido, destacam-se os seguintes entendimentos doutrinários contemporâneos acerca do conceito de família:

Frise-se que as alterações pertinentes ao direito de família demonstram e ressaltam a função social da família no direito brasileiro, a partir especialmente da proclamação da igualdade absoluta dos cônjuges e dos filhos; da disciplina concernente à guarda, manutenção e educação da prole, com atribuição de poder ao juiz para decidir sempre no interesse desta e determinar a guarda a quem revelar melhores condições de exercê-la, bem como para suspender ou destituir os pais do poder familiar, quando faltarem aos deveres a ele inerentes; do reconhecimento do direito a alimentos inclusive aos companheiros e da observância das circunstâncias socioeconômicas em que se encontrarem os interessados; da obrigação imposta a ambos os cônjuges, separados judicialmente (antes da aprovação da Emenda

¹ Compreende-se o período Romano como o iniciado com a fundação de Roma pelos irmãos Romulo e Remo (753 a.C.) até a morte do Imperador Justiniano (566 d.C.) (CASTRO, 2011, p. 78-83).

² “Art. 25 [...]

Parágrafo único. Entende-se por família extensa ou ampliada aquela que se estende para além da unidade pais e filhos ou da unidade do casal, formada por parentes próximos com os quais a criança ou adolescente convive e mantém vínculos de afinidade e afetividade” (BRASIL, 1990).

Constitucional n. 66/2010) ou divorciados, de contribuírem, na proporção de seus recursos, para a manutenção dos filhos etc. (GONÇALVES, 2017, p. 35).

Na idéia de família, o que mais importa – a cada um de seus membros, e a todos a um só tempo – é exatamente pertencer ao seu âmago, é estar naquele idealizado lugar onde é possível integrar sentimentos, esperanças e valores, permitindo, a cada um, se sentir a caminho da realização de seu projeto pessoal de felicidade. (HIRONAKA, 1999, p. 8).

A família atual está matizada em paradigma que explica sua função atual: a afetividade. Assim, enquanto houver affectio haverá família, unida por laços de liberdade e responsabilidade, e desde que consolidada na simetria, na colaboração, na comunhão de vida. (LOBO, 2008, p. 1).

No âmbito da jurisprudência, o Supremo Tribunal Federal apontou na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº. 4277/DF e na Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº. 132/RJ o reconhecimento de união homoafetiva como entidades familiares, nos seguintes termos:

1. ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL (ADPF). PERDA PARCIAL DE OBJETO. RECEBIMENTO, NA PARTE REMANESCENTE, COMO AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. UNIÃO HOMOAFETIVA E SEU RECONHECIMENTO COMO INSTITUTO JURÍDICO. CONVERGÊNCIA DE OBJETOS ENTRE AÇÕES DE NATUREZA ABSTRATA. JULGAMENTO CONJUNTO. Encampação dos fundamentos da ADPF nº 132-RJ pela ADI nº 4.277-DF, com a finalidade de conferir “interpretação conforme à Constituição” ao art. 1.723 do Código Civil. Atendimento das condições da ação.
2. PROIBIÇÃO DE DISCRIMINAÇÃO DAS PESSOAS EM RAZÃO DO SEXO, SEJA NO PLANO DA DICOTOMIA HOMEM/MULHER (GÊNERO), SEJA NO PLANO DA ORIENTAÇÃO SEXUAL DE CADA QUAL DELES. A PROIBIÇÃO DO PRECONCEITO COMO CAPÍTULO DO CONSTITUCIONALISMO FRATERNAL. HOMENAGEM AO PLURALISMO COMO VALOR SÓCIO-POLÍTICO-CULTURAL. LIBERDADE PARA DISPOR DA PRÓPRIA SEXUALIDADE, INSERIDA NA CATEGORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO INDIVÍDUO, EXPRESSÃO QUE É DA AUTONOMIA DE VONTADE. DIREITO À INTIMIDADE E À VIDA PRIVADA. CLÁUSULA PÉTREA. O sexo das pessoas, salvo disposição constitucional expressa ou implícita em sentido contrário, não se presta como fator de desigualação jurídica. Proibição de preconceito, à luz do inciso IV do art. 3º da Constituição Federal, por colidir frontalmente com o objetivo constitucional de “promover o bem de todos”. Silêncio normativo da Carta Magna a respeito do concreto uso do sexo dos indivíduos como saque da kelseniana “norma geral negativa”, segundo a qual “o que não estiver juridicamente proibido, ou obrigado, está juridicamente permitido”. Reconhecimento do direito à preferência sexual como direta emanção do princípio da “dignidade da pessoa humana”: direito a autoestima no mais elevado ponto da consciência do indivíduo. Direito à busca da felicidade. Salto normativo da proibição do preconceito para a proclamação do direito à liberdade sexual. O concreto uso da sexualidade faz parte da autonomia da vontade das pessoas naturais. Empírico uso da sexualidade nos planos da intimidade e da privacidade constitucionalmente tuteladas. Autonomia da vontade. Cláusula pétrea.

3. TRATAMENTO CONSTITUCIONAL DA INSTITUIÇÃO DA FAMÍLIA. RECONHECIMENTO DE QUE A CONSTITUIÇÃO FEDERAL NÃO EMPRESTA AO SUBSTANTIVO “FAMÍLIA” NENHUM SIGNIFICADO ORTODOXO OU DA PRÓPRIA TÉCNICA JURÍDICA. A FAMÍLIA COMO CATEGORIA SÓCIO-CULTURAL E PRINCÍPIO ESPIRITUAL. DIREITO SUBJETIVO DE CONSTITUIR FAMÍLIA. INTERPRETAÇÃO NÃO-REDUCIONISTA. O caput do art. 226 confere à família, base da sociedade, especial proteção do Estado. Ênfase constitucional à instituição da família. Família em seu coloquial ou proverbial significado de núcleo doméstico, pouco importando se formal ou informalmente constituída, ou se integrada por casais heteroafetivos ou por pares homoafetivos. A Constituição de 1988, ao utilizar-se da expressão “família”, não limita sua formação a casais heteroafetivos nem a formalidade cartorária, celebração civil ou liturgia religiosa. Família como instituição privada que, voluntariamente constituída entre pessoas adultas, mantém com o Estado e a sociedade civil uma necessária relação tricotômica. Núcleo familiar que é o principal locus institucional de concreção dos direitos fundamentais que a própria Constituição designa por “intimidade e vida privada” (inciso X do art. 5º). Isonomia entre casais heteroafetivos e pares homoafetivos que somente ganha plenitude de sentido se desembocar no igual direito subjetivo à formação de uma autonomizada família. Família como figura central ou continente, de que tudo o mais é conteúdo. Imperiosidade da interpretação não-reducionista do conceito de família como instituição que também se forma por vias distintas do casamento civil. Avanço da Constituição Federal de 1988 no plano dos costumes. Caminhada na direção do pluralismo como categoria sócio-político-cultural. Competência do Supremo Tribunal Federal para manter, interpretativamente, o Texto Magno na posse do seu fundamental atributo da coerência, o que passa pela eliminação de preconceito quanto à orientação sexual das pessoas.

4. UNIÃO ESTÁVEL. NORMAÇÃO CONSTITUCIONAL REFERIDA A HOMEM E MULHER, MAS APENAS PARA ESPECIAL PROTEÇÃO DESTA ÚLTIMA. FOCADO PROPÓSITO CONSTITUCIONAL DE ESTABELECEER RELAÇÕES JURÍDICAS HORIZONTAIS OU SEM HIERARQUIA ENTRE AS DUAS TIPOLOGIAS DO GÊNERO HUMANO. IDENTIDADE CONSTITUCIONAL DOS CONCEITOS DE “ENTIDADE FAMILIAR” E “FAMÍLIA”. A referência constitucional à dualidade básica homem/mulher, no §3º do seu art. 226, deve-se ao centrado intuito de não se perder a menor oportunidade para favorecer relações jurídicas horizontais ou sem hierarquia no âmbito das sociedades domésticas. Reforço normativo a um mais eficiente combate à renitência patriarcal dos costumes brasileiros. Impossibilidade de uso da letra da Constituição para ressuscitar o art. 175 da Carta de 1967/1969. Não há como fazer rolar a cabeça do art. 226 no patíbulo do seu parágrafo terceiro. Dispositivo que, ao utilizar da terminologia “entidade familiar”, não pretendeu diferenciá-la da “família”. Inexistência de hierarquia ou diferença de qualidade jurídica entre as duas formas de constituição de um novo e autonomizado núcleo doméstico. Emprego do fraseado “entidade familiar” como sinônimo perfeito de família. A Constituição não interdita a formação de família por pessoas do mesmo sexo. Consagração do juízo de que não se proíbe nada a ninguém senão em face de um direito ou de proteção de um legítimo interesse de outrem, ou de toda a sociedade, o que não se dá na hipótese sub judice. Inexistência do direito dos indivíduos heteroafetivos à sua não-equiparação jurídica com os indivíduos homoafetivos. Aplicabilidade do §2º do art. 5º da Constituição Federal, a evidenciar que outros direitos e garantias, não expressamente listados na Constituição, emergem “do regime e dos princípios por ela adotados”, verbis:

“Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

5. DIVERGÊNCIAS LATERAIS QUANTO À FUNDAMENTAÇÃO DO ACÓRDÃO. Anotação de que os Ministros Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes e Cezar Peluso convergiram no particular entendimento da impossibilidade de ortodoxo enquadramento da união homoafetiva nas espécies de família constitucionalmente estabelecidas. Sem embargo, reconheceram a união entre parceiros do mesmo sexo como uma nova forma de entidade familiar. Matéria aberta à conformação legislativa, sem prejuízo do reconhecimento da imediata auto-aplicabilidade da Constituição.

6. INTERPRETAÇÃO DO ART. 1.723 DO CÓDIGO CIVIL EM CONFORMIDADE COM A CONSTITUIÇÃO FEDERAL (TÉCNICA DA “INTERPRETAÇÃO CONFORME”). RECONHECIMENTO DA UNIÃO HOMOAFETIVA COMO FAMÍLIA. PROCEDÊNCIA DAS AÇÕES. Ante a possibilidade de interpretação em sentido preconceituoso ou discriminatório do art. 1.723 do Código Civil, não resolúvel à luz dele próprio, faz-se necessária a utilização da técnica de “interpretação conforme à Constituição”. Isso para excluir do dispositivo em causa qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como família. Reconhecimento que é de ser feito segundo as mesmas regras e com as mesmas consequências da união estável heteroafetiva (BRASIL,2011).

No mesmo sentido, Maria Berenice Dias aponta que mais importante do que o laço biológico é o vínculo familiar afetivo e, por isso, é possível também uma família monoparental, em que apenas um dos pais forma a família com seus descendentes. Nesse sentido, segundo Dias:

a família é um grupo social fundado essencialmente nos laços de afetividade [...]. O reconhecimento dos novos tipos de família, calcados em vínculos afetivos e independentes de consanguinidade, resulta de movimentos sociais realizados por diversas categorias, como das mulheres, na luta pela igualdade de direitos, e dos casais homoafetivos, pelo reconhecimento de suas uniões fáticas, dentre outros [...] Agora o que identifica a família não é nem a celebração do casamento nem a diferença de sexo do par ou o envolvimento de caráter sexual. O elemento distintivo da família, que a coloca sob o manto da juridicidade, é a presença de um vínculo afetivo a unir as pessoas com identidade de projetos de vida e propósitos comuns, gerando comprometimento mútuo. Cada vez mais a ideia de família afasta-se da estrutura do casamento. A família de hoje já não se condiciona aos paradigmas originários: casamento, sexo e procriação (DIAS, 2009, p. 36-42).

Não obstante a mudança existente no conceito de família para o direito brasileiro, o foco deste trabalho se aterá a um conceito mais amplo, não necessariamente a uma limitação patriarcal ou que se define pelo sexo das pessoas constantes na mesma.

Assim, o conceito de família a ser adotado por este trabalho seguirá a conjunção de três fatores normalmente existentes em uma empresa reconhecida como familiar: pessoas ligadas por laços de parentesco ou sócio-afetivos; conjunto de ascendentes, descendentes, colaterais e afins de uma mesma linhagem familiar (biológica ou sócio-afetiva); pessoas do

mesmo sangue ou não, ligadas por meio de casamento, união estável, filiação, adoção, parentesco.

3.2 EMPRESA

A história do direito empresarial possui, basicamente 4 (quatro) etapas, sendo a primeira sem sistematização específica, passando pela normatização das Corporações de Ofício, depois chegando à teoria dos Atos de Comércio e, por fim, chegando à teoria da Empresa (ROCHA FILHO; ROCHA, 2017, p. 40-42).

Na primeira etapa, foram criadas as primeiras normas explicitamente mercantis, mas sem uma sistematização específica e possui data de quase 2.000 a.C com o Código do Rei Manu e Código do Rei Hamurabi.

A segunda etapa iniciou-se juntamente do crescimento econômico da Europa depois do século XI, quando passou a existir legislações territoriais próprias com uma forte influência do Direito Canônico, que condenava a prática de atividades lucrativas. Neste ambiente juridicamente hostil e com forte existência comercial, os comerciantes juntaram-se em corporações que regulavam por meio de normas próprias a atuação comercial de seus integrantes, bem os julgavam por atos decorrentes de atividades ali regidas, sempre com fundamento nos usos e costumes de cada praça comercial.

A terceira etapa, pode-se dizer, que foi formalizada após a Revolução Francesa, com a tomada da Bastilha em 14 de julho de 1789, que gerou não apenas uma mudança de paradigma da forma com que as normas eram interpretadas naquela época, mas também gerou uma implicação direta no direito ocidental, em especial no brasileiro (PEREIRA, 1989, p.9-14). Isso porque Napoleão Bonaparte codificou o direito comercial por meio do Código Comercial francês de 1807, o qual apresentou a teoria dos Atos de Comércio, a qual descrevia que não importa quem exercia o comércio, mas sim os atos jurídicos que eram praticados e que definiam a norma a ser aplicada.

Por fim, a quarta etapa decorreu da necessidade de desfocar da seara objetiva voltando para quem exercia a atividade, independente de qual seja, desde que voltada para uma organização de fatores de produção e/ou distribuição de bens ou serviços. O Código Comercial Alemão de 1897 trouxe, no seu art. 343, pela primeira vez, o esboço da teoria da empresa que, posteriormente, se solidificou e consolidou no direito italiano em 1942 com a instituição do seu Código Civil por meio da unificação dos direitos civil e comercial (REQUIÃO, 2010, p. 38-39).

Não obstante esta evolução do direito comercial/empresarial ter seguido este percurso no exterior, o Brasil também seguiu cada uma dessas etapas, no entanto em seu próprio tempo.

Inicialmente, quando o Brasil ainda era colônia de Portugal, as regras aqui aplicáveis eram as mesmas de sua metrópole. Contudo, quando a família Real Portuguesa precisou se mudar para o Brasil, fugindo de uma iminente invasão francesa liderada por Napoleão Bonaparte em 1808, foi necessário adequar a realidade brasileira, que até então era uma colônia com normas restritivas e vinculadas à metrópole, para atender aos anseios da Corte com a criação de mais liberdades comerciais, como a abertura dos portos.

Logo após, em 1822, foi declarada a independência do Brasil e houve a necessidade de criar-se leis próprias, sendo certo que em 1850 o Brasil passou a adotar explicitamente a teoria dos Atos de Comércio com a promulgação do Código Comercial, regulamentado pelo Regulamento 737, que descrevia quais eram os atos tidos como os de comércio no seu artigo 19, que estabelecia o seguinte:

Art. 19. Considera-se mercancia:

§ 1º A compra e venda ou troca de efeitos moveis ou semoventes para os vender por grosso ou a retalho, na mesma especie ou manufacturados, ou para alugar o seu uso.

§ 2º As operações de cambio, banco e corretagem.

§ 3º As empresas de fabricas; de com missões; de depositos; de expedição, consignação e transporte de mercadorias; de espectaculos publicos.

§ 4.º Os seguros, fretamentos, risco, e quaesquer contratos relativos ao commercio maritimo.

§ 5.º A armação e expedição de navios (BRASIL, 1850).

Esta teoria perdurou no Brasil até o ano de 1962, quando foi promulgada a primeira lei demonstrando a alteração teórica para dar início à aplicação da Teoria da Empresa no Brasil, com o advento da já revogada Lei nº. 4.137/62, que assim dispunha em seu artigo 6º: “art. 6º Considera-se empresa toda organização de natureza civil ou mercantil destinada à, exploração por pessoa física ou jurídica de qualquer atividade com fins lucrativos” (BRASIL, 1962).

Quase 30 (trinta) anos depois, foi promulgado o Código de Defesa do Consumidor que demonstrou que a teoria da Empresa realmente deveria ser seguida no Brasil, uma vez que em seu artigo 3º descreve quem deve ser considerado como Fornecedor simplesmente apontando qualquer pessoa que exerça atividade de produção, distribuição ou prestação de serviços, nos seguintes termos:

Art. 3º Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.

§ 1º Produto é qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial.

§ 2º Serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista (BRASIL, 1990).

No entanto, apenas com a efetiva revogação de parte significativa do Código Comercial, com a promulgação do Código Civil de 2002, foi que o Brasil efetivamente deixou para trás a teoria dos Atos de Comércio, abraçando a Teoria da Empresa.

Como a Teoria da Empresa é a vigente nos dias atuais do Brasil e a Empresa Familiar possui fundamentos nela, deve-se ater o foco deste trabalho neste instituto.

É importante fazer uma distinção entre o conceito econômico e o conceito jurídico de empresa. O primeiro diz respeito aos organismos econômicos que se concretizam na organização dos fatores de produção e distribuição para atender aos interesses e exigências mercadológicas (REQUIÃO, 2010, p. 73). Rubens Requião aponta que, por mais que os juristas tenham tentado, não foi possível desenvolver um conceito jurídico próprio da empresa, desvinculado do conceito econômico, uma vez que o direito deve tutelar a atividade econômica exercida pelo empresário (REQUIÃO, 2010, p. 74-75).

José Xavier Carvalho de Mendonça aponta que a necessidade de diferenciar o conceito jurídico de empresa, do conceito econômico, é inútil pois eles se confundem seguindo o que restou difundido como a teoria unitária (MENDONÇA, 1953, p. 492).

Alberto Asquini afirma que existe diferença entre os conceitos jurídico e econômico e apresenta o conceito jurídico por meio da Teoria dos Perfis decorrente do que ele chama de fenômeno econômico poliédrico em razão dos vários perfis jurídicos existentes, não sendo possível assumir apenas um conceito (ASQUINI, 1996, p. 109).

Os perfis apresentados por Alberto Asquini são:

- a) Perfil Subjetivo: a palavra empresa identifica as pessoas como sujeitos de direitos e obrigações que exercem a atividade econômica e organizada (ASQUINI, 1996, p. 114-116).
- b) Perfil Funcional: a palavra empresa identifica a atividade econômica organizada em si, ou seja, a produção ou comercialização reiterada e profissional de bens ou serviços (ASQUINI, 1996, p. 116-118).
- c) Perfil Objetivo ou Patrimonial: a palavra empresa identifica os bens materiais e imateriais que compõem o estabelecimento comercial, ou seja, o “complexo de patrimônio organizado” destinado ao exercício das atividades empresariais (ASQUINI, 1996, p. 118-122)

- d) Perfil Corporativo ou institucional: a palavra empresa identifica a coletividade, o conjunto e organização de pessoas (empresário e colaboradores), que atuam como unidade no exercício da atividade produtiva (ASQUINI, 1996, p. 122-125).

Não obstante, segundo Eduardo Goulart Pimenta, ainda não é possível conceituar precisamente empresa nem pelo viés econômico, nem pelo jurídico, contudo, é possível entender o instituto por meio de algumas características, tais como: ser uma atividade econômica organizada para a produção ou circulação de bens ou serviços, com a finalidade de reduzir os custos de transação para o real agente econômico (PIMENTA, 2017, p.16).

Nesse sentido, vale destacar, Richard Coase descreve os custos de transação como alguns elementos de alocação de recursos, como o custo de organização, de negociação, de elaboração de contratos, sendo certo que a utilização de um empreendimento (firma) pode auxiliar a reduzir estes custos por meio de algumas técnicas (COASE, 1937, p. 390-391).

De fato, o Código Civil Brasileiro de 2002 não conceituou a empresa, deixando este encargo para os doutrinadores, apesar de descrever quem é o empresário da seguinte forma: Art. 966. Considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços (BRASIL, 2002).

Seguindo o conteúdo do que o empresário exerce, Waldo Fazzio Jr assim aponta as diretrizes básicas para descrever o que é empresa:

- a organização da atividade implica a distinção entre a empresa (a própria atividade), o empresário ou sociedade empresária (sujeito de direito) e o estabelecimento empresarial (universalidade de fato instrumental do exercício da empresa);
- a profissionalidade do exercício, ou seja, sua habitualidade e sistematização;
- a condição produtiva ou circulatória de bens e/ou serviços; e
- o intuito de lucro (FAZZIO JR., 2017, p. 9).

Nesse mesmo sentido, Gladston Mamede apresenta algumas características que toda atividade empresária deve possuir, descrevendo melhor seu conteúdo:

- Estrutura organizada: não se atenta mais para o ato (ato de comércio), mas para a estruturação de bens materiais e imateriais, organizados para a realização, com sucesso, do objeto de atuação. Esses bens se constituem a partir de um capital que se investe na empresa.
- Atividade profissional: não um ou alguns atos, mas atividade, isto é, sucessão contínua de ações para realizar o objeto professado (sua profissão, o motivo para o qual se constituiu a empresa).
- Patrimônio especificado: os bens materiais e imateriais organizados para a realização do objeto, e a atividade com eles realizada (conjunto de atos jurídicos), são específicos da empresa: faculdades e obrigações empresariais, que deverão experimentar escrituração (contabilidade) própria.

- Finalidade lucrativa: a atividade realizada com a estrutura organizada de bens e procedimentos visa à produção de riquezas apropriáveis, mais especificamente, de lucro, ou seja, de uma remuneração para o capital.
- Identidade social: quando o legislador usa a expressão considera-se empresário, remete a um aspecto comunitário da empresa, que tem uma existência socialmente reconhecida. Fala-se, por exemplo, que o Bradesco fez isso ou aquilo, deixando perceber que a comunidade compreende a empresa como um ente existente em seu meio (MAMEDE, 2016, p. 4-5).

José Xavier Mendonça de Carvalho conceitua empresa da seguinte forma:

Organização técnico-econômica que se propõe a produzir, mediante a combinação dos diversos elementos, natureza, trabalho e capital, bens ou serviços destinados à troca (venda), com a esperança de realizar lucros, correndo os riscos por conta do empresário, isto é, aquele que reúne, coordena e dirige esses elementos sob a sua responsabilidade (MENDONÇA, 1953, p. 492).

Percebe-se, pela coletânea de conceitos descritos que o conceito econômico de empresa poderia ser descrita como uma atividade que possui algumas características bem fortes, quais sejam: o profissionalismo e a organização.

Antes de apresentar uma conceituação adequada, deve-se fazer uma observação: o lucro era um dos elementos dos atos de comércio e este elemento – lucro – não foi inserido dentro do conceito de empresário descrito no artigo 966 do Código Civil Brasileiro.

Esta observação é importante porque grandes doutrinadores do direito comercial/empresarial brasileiro viveram na época em que o Brasil possuía regência dos atos de comércio, e suas obras foram apenas atualizadas por outras pessoas que mantiveram o pensamento daqueles que faleceram.

Pode parecer estranho pensar que uma empresa (do ponto de vista econômico) não tem, necessariamente, como objetivo a busca pelo lucro.

O Código Civil continha em no ato de sua promulgação apenas as associações, sociedades, e fundações constantes como pessoas jurídicas de direito privado. Sendo certo que no ano seguinte já foram incluídos neste rol as entidades religiosas e os partidos políticos.

Isso é importante mencionar porque as fundações (mesmo as de direito privado), os partidos políticos, e as entidades religiosas não possuem como finalidade o lucro, mas sim a promoção de bem-estar social, cultural e religiosa, devendo seus eventuais lucros serem reinvestidos em sua atividade.

No entanto, mesmo sociedades empresariais podem entender que a exclusiva busca pelo lucro não deva ser o principal foco. Como exemplo pode-se estudar um pouco da história da empresa Amazon, que, apesar de constantes crescimentos de venda, de faturamento, algumas vezes o seu ano encerrava com prejuízo. Isso porque o foco desta empresa não é necessariamente o lucro, mas sim a melhor prestação de serviço para o cliente por meio de

constantes melhorias em inovação, infraestrutura de entrega de bens, aumentando sua presença na vida das pessoas. Por incrível que pareça, este, que é um dos 4 (quatro) maiores empreendimentos do mundo, lucrou “apenas” US\$ 2.260.000.000,00 (dois bilhões, duzentos e sessenta milhões de dólares americanos) no período de 20 (vinte) anos compreendidos entre os anos de 1995 e 2015, o que demonstra que o lucro não é o único foco de uma empresa (YU, 2017).

É importante, ainda, para os termos desta explicação, explicar o que é lucro, o que é dividendo e o que é superávit, uma vez que uma empresa pode, ainda, ter lucro, mas não ter dividendos, ser superavitária e não ter lucro.

Tecnicamente, analisando pela Ciência Contábil, o lucro pode ter mais de um conceito, dependendo se analisado o seu conteúdo econômico ou contábil. No entanto, de forma pragmática e ainda dentro da Ciência Contábil, ainda pode-se analisar 4 tipos de lucro: Lucro bruto, lucro operacional, lucro antes do imposto de renda e lucro líquido. O Lucro Bruto é aquele atingido pelo valor das receitas de vendas abatidos os custos das mesmas. Após este momento, aplica-se a diferença entre as despesas e receitas operacionais, chegando-se ao Lucro Operacional. Após, aplica-se a diferença entre o resultado não operacional e a correção monetária do balanço, chegando-se ao Lucro Antes do Imposto de Renda. Por fim, após o abatimento do imposto de renda, chega-se ao Lucro Líquido (KASSAI, 2000, p.4).

Os Dividendos, por outro lado, são valores distribuídos aos sócios de uma empresa decorrentes de seu lucro. José Edwaldo Tavares Borba faz uma observação sobre quais são as verbas decorrentes do lucro:

A distribuição de qualquer importância aos acionistas, a título de dividendos, encontra-se condicionada à existência de lucros na sociedade, apenas podendo ter essa destinação o lucro líquido do exercício, os lucros acumulados e as reservas de lucros (exceto a reserva legal) (BORBA, 2015, p. 448-449).

Por fim, antes de falar sobre o superávit, é importante relembrar que algumas entidades podem ser consideradas empresa no sentido econômico, no entanto, são vedadas de terem lucro (como é o caso de entidades religiosas, partidos políticos etc.). No caso destas empresas, que não podem ter lucro, o excedente contábil tem o nome de superávit, contrastando com o déficit para o resultado contábil negativo, ao invés de prejuízo.

O item NBC T 10.19.1.3 das Normas Brasileiras de Contabilidade foi revogado em 2012 pelo ITG 2002, no entanto, não teve nenhuma outra norma explicativa sobre a diferença entre lucro e superávit, em especial com sua precisão, motivo pelo qual faz-se importante sua apresentação neste momento, o qual assim dispunha: “As entidades sem finalidade de lucro são aquelas em que o resultado positivo não é destinado aos detentores do patrimônio líquido e o

lucro ou prejuízo são denominados, respectivamente, de superávit ou déficit” (CONSELHO FEDERAL DE CONTABILIDADE, 2000). Atento a esta peculiaridade, Marlon Tomazette conceitua empresa como “atividade econômica organizada para a produção ou circulação de bens ou serviços para o mercado” (TOMAZETTE, 2013, p.38).

Percebe-se que a finalidade descrita pelo elemento lucro é substituído pela sua destinação. Apesar de parecer irrelevante esta diferenciação, não a é, pois, a destinação ao mercado possui duas características: a primeira é que não necessariamente o empresário lucrará e a segunda é que os bens ou serviços não devem ser destinados à satisfação de necessidades próprias.

Seguindo um pouco mais no conceito de empresa, deve-se levar em consideração que essa atividade econômica organizada para produção ou circulação de bens ou serviços para o mercado tem clara vinculação com a circulação de riquezas, e, assim, um tema atinente à economia.

Ronald Coase aponta que as firmas devem ser entendidas como entidades inerentes ao sistema econômico e que estas apenas são necessárias em razão da necessidade de redução dos custos de transação de quem exerce a atividade (COASE, 1937).

É importante esta menção econômica apresentada por Richard Coase porque ele descreve a razão da existência de um ente (firma) para exercer a empresa.

Rachel Sztajn, seguindo o ensinamento de Ronald Coase, esmiúça esta necessidade da utilização da firma pelo real agente econômico:

Diferentes técnicas são empregadas pelos agentes econômicos para exercer domínio sobre a informação e o conhecimento disseminados em ambiente social que muda rapidamente. Por isso, para superar essas dificuldades, reduzir riscos e custos inerentes à produção de bens e serviços destinados a mercados, os agentes optam por criar uma outra estrutura, destinada a facilitar o tráfico negocial, organização essa que é a empresa, estrutura hierárquica em que se procura harmonizar esses diversos interesses, ao mesmo tempo em que se diminuem custos de transação (SZTAJN, 2004, p. 72).

Feitas essas considerações, o conceito de empresa a ser observado para o presente trabalho é o econômico, como o trazido por Marlon Tomazette, e, muitas vezes este empreendimento é realizado por meio de um ente com a finalidade de diminuir os custos de transação de quem efetivamente exerce a atividade.

Uma vez que a ideia econômica é a maximização do resultado frente aos esforços envidados, percebe-se que a finalidade do empreendimento não é necessariamente lucrar ou ter prejuízo, mas sim existir e se sustentar como agente econômico no mercado.

3.3 EMPRESA FAMILIAR E SUAS CARACTERÍSTICAS

A ideia de ter um negócio gerido por membros de uma família, inclusive com a transferência da gestão para outras gerações não é uma coisa nova.

Inclusive alguns dos empreendimentos mais antigos do mundo são (ou eram até pouco tempo) familiares, como as empresas Kongo Gumi, que iniciou suas atividades no ano de 593 no Japão; o Hotel Hoshi criado no ano de 781 também no Japão, o Chateau de Goulaine, vinícola francesa criada no ano 1000; a produtora de vidro italiano Barovier & Toso, criada em 1295, dentre outras (LOPES, 2012).

Esses fatos, por si só, demonstram a importância da empresa familiar no mundo. Contudo, infelizmente, poucas empresas familiares perduram pelo tempo no Brasil. Apenas 5% (cinco por cento) das empresas familiares brasileiras chegam à quarta geração, sendo que a maior parte delas chega ao seu fim por conflitos entre os sócios (MAMEDE; MAMEDE, 2012, p. 13).

Ainda assim, as empresas familiares respondem por aproximadamente três quintos das receitas e dois terços dos empregos criados pelas empresas privadas no Brasil (TONDO, 2008, p. 34).

Mesmo após tanto tempo de coexistência com outras empresas não geridas por pessoas da mesma família, demorou-se muito para estudar especificamente as peculiaridades deste tipo de empreendimento econômico e familiar.

Como visto, o ordenamento jurídico brasileiro não possui sequer uma conceituação própria de empresa, o que é feito pela doutrina. Da mesma forma, o ordenamento legal brasileiro também não aponta o que é essa espécie de empreendimento chamada empresa familiar.

Por outro lado, a Itália entendeu por bem positivar as características da empresa familiar no artigo 230-Bis do seu Código Civil (PIMENTA; ABREU, 2014, p. 50-51), nos seguintes termos:

Art. 230-Bis – A não ser que constitua uma relação diferente, o membro da família que presta continuamente suas atividades de trabalho na família ou nos negócios da família tem o direito de se manter na mesma condição patrimonial da família e participar dos lucros da empresa familiar e dos ativos adquiridos enquanto a empresa evolui, também em relação ao aviamento, proporcionalmente à quantidade e qualidade do trabalho realizado. Decisões relativas à utilização dos lucros e ganhos, bem como aquelas relativas a gestão extraordinária, ao endereço produtivo e ao fim da empresa são adotadas por maioria, pelos membros da família que participam da própria empresa. Os membros da família que participam do negócio que não têm plena capacidade de exercício de direitos são representados na votação por seus representantes legais.

O trabalho das mulheres é considerado equivalente ao do homem.

Para os fins do disposto no primeiro parágrafo deve ser entendido como familiar o cônjuge, parentes até o terceiro grau, parentes por afinidade até o segundo; como empresa familiar, aquela em que participam o cônjuge, os parentes de terceiro grau, os parentes por afinidade do segundo grau.

O direito de participar descrito no primeiro parágrafo são intransferíveis, a menos que a transferência seja para um familiar descrito no parágrafo anterior com o consentimento de todos os participantes. A empresa pode ser liquidada em dinheiro na sua extinção, por qualquer motivo, do desempenho do trabalho, bem como no caso de venda da empresa. O pagamento pode ser feito em vários anos, determinado, por falta de acordo, pelo juiz.

No caso de sucessão hereditária ou transferência da participação da empresa, os sócios descritos no primeiro parágrafo têm o direito de preferência pela aquisição da parte cedida. O disposto no artigo 732 é aplicável na medida de sua compatibilidade.

Os comunicados familiares silenciosos no exercício da agricultura são regulados por costumes que não conflitam com as normas anteriores³ (ITÁLIA, 1942, tradução nossa).

Por sua localização no Código Civil Italiano, o art. 230-BIS tem o cunho de reger uma relação concernente ao direito de família e não ao direito empresarial propriamente dito. Ademais, as principais regras nele constantes dizem respeito à proteção patrimonial de um membro da família que trabalhe em um empreendimento familiar em face de outros membros da família, o que torna mais clara a proteção familiar e não a busca por regular uma espécie ou tipo societário ou regular uma matéria empresarial⁴.

Assim, a principal inovação desta norma é a menção de que existem empreendimentos em que membros da família fazem parte auxiliando sua prosperidade.

³ Texto original: “Art. 230-Bis – Salvo che sia configurabile un diverso rapporto, il familiare che presta in modo continuativo la sua attività di lavoro nella famiglia o nell’impresa familiare ha diritto al mantenimento secondo la condizione patrimoniale della famiglia e partecipa agli utili dell’impresa familiare ed ai beni acquistati con essi nonche’ agli incrementi della azienda, anche in ordine all’avviamento, in proporzione alla quantità e qualità del lavoro prestato. Le decisioni concernenti l’impiego degli utili e degli incrementi nonche’ quelle inerenti alla gestione straordinaria, agli indirizzi produttivi e alla cessazione dell’impresa sono adottate, a maggioranza, dai familiari che partecipano all’impresa stessa. I familiari partecipanti all’impresa che non hanno la piena capacità di agire sono rappresentati nel voto da chi esercita la potestà su di essi.

Il lavoro della donna e’ considerato equivalente a quello dell’uomo.

Ai fini della disposizione di cui al primo comma si intende come familiare il coniuge, i parenti entro il terzo grado, gli affini entro il secondo; per impresa familiare quella cui collaborano il coniuge, i parenti entro il terzo grado, gli affini entro il secondo.

Il diritto di partecipazione di cui al primo comma e’ intransferibile, salvo che il trasferimento avvenga a favore di familiari indicati nel comma precedente col consenso di tutti i partecipi. Esso puo’ essere liquidato in danaro alla cessazione, per qualsiasi causa, della prestazione del lavoro, ed altresì in caso di alienazione dell’azienda. Il pagamento puo’ avvenire in piu’ annualità, determinate, in difetto di accordo, dal giudice.

In caso di divisione ereditaria o di trasferimento dell’azienda i partecipi di cui al primo comma hanno diritto di prelazione sull’azienda. Si applica, nei limiti in cui e’ compatibile, la disposizione dell’articolo 732.

Le comunioni tacite familiari nell’esercizio dell’agricoltura sono regolate dagli usi che non contrastino con le precedenti norme” (ITALIA, 1942).

⁴ Entendimento diverso é esposado por Elena de Carvalho Gomes no estudo Entre o direito de família e o direito de empresa: a impresa familiare do código civile (GOMES, 2014, p. 107-108).

Não obstante esta positivação, que foi realizada principalmente para regular uma questão de ordem patrimonial/familiar, e não empresarial propriamente dita, tem-se que a positivação do conceito de uma empresa familiar não parece ser a melhor opção, pois com a lacuna legislativa, as fontes que passam a regê-la são basicamente as já existentes no direito empresarial (costumes, doutrina, jurisprudência etc.) e, em especial, o mercado (por meio da Lex Mercatoria), evitando-se um engessamento desnecessário, de forma que a gestão e funcionamento da empresa familiar deve ser deixada a cargo dos próprios sócios e gestores.

Contudo, mesmo inexistindo no Brasil um conceito positivado do que venha a ser uma empresa familiar, existem vários estudos, inclusive pátrios, sobre o tema.

Uma observação que deve ser feita antes de continuar o estudo sobre empresas familiares é destacar que, justamente em razão da lacuna legislativa, não existe uma espécie societária designada como “empresa familiar”, mas, como assinala Ricardo Padovani Pleti, é uma característica que pode ser inerente às sociedades, independentemente da natureza jurídica ou do tipo jurídico escolhido para estruturar estrategicamente o empreendimento familiar. Nesse sentido, segundo o mencionado autor:

Adjetivar uma empresa como familiar significa que ela tem como base estrutural o trabalho de diversas pessoas físicas ligadas por vínculo de parentesco. Entretanto, o empresário é a pessoa em nome da qual são adquiridos os direitos e assumidos os deveres necessários ao exercício do negócio (PLETI, 2014, p. 67).

Também é importante mencionar que esta adjetivação possui dois vieses: a empresa familiar e a família empresária. Nesse sentido, segundo Ricardo Padovani Pleti, a família empresária ocorre quando a família já está mais profissionalizada dentro do empreendimento, pois:

Quando um empreendimento alcança êxito, é natural que vários familiares deixem de engendrar funções técnicas intimamente ligadas à prática ou ao desenvolvimento direto do negócio e então passem a deter: a) posições de gestão (ex. diretoria ou conselho de administração) ou; b) propriedade de participações sobre capital social (sócios quotistas ou acionistas); c) as duas condições anteriores, simultaneamente.

É nesse momento que a família se torna empresária, conceito não exclusivamente jurídico. A expressão “família empresária” assume conotação técnica transdisciplinar e se aplica tanto ao Direito, como à Administração de Empresas, à Economia e até mesmo a campos do saber cujo objeto não se relaciona a bens materiais, como é o caso da Psicologia. [...]

Daí por que “família empresária” não pode ser confundida com “família dona de negócios”, pois ela não é mera detentora da propriedade dos meios de produção. Família empresária é aquela que assume a postura destinada a atender, concomitantemente, as exigências do bom desempenho dos poderes de: a) sócios acionistas ou quotistas, com os direitos e deveres a eles inerentes; b) administradores do negócio, mediante gestão eficiente dos diversos

elementos sistematicamente condicionados para realização do objeto da empresa (PLETI, 2014, p. 69/70).

De fato, não é adequado apontar apenas requisitos meramente objetivos para conceituar uma empresa familiar, em especial porque a relação existente entre os membros da família e a empresa, ou a forma com que os membros de uma família se tratam mutuamente, não pode ser estritamente objetiva, sendo necessária também uma análise subjetiva dessas relações.

Robert Donnelley aprofunda um pouco a análise dessas ligações subjetivas e apresenta uma visão um pouco mais detalhada do que ele entende ser uma empresa familiar, no seguintes termos:

Neste artigo consideraremos familiar a empresa que tenha estado ligada a uma família pelo menos durante duas gerações e com ligações familiares que exerçam influência sobre as diretrizes empresariais, os interesses e objetivos da família. Tal relação pode ser identificada quando um ou mais dos seguintes fatores estiverem presentes:

- A relação familiar é um fator, dentre outros, na determinação da sucessão administrativa.
- Esposas ou filhos do atual ou de antigos diretores estiverem assento no Conselho de Administração.
- Os valores institucionais importantes da empresa estão identificados com a família, seja por meio de publicações formais da empresa, seja através das tradições da organização.
- As ações de um membro da família exercem influência, ou pelo menos acredita-se que exerçam, sobre a reputação da empresa, independentemente de sua participação formal nos quadros administrativos da mesma.
- Os parentes sentem-se obrigados a possuir ações da empresa por razões que não são exclusivamente financeiras, particularmente quando a empresa incorra em prejuízos.
- A posição ocupada pelo membro da família na empresa influenciará sua situação familiar.
- Um membro da família deverá relacionar-se claramente com a empresa a fim de determinar sua própria vida profissional. (DONNELLEY, 1967, p. 161/162).

Realmente, é importante ver esses apontamentos trazidos por Robert Donnelley porque relativamente às empresas familiares devem ser consideradas não só as constituídas apenas por membros de uma mesma família, mas que tenham permanência no tempo, razão pela qual ele descreveu a necessidade de existir ao menos duas gerações no comando da sociedade.

Ademais, o caráter subjetivo é de suma importância, pois deve ser analisado a correlação entre a sociedade e os seus sócios, em especial aqueles responsáveis pela gestão e/ou que detenham o controle.

Giovani Zorzanelli (2011) apresenta uma síntese dos critérios definidos por vários autores que devem ser observados para que uma empresa seja tida como familiar. Alguns desses

critérios são a geração ocupante do poder (1ª geração, 2ª geração, 3ª gerações e assim por diante), a perspectiva de distribuição de poder (concentrado, parcialmente concentrado e parcialmente delegado), o grau de abertura do capital social (tradicional, híbrido ou de influência familiar), dentre outros.

José Carlos Casillas Bueno, Carmen Días Fernández e Adolfo Vásquez Sánchez também apresentam critérios para caracterização de uma empresa familiar, dentre eles: aquela em que o controle é de uma única família; a empresa na qual os membros de uma família possuem o controle legal sobre a propriedade; quando uma família possui a maioria do capital, bem como o controle de uma sociedade, mantendo membros da família na administração e sendo responsáveis pelas decisões mais importantes; a transferência da propriedade e da gestão entre gerações (BUENO; FERNÁNDEZ; SÁNCHEZ, 2007, p. 4).

Maria Eduarda Cota Mamede e Gladston Mamede ainda apresentam um conceito diferenciando o tratamento objetivo e subjetivo da empresa familiar da seguinte forma:

Há muitas maneiras pelas quais se pode compreender o que seja uma empresa familiar. O tratamento teórico mais comum é aquele que reconhece como familiar as empresas cujas quotas ou ações estejam sob o controle de uma família, podendo ser administradas por seus membros, ainda que com o auxílio de gestores profissionais. [...] Diferente desses trabalhos, na confecção deste livro recusamos qualquer critério objetivo. Optamos por uma perspectiva subjetiva, ou seja, por compreender como familiar toda empresa em que o titular ou titulares do controle societário entendem como tal. Noutras palavras, importa-nos aquilo que os sócios entendam como sendo uma empresa familiar, ainda que fuja ao que habitualmente seja compreendido como tal (MAMEDE; MAMEDE, 2012, p. 11-12).

No entanto, pode-se resumir todas essas formas de conceituar e impor critérios para definir as empresas familiares da seguinte forma:

- a) Propriedade ou controle sobre a empresa;
- b) O poder que a família exerce sobre a empresa, normalmente pelo trabalho nela desempenhado por alguns membros da família;
- c) Intenção de transferir a empresa a futuras gerações e a concretização disso na inclusão de membros dessa nova geração na própria empresa (BUENO; FERNÁNDEZ; SÁNCHEZ, 2007, p. 4-5).

Kelin E. Gersick, John A. Davis, Marion McCollom Hampton e Ivan Lansberg desenvolveram um estudo em Harvard, no qual apresentam graficamente 3 (três) círculos com algumas áreas de interseção para demonstrar quais são as pessoas que possuem ligação com uma empresa familiar:

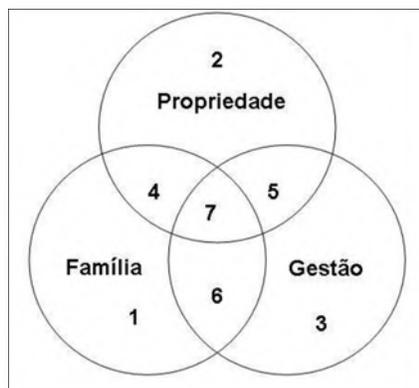


Figura 1

(GERSICK *et al*, 1997, p. 6)

Nestes círculos, Gersick *et al* destacam 7 posições para serem analisadas para se verificar se uma pessoa é ou não da família frente à empresa e a gestão da mesma:

1. A pessoa apenas é um membro da família, sem qualquer participação patrimonial ou gerencial sobre a empresa;
2. A pessoa não é membro da família, apenas tem participação (sócio) na empresa;
3. A pessoa que não é da família, nem é investidor, mas que gere a empresa;
4. Os membros da família que também são sócios, mas não atuam na empresa;
5. Os sócios que não são membros da família que trabalham na empresa;
6. Os membros da família que trabalham na empresa;
7. Membros da família que são sócios e trabalham na empresa (GERSICK *et al*, 1997, p. 6).

Matheus Bonaccorsi Fernandino ao se manifestar sobre este “modelo dos três círculos” aponta a importância de saber em qual destas 7 posições uma pessoa está para saber quais são os seus direitos e as suas obrigações frente à empresa familiar. Desta forma, os atos praticados por este indivíduo acabam sendo um pouco mais previsíveis, uma vez que devem ser compatíveis com as atribuições esperadas decorrentes da posição dentro dos três círculos, em especial porque não lhe caberia praticar atos inerentes a outra posição dos três círculos (FERNANDINO, 2013, p. 31).

É importante dizer que nada impede que uma pessoa que esteja em uma posição nesses três círculos se movimente para qualquer outra posição ou até mesmo saia do quadro.

Esses círculos possuem especial importância na análise de uma empresa familiar uma vez que é possível entender qual o papel de cada pessoa dentro da empresa ou que, em razão da relação familiar, possua um vínculo com a empresa. Por meio desta análise é possível

agir de forma estratégica com cada uma das pessoas ou grupos de pessoas, pois estes grupos possuem forças e fraquezas inerentes de suas relações com a empresa.

3.3.1 Fraquezas e forças das empresas familiares

As empresas familiares possuem algumas características inerentes à sua condição, que às vezes são consideradas fraquezas, mas em outras oportunidades forças.

José Carlos Casillas Bueno, Carmen Días Fernández e Adolfo Vásquez Sánchez apontam que as principais fraquezas das empresas familiares são:

a) A sobreposição entre família e empresa:

Algumas pessoas na empresa são, ao mesmo tempo, pai, gerente, acionista. Isso faz com que fatores passem gerar predominância nas relações das pessoas que envolvem a empresa familiar, em especial a história familiar, valores, relações interpessoais e regras de comportamento, de forma que os fatores familiares acabam por prevalecer sobre a relação empresarial, podendo levar a escolha de gestores por questões de preferência pessoal ao invés de profissional, sem contar os conflitos e tensões pessoais que acabam sendo mais frequentes e levados para a empresa, sendo potencializados quando devem ser tomadas decisões importantes como remuneração, cargos e hierarquia.

b) As dificuldades para enfrentar expansões:

Empresas familiares tendem a ser mais conservadoras, seguir modelos ao invés de inovar. Muitas das vezes este conservadorismo leva a manter a empresa no local ao invés de expandir.

c) As dificuldades para enfrentar uma renovação organizacional:

Estas características decorrem da prevalência das relações familiares frente às empresariais com alto grau de centralização de poderes, evitando que novas pessoas e novas ideias entrem no empreendimento.

d) As dificuldades para planejar antecipadamente a sucessão da propriedade e da gestão:

Quem está no poder tem dificuldade de abrir mão dele, gerando rivalidade entre as gerações.

e) A gestão do patrimônio familiar:

Muitas vezes ocorre uma confusão (mistura) patrimonial entre o que é do sócio e o que é da empresa gerando riscos desnecessários para as partes. Ocorrendo,

principalmente, distribuição de valores pela empresa para os sócios de acordo com a necessidade destes, e não com a capacidade daquela.

- f) Ineficácia dos órgãos de governança da empresa, principalmente do conselho de administração:

A governança corporativa tem uma função de estabilizar a empresa evitando que cometa erros, sendo certo que muitas vezes o detentor do poder desconsidera os órgãos que geram estas situações.

- g) Gestão inadequada:

Quando a empresa é de menor porte existe um sistema de controle menos formalizado e política de recursos humanos pouco ou não desenvolvidos inclusive com a utilização de parentes menos qualificados para os trabalhos desempenhados (BUENO; FERNÁNDEZ; SÁNCHEZ, 2007, p. 27-33).

Nada obstante, Donnelley descreve os principais problemas que geram o fim das empresas familiares:

- Conflitos entre os interesses da família e os da empresa.
- Falta de disciplina com relação à destinação dos lucros e ao desempenho nos vários setores da organização.
- Morosidade nas reações às novas condições de competição impostas pelo mercado.
- Nepotismo excessivo (DONNELLEY, 1967, p. 165).

Por outro lado, uma análise mais detida de algumas empresas familiares pode apontar forças que não podem ser desconsideradas em nenhuma análise científica acerca delas.

Dentre elas pode-se enumerar as seguintes:

- a) A dedicação e sacrifício de vida particular em prol da empresa, buscando sua continuidade:

Muitas vezes as pessoas não tiram férias por longas datas, vão às empresas nos feriados e finais de semana. Essas pessoas acabam por tornando o local de trabalho em local de lazer.

- b) Lealdade:

Normalmente as pessoas que são vinculadas a uma empresa familiar costumam ser mais leais em tempos de crises, sejam pontuais, sejam prolongadas.

- c) Respeito a valores e estratégias empresariais:

Normalmente as empresas familiares dão mais importância para seguir o que sempre acompanharam desde o início da empresa que a mera busca pelo lucro a qualquer custo.

- d) Criam e fomentam uma comunidade:

As pessoas vinculadas às empresas familiares costumam se unir gerando vínculos mais próximos, confiança, facilidade de comunicação, viabilidade de flexibilidade.

e) Melhores relações com fornecedores:

Em razão da perenidade com que as ideias são colocadas em prática, observando os valores e estratégias empresariais, gera-se uma previsibilidade que deixam os fornecedores mais à vontade para negociar e manter os negócios.

f) Maior confiança para o mercado:

Em razão da busca pela manutenção da empresa gera uma confiança maior do mercado que saberá que as pessoas com ela envolvidas darão sangue (dentro dos limites de valores e estratégias traçadas), se for necessário, para que a empresa continue existindo (TONDO, 2008, p. 27-28).

Percebe-se que em algumas situações a mesma característica pode ser considerada como força e também como fraqueza, devendo ser analisada no caso concreto como ela será utilizada na empresa familiar. Assim, a relação mais próxima das pessoas pode ser desgastada em razão do tempo ou pode ser melhor aproveitada em razão de cada pessoa saber como valer-se das qualidades e evitar os defeitos das outras pessoas (TONDO, 2008, p. 35).

Como lembra Matheus Bonaccorsi Fernandino, muitas vezes existe um claro conflito entre as regras e os princípios de direito de família e as normas de direito empresarial, como por exemplo o princípio da solidariedade familiar e igualdade de filhos do direito familiar com o princípio da livre iniciativa, livre concorrência e liberdade de contratar do direito empresarial. Por isso, para que os conflitos decorrentes dessas incongruências normativas sejam minimizados, deve ser instituído um programa de governança jurídica (FERNANDINO, 2013, p. 33-40).

Assim, seguindo a linha traçada pela análise estratégica do direito, as pessoas que possuem uma empresa devem conhecê-la, traçar os objetivos para então planejar os caminhos que devem trilhar sua busca.

4 COMO PREPARAR JURIDICAMENTE UMA EMPRESA FAMILIAR PARA UMA FUSÃO E AQUISIÇÃO

Nos capítulos anteriores foi feito um pano de fundo que servirá de base para chegar às conclusões necessárias para o objetivo deste trabalho.

Já foi apresentado o que é considerada uma empresa familiar bem como o arcabouço teórico sobre a análise estratégica do direito para saber como o direito poderá ser utilizado de forma a buscar atingir os interesses dos sócios de um empreendimento familiar ao preparar sua empresa para ser vendida.

Assim, é importante saber qual direito será aplicado no caso de vendas de empresas familiares, em especial como deixá-las aptas a serem vendidas e como esta venda poderá ocorrer.

4.1 ESTRUTURAS JURÍDICAS DE GESTÃO DE EMPRESAS FAMILIARES

As estruturas jurídicas de gestão das empresas familiares devem passar por uma governança.

De acordo com Brainard Guy Peters governança pode ser conceituada da seguinte forma:

A raiz da palavra governança vem de um vocábulo grego que significa direção. Assim, logicamente, o significado fundamental da governança é dirigir a economia e a sociedade visando objetivos coletivos. O processo de governança envolve descobrir meios de identificar metas e depois identificar os meios para alcançar essas metas (PETERS, 2013, p. 29)

Percebe-se que governança possui uma grande proximidade conceitual de governar, termo que Marco Aurélio Nogueira define como a detenção de “uma posição de força a partir da qual seja possível desempenhar uma função imediatamente associada ao poder de decidir e implementar decisões ou, ainda, de comandar e mandar nas pessoas” (NOGUEIRA, 2001, p. 99).

Ao adentrar um pouco mais sobre o tema, verifica-se que a expressão governança (*governance*) foi forjada pelo Banco Mundial para analisar a eficiência de um Estado, não apenas por seus resultados, mas também pela forma que eram obtidos (DINIZ, 1995, p. 400).

Da mesma forma, é importante apontar a diferença entre governança e governabilidade, sendo certo que, esta pode estar inserida naquela.

Eli Diniz aponta três questões inerentes à governabilidade:

1. Capacidade do governante identificar problemas e planejar seu enfrentamento;
2. Capacidade do governante em mobilizar meios e recursos necessários para executar o planejamento;
3. Capacidade do governante em liderar para tornar efetiva a execução do planejamento (DINIZ, 1995, p. 394).

Já a governança tem uma proposta mais ampla, em especial porque analisa e controla as formas pelas quais a execução é feita, considerando outros aspectos, inclusive subjetivos, como as pessoas que serão responsáveis pelo planejamento, execução e aquelas que receberão os efeitos desta execução, ou seja, todos aqueles que serão afetados pelas decisões tomadas, planejadas e executadas (SANTOS, 1997, p. 342).

A governança possui várias espécies, dentre elas e que possuem grande relação com o presente trabalho são a corporativa, a jurídica e a familiar.

4.1.1 Governança corporativa

O Instituto Brasileiro de Governança Corporativa apresenta o conceito de Governança Corporativa da seguinte forma:

Governança corporativa é o sistema pelo qual as empresas e demais organizações são dirigidas, monitoradas e incentivadas, envolvendo os relacionamentos entre sócios, conselho de administração, diretoria, órgãos de fiscalização e controle e demais partes interessadas (INSTITUTO BRASILEIRO DE GOVERNANÇA CORPORATIVA, 2015, p. 20).

Para que as empresas possam ter uma boa governança corporativa, devem seguir boas práticas decorrentes de alguns princípios, os quais são elencados pelo Instituto Brasileiro de Governança Corporativa da seguinte maneira:

Transparência

Consiste no desejo de disponibilizar para as partes interessadas as informações que sejam de seu interesse e não apenas aquelas impostas por disposições de leis ou regulamentos. Não deve restringir-se ao desempenho econômico-financeiro, contemplando também os demais fatores (inclusive intangíveis) que norteiam a ação gerencial e que conduzem à preservação e à otimização do valor da organização.

Equidade

Caracteriza-se pelo tratamento justo e isonômico de todos os sócios e demais partes interessadas (stakeholders), levando em consideração seus direitos, deveres, necessidades, interesses e expectativas.

Prestação de Contas (*accountability*)

Os agentes de governança devem prestar contas de sua atuação de modo claro, conciso, compreensível e tempestivo, assumindo integralmente as

consequências de seus atos e omissões e atuando com diligência e responsabilidade no âmbito dos seus papéis.

Responsabilidade Corporativa

Os agentes de governança devem zelar pela viabilidade econômico-financeira das organizações, reduzir as externalidades negativas de seus negócios e suas operações e aumentar as positivas, levando em consideração, no seu modelo de negócios, os diversos capitais (financeiro, manufaturado, intelectual, humano, social, ambiental, reputacional etc.) no curto, médio e longo prazos (INSTITUTO BRASILEIRO DE GOVERNANÇA CORPORATIVA, 2015, p. 20-21).

As empresas de forma geral devem possuir um bom nível de governança para que todos os *stakeholders* (partes relacionadas com a sociedade, tais como sócios, empregados, fornecedores, consumidores, investidores potenciais) se sintam confortáveis com a forma que a mesma é gerida, bem como perceber a probabilidade de estabilidade nos rumos seguidos e nas tomadas de decisões.

Como já descrito neste trabalho, as empresas familiares possuem alguns diferenciais das empresas não familiares, possuindo algumas forças e algumas fraquezas decorrentes deste atributo.

Justamente por causa destes diferenciais, a governança para estas empresas também deve ser moldada às suas especificidades, com a criação de órgãos específicos para gerir a família e ser uma barreira para que a empresa não seja prejudicada por eventuais problemas tipicamente familiares.

No entanto, é sempre importante ressaltar, que as empresas de forma geral, incluindo-se as familiares, não são obrigadas a seguir qualquer espécie de governança.

Todavia, Roberta Nioac Prado exemplifica alguns motivos que podem levar empresas de forma geral a buscar a implantação de governança corporativa:

- i) Melhora a organização entre acionistas formadores do bloco de controle e minoritários;
- ii) O incremento no processo decisório da alta gestão e nos processos internos de forma geral;
- iii) Maior capacidade de atrair e reter talentos;
- iv) Melhora nos critérios de avaliação de desempenho e política de remuneração (PRADO, 2011, p. 35).

A mesma autora aponta alguns motivos pelos quais as empresas familiares buscam implantar práticas de governança corporativa:

- i) Tornar a empresa menos dependente de pessoas físicas específicas;
- ii) Formar herdeiros e sucessores e fazê-los interagir entre si de modo a facilitar o controle compartilhado que advirá da sucessão dos sócios iniciais;
- iii) Possibilitar ou ao menos facilitar o crescimento da empresa, ampliando o leque de alternativas de financiamento junto a credores, acionistas estratégicos ou abertura de capital em Bolsa de Valores;

iv) Melhorar a imagem da empresa (PRADO, 2011, p. 34-35).

Não obstante todos estes benefícios que as empresas familiares teriam ao utilizar a governança corporativa, Roberta Nioac Prado aponta uma outra questão que possui especial importância para o presente estudo: a facilidade (teórica) de encontrar financiamento com menores custos e resguardar os interesses dos investidores (PRADO, 2011, p. 35-37), o que impacta diretamente o preço de venda da participação em uma sociedade.

Uma situação que é muito importante para uma boa Governança Corporativa de uma empresa, seja ela familiar ou não, é a existência de um Conselho de Administração ativo e independente, pois é um facilitador para o sócio ter acesso ao que está ocorrendo na gestão diária da sociedade, uma vez que este órgão é que estabelece as linhas mestras da administração, fiscaliza os executivos e toma várias decisões importantes como as vinculadas a estratégia, de investimento e de financiamento. Não obstante, a existência deste órgão é ainda mais importante para a governança corporativa de uma empresa familiar em razão das influências decorrentes de questões inerentes ao atributo familiar, como a relação entre as pessoas (DONAGGIO; SILVEIRA, 2011, p. 124-125). O conselho de administração acaba funcionando como uma espécie de diafragma entre a família e o negócio.

Para que isso ocorra, também é importante que pelo menos parte dos conselheiros deste órgão sejam independentes, ou seja, que não tenham relação pessoal com a família, o que possibilita (pelo menos teoricamente), que sejam tomadas de decisões imparciais, uma vez que o conselheiro independente geralmente está afastado do calor das emoções das relações familiares (DONAGGIO; SILVEIRA, 2011, p. 135).

4.1.2 Governança jurídica

Como visto, a Governança pode abranger vários aspectos, dentre eles a jurídica.

Matheus Bonaccorsi Fernandino conceitua governança jurídica da seguinte forma:

Quando se toma a palavra “governança” e a adjetiva com o termo “jurídica”, pode-se interpretar e concluir que a expressão Governança Jurídica significa, então, o conjunto de atos de direção, administração e regulação de natureza jurídica (na área de conhecimento do Direito) praticados pelos administradores da empresa na condução dos seus negócios. A junção dessas palavras formando a expressão Governança Jurídica se traduz pela coletividade de ações e comportamentos jurídicos (com a aplicação da técnica jurídica) adotados pelos gestores dentro da corporação para melhor se dirigir, administrar e controlar os seus próprios interesses e negócios.

Dessa maneira, a Governança Jurídica deve ser entendida como uma pluralidade de ações jurídicas ou coletividade de medidas técnicas, adotadas sempre de forma conjunta e sistemática. Para que se atinja o verdadeiro

conceito de governança, serão necessários mais de um ato ou medida isolada para se verificar que a corporação realmente esteja intencionada a se autorregular, controlar ou dirigir melhor os seus interesses e negócios com o auxílio da técnica e do conhecimento jurídicos (FERNANDINO, 2013, p. 43).

Percebe-se que as boas práticas de governança jurídica podem ser decorrentes da aplicação sistemática das normas jurídicas, bem como da adoção de instrumentos jurídicos para que as várias espécies de governanças possam ser formalizadas em uma empresa.

A Análise Estratégica do Direito permeia especialmente a governança jurídica das empresas familiares, uma vez que é justamente por meio da análise adequada e estratégica das possibilidades que o direito dá aos membros das empresas e das famílias que permite a escolha apropriada de como utilizar estas normas para atingir os fins almejados.

Os seres humanos passam as suas vidas tomando decisões diariamente, sendo certo que as decisões tomadas, ou as não tomadas, geram consequências e não há nada de errado com isso. O problema ocorre quando as decisões são tomadas na esfera empresarial e não é desenvolvido o adequado planejamento para qual decisão tomar, de forma que a consequência que for gerada será alcançada por pura sorte.

A Teoria da Análise Estratégica do Direito vem auxiliar nas tomadas de decisões para fazer com que as escolhas feitas sejam embasadas pelo Direito, após uma análise, dentre todos os meios normativos disponíveis, qual a melhor escolha, considerando os objetivos das partes envolvidas e as consequências esperadas para cada uma das estratégias jurídicas adotadas.

Nesse sentido, a Governança Jurídica e a Análise Estratégica do Direito devem seguir sempre juntas. Isso porque a Análise Estratégica do Direito possibilitará uma análise jurídica direcionada para os fins buscados pelos sócios, formando a base normativa a ser seguida pela Governança Jurídica. Por outro lado, a Governança Jurídica formalizará as formas de se seguir a estratégia delineada pelos sócios por meio da Análise Estratégica do Direito.

Deve ser dito, ainda, que a Governança Jurídica é um meio para se atingir a um fim, ou seja, é a forma pela qual os objetivos dos sócios de uma empresa poderão ser alcançados/mantidos por meio das normas existentes e utilizadas de forma estratégica.

Matheus Bonaccorsi Fernandino ainda ressalta a importância da Governança Jurídica para as empresas familiares da seguinte maneira:

A Governança Jurídica voltada para as organizações familiares significa uma coletividade de ações, providências, comportamentos e medidas jurídicas preventivas (com utilização da técnica jurídica) inseridas pela família empresária no exercício do poder de controle dentro das organizações (FERNANDINO, 2013, p. 44).

A utilização das boas práticas de Governança Jurídica em uma empresa familiar é importante porque a deixará preparada para viabilizar a sua sustentabilidade no tempo e até mesmo prepará-la para eventualmente ser vendida.

É muito importante que as empresas familiares utilizem das práticas de Governança Jurídica, pois elas se tornarão mais previsíveis em decorrência da utilização e aplicação das normas internas e externas vigentes.

Ademais, as pessoas formadoras das famílias geralmente possuem conflitos interpessoais inerentes à proximidade pessoal dos seus membros, o que pode gerar tensões que podem se tornar ainda mais elevadas com a necessidade destes membros estarem ainda mais próximos em decorrência do desenvolvimento dos negócios ligados à empresa familiar.

A Governança Jurídica pode ser um meio eficaz para minimizar os efeitos destes conflitos nas empresas, em especial se forem utilizadas as estratégias jurídicas adequadas para a mais eficiente realização dos objetivos pretendidos (como o menor custo de transação possível), bem como os meios alternativos ao Judiciário para dirimir e/ou solucionar os eventuais conflitos decorrentes de possíveis falhas das estratégias jurídicas desenvolvidas.

A importância de se buscar meios alternativos ao Judiciário para resolução de conflitos decorre da inoperância do ente estatal, como menciona César Fiuza, podendo prejudicar os próprios jurisdicionados em razão de sua formalidade, lentidão, ineficiência e custo (FIUZA, 1995, p. 36).

Uma demora de quase dois anos em média apenas para concluir a fase de conhecimento, sem contar recursos (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2017, p. 134) é bastante demorado, em especial se considerar que a pessoa que efetuará o julgamento não necessariamente é especialista na área do conflito.

Rodrigo Magalhães descreve que a celeridade destes métodos alternativos pode decorrer justamente da retirada da formalidade, reduzindo-se o prazo para manifestação das partes (MAGALHÃES, 2006, p. 84).

Assim, percebe-se que a utilização de meios alternativos ao judiciário para resolução de conflitos entre os membros da família empresária, bem como entre sócios de uma sociedade familiar possibilita uma resolução mais rápida e eficaz. Uma vez que a Análise Estratégica do Direito busca a otimização da felicidade através dos meios jurídicos disponíveis, faz-se adequada a utilização desta forma de resolução de conflitos.

4.1.2.1 Meios alternativos ao judiciário para resolução de conflito

Carlos Eduardo Vasconcelos conceitua conflito como dissenso, o que decorre de expectativas, interesses e/ou valores contrariados (VASCONCELOS, 2012, p. 19).

Davina Maria Gonçalves Cunha afirma que os conflitos são inevitáveis durante a vida das pessoas que vivem em uma comunidade, e não há nada de errado com isso, pois pode gerar um aprendizado, um crescimento, uma vez que ideias divergentes gera reflexão e a busca por resolver algo que não está bom entre essas pessoas (CUNHA, 2016, p. 84). Nesse mesmo entendimento, Carlos Eduardo Vasconcelos afirma que “o conflito, quando bem conduzido, pode resultar em mudanças positivas e novas oportunidades de ganho mútuo” (VASCONCELOS, 2012, p. 21).

A resolução de conflitos até o século III d.C. era feita diretamente pelas partes ou elas mesmas escolhiam outras pessoas para julgar suas causas. No entanto, após este período, o Estado encampou esta atribuição, de forma que todas as pretensões resistidas, todos os conflitos não resolvidos de forma pacífica entre as partes, passaram a ser resolvidas por ele (TEIXEIRA, 1996, p. 2). Rosemiro Pereira Leal afirma, inclusive, que a atividade jurisdicional surgiu da arbitragem justamente em razão desta evolução (LEAL, 2005, p. 62).

O Brasil adota a tradição jurídico romana⁵, conhecida como *civil law*, de forma que as normas positivadas têm grande importância na gerência jurídica e, em regra, decorrem do Legislativo. No entanto, as normas jurídicas também podem decorrer de atos jurídicos não contrários ao sistema normativo brasileiro.

A resolução de conflitos pode ser classificada dentro de três espécies: autotutela, autocomposição e heterocomposição (GUADELUP, 2010, s.p.).

A primeira espécie decorre da resolução do conflito entre as próprias partes de forma que uma parte impõe sua vontade à outra, que vê o seu interesse sendo sacrificado.

Na segunda espécie, a autocomposição, as partes também põem fim ao conflito entre elas próprias, no entanto, nesta modalidade, as partes chegam a um consenso, de forma que cada uma entende até que ponto pode ceder em uma negociação.

Por outro lado, na terceira espécie existe a intervenção de um terceiro julgando e pondo fim ao conflito, sendo certo que esta espécie pode ser feita de forma judicial, por meio da jurisdição, ou extrajudicial, por meio da arbitragem.

⁵ John Henry Marrymann diferencia sistema jurídico de tradição jurídica descrevendo que o primeiro é um conjunto das instituições, procedimentos e normas jurídicas de um país, enquanto a segunda é uma relação entre o sistema jurídico e a cultura de um povo, em especial como o direito deve ser criado, estudado, aperfeiçoado e ensinado (MARRYMANN, 1980, p. 13-15).

A jurisdição é o meio pelo qual o Estado, de forma imparcial, julga um litígio para pôr fim ao mesmo, ou “atividade monopolística de o Estado reconhecer o Direito” (LEAL, 2005, p.39).

Os meios alternativos de resoluções de conflitos são aqueles diversos da jurisdição, quais sejam: negociação, conciliação, mediação e arbitragem.

Carlos Eduardo Vasconcelos define a negociação como o “planejamento, a execução e o monitoramento, sem a interferência de terceiros, envolvendo pessoas, problemas e processos, na transformação ou restauração de relações, na solução de disputas ou trocas de interesses” (VASCONCELOS, 2012, p. 42).

José Francisco Cahali aponta, ainda, que existe a possibilidade e é até comum no meio empresarial as partes se fazerem representadas por negociadores em razão da especialidades e competências em determinados assuntos, bem como a boa habilidade e treinamento negocial (CAHALI, 2013, p. 39).

Davina Maria Gonçalves Cunha afirma que a negociação deve ser baseada em princípios, em especial o da cooperação, pois o objetivo não é derrotar a outra parte, mas sim a resolução do conflito existente entre ambos (CUNHA, 2016, p. 88).

A conciliação é uma forma de se buscar o fim de um conflito com o auxílio de um terceiro, imparcial, que pode sugerir concessões e/ou apresentar soluções possíveis para o caso (LENZA, 2002, p. 62). Por outro lado, a mediação também possui um terceiro imparcial que auxilia as partes a por fim ao conflito, no entanto o mediador deve se limitar a trabalhar na aproximação dos envolvidos para que estes mesmos cheguem na possível solução para o caso. O mediador não deve apresentar possíveis soluções para o caso (GUADELUP, 2010, s.p.).

Luiz Antônio Scavone Junior menciona que tanto na conciliação, quanto na mediação, o objetivo é chegar à transação (SCAVONE JUNIOR, 2014, p. 21).

Já a terceira hipótese, a Arbitragem, é conceituada por Carlos Alberto Carmona da seguinte maneira:

A arbitragem – meio alternativo de solução de controvérsias através da intervenção de uma ou mais pessoas que recebem seus poderes de uma convenção privada, decidindo com base nela, sem intervenção estatal, sendo a decisão destinada a assumir a mesma eficácia da sentença judicial – é colocada à disposição de quem quer que seja, para a solução de conflitos relativos a direitos patrimoniais acerca dos quais os litigantes possam dispor (CARMONA, 2004, p. 51).

Essa terceira espécie possui regulamentação específica por meio da Lei nº. 9.307/96, constando questões atinentes à sua validade e requisitos. Para validade da arbitragem se faz necessário obedecer aos requisitos de todos os negócios jurídicos descritos no artigo 104

do Código Civil, quais sejam: agente capaz, objeto lícito, forma prescrita ou não defesa em lei (BRASIL, 2002). Além desses requisitos gerais, também se faz necessário obedecer a requisitos específicos descritos na lei especial, especificamente que o direito a ser discutido seja patrimonial disponível (BRASIL, 1996).

Um dos principais princípios gerais do direito privado é a autonomia da vontade e, por consequência, a obediência aos pactos celebrados (*pacta sunt servanda*). Em razão destas normas, quando duas ou mais partes escolhem a arbitragem para resolver os seus conflitos decorrentes de direitos patrimoniais disponíveis, assinando para tanto uma convenção arbitral, existem algumas obrigações e direitos decorrentes deste ato.

Percebe-se como um direito inerente a esta escolha usar deste meio de resolução de conflitos, bem como obrigar que a outra parte signatária o siga, de forma que caso uma das partes proponha uma demanda no Judiciário, a outra pode requerer ao juízo para extinguir o feito sem resolução do mérito, nos termos do art. 485, inciso VI do Código de Processo Civil, de forma que se contrapõe ao dever de seguir o que foi acordado pelas partes (BRASIL, 2015).

No entanto, como o direito patrimonial disponível pode ser amplamente transacionado, as partes também podem renunciar, mesmo que tacitamente, o direito de ter sua demanda julgada por meio de árbitros desde que nenhuma das partes faça qualquer menção a esta situação ao propor a petição inicial ou na defesa, ou seja, o magistrado não poderá conhecer de ofício esta matéria, nos termos do artigo 337, inciso X e seu parágrafo 6º do Código de Processo Civil (BRASIL, 2015).

Ainda quanto à arbitragem, vale observar que existem duas espécies: a arbitragem institucional (ou administrada), por meio da qual as partes escolhem uma instituição que possui a atividade arbitral para resolução do conflito, com a utilização das regras estabelecidas por essas próprias câmaras; e a arbitragem avulsa (ou *ad hoc*), a qual as partes optam por escolher tanto quem serão os árbitros, como as regras de processamento e julgamento do litígio.

Por fim, as partes podem optar por utilizar qualquer uma das duas espécies de convenção de arbitragem descritas no artigo 3º da Lei nº. 9.307/96, quais sejam: cláusula arbitral (ou cláusula compromissória) ou compromisso arbitral (ou pacto arbitral) (BRASIL, 1996).

Em ambas as espécies as partes podem escolher se preferem utilizar a arbitragem institucional ou a avulsa, sendo certo que o que diferencia a cláusula compromissória do compromisso arbitral é o momento que se escolhe fazer a convenção, se antes ou depois de já instituído o litígio.

As cláusulas arbitrais têm o condão de prever, de forma antecipada ao conflito, que este será resolvido por aquela forma. Por outro lado, o pacto arbitral é a regulamentação de um conflito já existente.

As convenções arbitrais podem ser consideradas cheias ou vazias, e o que diferencia uma da outra é o preenchimento dos requisitos descritos no artigo 10º da Lei de Arbitragem, quais sejam:

Art. 10. Constará, obrigatoriamente, do compromisso arbitral:

I - o nome, profissão, estado civil e domicílio das partes;

II - o nome, profissão e domicílio do árbitro, ou dos árbitros, ou, se for o caso, a identificação da entidade à qual as partes delegaram a indicação de árbitros;

III - a matéria que será objeto da arbitragem; e

IV - o lugar em que será proferida a sentença arbitral. (BRASIL, 1996).

Uma convenção arbitral que não possui estes requisitos não gera a invalidade da mesma, nem mesmo obriga o litígio a ser resolvido pelo Judiciário, mas tão somente obriga às partes a se dirigirem ao Judiciário para pleitearem que estes requisitos sejam preenchidos para, depois, se dirigirem para o julgamento da demanda pela forma arbitral.

Neste momento faz-se necessário a utilização da análise estratégica do direito para entender como atender melhor à vontade das partes. Uma vez que as partes demonstraram interesse em resolver o conflito por meio da arbitragem, demonstra que buscam maior celeridade, especialidade e confidencialidade na resolução do mesmo (especialmente quando o sigilo está previsto entre as regras que serão adotadas no procedimento). No entanto, caso seja necessária a provocação do Judiciário de forma prévia para preencher os requisitos da Lei de Arbitragem, então parte dos benefícios buscados estaria sendo perdida.

Percebe-se que, estrategicamente, as convenções arbitrais devem ser sempre cheias para atender aos interesses inicialmente buscados. Também é importante frisar que as instituições especializadas em arbitragem já possuem regramento próprio de procedimentos que são aprimorados pela constância nos trabalhos prestados para melhor atender aos interesses de uma resolução de conflitos de modo adequado (objetivo, célere, sem que as partes percam direito formal para demonstrarem o seu direito material), de forma que a escolha por uma cláusula institucional pode ser a melhor escolha para a maioria dos casos. Eventualmente, as partes podem entender que determinado regramento não atende aos interesses próprios e busquem legislar o próprio regramento.

As partes envolvidas em um negócio podem ter conflitos de ideias (o que é mais comum ainda nas empresas familiares), o que é saudável para o crescimento do mesmo, como já mencionado. No entanto, não é interessante que este conflito se intensifique a ponto de gerar um litígio, pois litígios podem impactar de forma negativa a evolução da empresa

(especialmente nas familiares). O ideal seria, então, que as decisões inerentes à empresa sejam tomadas de forma pacífica.

Essa diferenciação é importante para fins de planejamento estratégico de uma empresa (especialmente a familiar), pois possibilita às partes inserirem em documentos sociais e parassociais cláusulas já prevendo a resolução de eventual conflito por meio especializado, muitas vezes de forma sigilosa e mais rápida.

Dessa forma, a análise estratégica do direito pode oferecer às partes uma possibilidade de reduzir litígios na esfera judicial, especialmente por meio das cláusulas de escalonamento das formas de resolução de conflitos, ou cláusulas escalonadas, como, por exemplo, a instituição da cláusula *neg-med-cons-arb*.

Esse tipo de cláusula obriga as partes a seguirem, necessariamente, uma ordem de metodologias para a resolução do conflito, que se inicia pela negociação, passa pela mediação e conciliação, e, caso esses métodos não sejam eficazes para o caso concreto, termina com a arbitragem, o que pode teoricamente evitar ao máximo, assim, a resolução do conflito por meio judicial.

Nesse sentido, é importante mencionar que o Instituto Brasileiro de Governança Corporativa aponta no item 1.4 de seu código das melhores práticas de governança corporativa, a seguinte recomendação:

Os conflitos entre sócios, administradores e entre estes e a organização devem, preferencialmente, ser resolvidos mediante a negociação entre as partes. Caso isso não seja possível, recomenda-se que sejam resolvidos por meio de mediação e/ou arbitragem. É recomendável a inclusão desses mecanismos no estatuto/contrato social ou em compromisso a ser firmado entre as partes (INSTITUTO BRASILEIRO DE GOVERNANÇA CORPORATIVA, 2015, p. 27).

Nada obstante, existe ainda uma prática que tem se tornado comum nos Estados Unidos, principalmente em direito de família, que pode ser adotada estrategicamente para questões empresariais, com destaque nas empresas familiares: a advocacia colaborativa.

Franco Giovanni Mattedi Maziero descreve que esta técnica foi apresentada por Stuart Webb no início dos anos 90 e, apesar de parecer um pouco com a mediação, possui regramentos e princípios próprios

Na Advocacia Colaborativa, as partes e os seus advogados assinam um Termo de Acordo Colaborativo no qual se comprometem a, de boa fé, sob os princípios da transparência e da confidencialidade, a envidarem todos os esforços possíveis na busca pela solução racional das controvérsias e, nas quais os advogados colaborativos renunciam ao direito de representar os respectivos clientes daquela situação específica caso não logrem êxito na composição (MAZIERO, 2018, p. 74).

Esta prática é bastante interessante porque os advogados, ao renunciarem ao direito de representar os clientes caso não consigam resolver o litígio de maneira extrajudicial, realmente envidarão todos os esforços para fazer com que o acordo seja alcançado. Óbvio que isso não quer dizer que os advogados devem fazer acordo a qualquer custo, mas sim que devem se propor a fazer o máximo para que a composição seja feita atendendo aos interesses de ambas as partes.

Esse procedimento de advocacia colaborativa é essencialmente baseado na boa-fé, na transparência e na correição das partes e dos seus advogados, que devem fundamentar as suas atuações profissionais na colaboração mútua, para que o fim almejado pelas partes seja atingido de forma eficiente e preferencialmente extrajudicial.

Quem escolhe a advocacia colaborativa o faz por sua livre escolha, nos termos do princípio da autonomia da vontade, de forma que se o faz, a parte deve utilizá-la em sua plenitude, não sendo cabível uma participação desinteressada nesta prática. Ou seja, a parte e seu procurador devem apresentar todos os documentos e informações possíveis para se chegar ao acordo independentemente de solicitação da contraparte, em razão dos princípios da transparência e da colaboração.

Na advocacia colaborativa, ao apresentar os documentos e informações, as partes têm a obrigação de informar eventual erro ou equívoco, evitando, assim, um dificultador na realização da prática colaborativa, em função do princípio da correição.

Não obstante os princípios da colaboração e da informação serem muito importantes, é o princípio da confidencialidade que gera a confiança de os litigantes buscarem este meio de resolução de conflitos, pois nenhuma informação ou documento disponibilizados durante a prática da Advocacia Colaborativa podem ser utilizados fora deste contexto (MAZIERO, 2018, p. 79)

De fato, a prática da advocacia colaborativa ainda é pouco difundida no Brasil, possivelmente em razão da ausência de confiança de que a contraparte iria apresentar todos os documentos e informações para sanar o conflito, ou que não irá utilizar, mesmo que de forma velada, as informações ali recebidas em um processo judicial.

No entanto, caso as partes se sintam confiantes na efetividade do método, poderão inserir esta prática após a tentativa frustrada da negociação e antes de inserir um terceiro imparcial, como ocorre na mediação, na conciliação, na arbitragem ou no uso da jurisdição estatal, uma vez que esta prática retira as barganhas típicas da negociação, mas possui um terceiro de confiança para auxiliar na composição de um acordo defendendo os seus interesses..

É certo que, sobretudo nas empresas familiares, a inclusão desses meios alternativos ao Judiciário para resolver um conflito decorrente de eventual falha da estratégia jurídica utilizada para a melhor realização de um ou de vários objetivos, pode ser acordada livremente entre as partes diretamente envolvidas em contratos parassociais, como o acordo de sócios (que será melhor detalhado posteriormente). No entanto, é cabível também a inserção desse tipo de cláusula arbitral em documentos propriamente sociais como o Contrato Social ou o Estatuto Social?

Essa dúvida existia até a promulgação da Lei nº. 13.129/2015, que alterou a Lei das Sociedades Anônimas (Lei nº. 6.404/1976), e que inseriu o artigo 136-A que assim dispõe:

Art. 136-A. A aprovação da inserção de convenção de arbitragem no estatuto social, observado o quorum do art. 136, obriga a todos os acionistas, assegurado ao acionista dissidente o direito de retirar-se da companhia mediante o reembolso do valor de suas ações, nos termos do art. 45.

§ 1º. A convenção somente terá eficácia após o decurso do prazo de 30 (trinta) dias, contado da publicação da ata da assembleia geral que a aprovou.

§ 2º. O direito de retirada previsto no caput não será aplicável:

I - caso a inclusão da convenção de arbitragem no estatuto social represente condição para que os valores mobiliários de emissão da companhia sejam admitidos à negociação em segmento de listagem de bolsa de valores ou de mercado de balcão organizado que exija dispersão acionária mínima de 25% (vinte e cinco por cento) das ações de cada espécie ou classe;

II - caso a inclusão da convenção de arbitragem seja efetuada no estatuto social de companhia aberta cujas ações sejam dotadas de liquidez e dispersão no mercado, nos termos das alíneas “a” e “b” do inciso II do art. 137 desta Lei (BRASIL, 1976).

A partir da inclusão explícita na Lei nº. 6.404/76 da possibilidade de inserir convenção de arbitragem nos estatutos sociais, a questão restou pacificada de sua aplicação nas Sociedades Anônimas.

No entanto, mesmo não fazendo menção a outras espécies de resolução alternativa ao Judiciário para resolução de conflitos e nem legislação específica para aplicação a contratos de outros tipos sociais, como as sociedades de responsabilidade limitada, este dispositivo deve ser interpretado de maneira extensiva de forma a abranger as outras espécies de formas de resoluções de conflitos menos gravosas que o Judiciário e os outros tipos sociais.

A decisão de inclusão no contrato ou no estatuto social de cláusulas escalonadas ou que imponham qualquer tipo de resolução de conflito por meio alternativo ao Judiciário deve ser debatida e votada no competente órgão deliberativo da sociedade, em especial porque esta decisão afetará a todos os seus sócios. Bernard Manin explica que a legitimação de uma decisão política, como esse tipo, apenas é legítima se respeitada a deliberação de todos e não necessariamente a vontade de todos (MANIN, 2007, p. 31).

A regra geral dos contratos prevê que as partes se vinculam àquilo que demonstraram vontade de contratar, contudo, em matéria societária existe o princípio da vontade da maioria que, em razão da especificidade em razão da matéria, as decisões serão tomadas, em regra, pela vontade da maioria e aplicáveis a todos, inclusive à minoria vencida. Eventualmente, a lei ou a vontade das partes pode dispor de modo diverso (LAMY FILHO; PEDREIRA, 2017, p. 51).

Caso não seja concedida a oportunidade de deliberação, então a decisão poderia ser invalidada, no entanto, caso todos tenham tido a oportunidade de deliberar, os vencidos poderiam solicitar o direito de recesso da sociedade.

Luis Eduardo Bulhões Pedreira descreve a razão pela qual foi criado o direito de recesso da seguinte forma:

Em oposição ao eventual interesse do acionista em manter as bases essenciais da companhia, há o interesse social, manifestado pela deliberação da maioria, que por vezes requer a alteração dessas bases, inclusive para a própria sobrevivência da companhia.

Instrumento dos acionistas minoritários, o direito de retirada constitui uma “válvula de escape” do contrato associativo. O acionista tem o poder de dispor de suas ações e pode a qualquer momento desligar-se da companhia alienando as ações, mas nem sempre consegue encontrar adquirente. O direito de retirada assegura-lhe o poder de obrigar a companhia a pagar-lhe o valor de reembolso das ações, nos casos previstos em lei (PEDREIRA, 2017, p. 241).

Apesar da restrição descrita nos casos previstos em lei, Sérgio Mendes Botrel Coutinho entende corretamente que “a restrição das hipóteses previstas em lei afigura-se ilegítima, ante a natureza das normas que concretizam a tutela dos minoritários (preceitos de ordem pública)” (COUTINHO, 2008, p.117).

Continuando sua ideia, Sérgio Mendes Botrel Coutinho descreve que essa ilegitimidade decorre de uma equivocada premissa de que o interesse coletivo sempre deve suplantar o interesse particular, confira-se:

Ultrapassadas as críticas normalmente realizadas pela doutrina anglo-saxã, insta atentar para o fato de que a sugestão da doutrina pátria, no sentido de que a preservação da empresa seria um princípio de hierarquia superior aos direitos fundamentais dos acionistas dissidentes não encontra respaldo na teoria constitucional, em especial no momento em que o constitucionalismo moderno coloca em dúvida a legitimidade de se admitir a genérica e absoluta prevalência do interesse público sobre o particular, haja vista que “para um Estado que tem como tarefa mais fundamental, por imperativo constitucional, a proteção e promoção dos direitos fundamentais dos seus cidadãos, a garantia destes direitos torna-se também um autêntico interesse público”, sendo certo que “o interesse privado e o interesse público estão de tal forma instituídos pela Constituição brasileira que não podem ser separadamente descritos na análise da atividade estatal e de seus fins. Elementos privados estão incluídos nos próprios fins do Estado” (COUTINHO, 2008, p. 119).

Por fim, Sérgio Mendes Botrel Coutinho traz a lume a interpretação constitucional que deve ser dada para o direito de recesso, uma vez que o direito de livre associação estaria sendo ferido por essa limitação e que, ao invés de se restringir *a priori* este direito, deveria ser contraposto, no caso em concreto com eventuais outros direitos de terceiros e da empresa (COUTINHO, 2008, p. 121-123).

Percebe-se, assim, que qualquer pessoa que seja sócia de uma sociedade, quando da aprovação de uma cláusula que disponha sobre resolução de conflitos de forma alternativa ao Judiciário em um contrato ou estatuto social pode escolher não aceitar se manter na sociedade optando pelo direito de recesso.

No entanto, existe uma situação diferente para aquela pessoa que não é sócia mas que pretende entrar em uma sociedade. Ela tem a opção de se tornar sócia ou não, no entanto, ao optar por se tornar sócia, automaticamente aceita as diretrizes normativas como um todo já existentes em seu quadro normativo, não podendo fazer ressalvas para apenas se submeter às normas definidas pela maioria no contrato ou no estatuto social.

Nelson Eizirik discorre sobre este tema da seguinte forma:

Os acionistas que posteriormente subscrevem ou adquirem ações da companhia também vinculam-se à cláusula compromissória, que integra o elenco dos direitos e deveres dos acionistas, na medida em que aderem a um contrato organizativo, em todas as suas cláusulas. Ainda que não tenham consentido expressamente com a cláusula compromissória, ao subscrever, comprar ou receber as ações, sob qualquer modalidade, estão tais acionistas praticando ato de ratificação do estatuto social e concordando tacitamente com seus termos (EIZIRIK, 2011, p. 616)

Essa observação é importante porque a Lei da Arbitragem impõe no parágrafo 2º do seu artigo 4º a obrigatoriedade de aceitação expressa das cláusulas compromissórias em contratos de adesão, que muito se assemelha à aceitação de todas as cláusulas de um contrato ou estatuto social quando o sócio entra em uma sociedade.

No entanto, Luís Loria Flaks descreve porque um contrato de adesão é diferente de um contrato/estatuto social:

De qualquer modo, o contrato de adesão se caracteriza, em regra, pela bilateralidade da relação jurídica, ou seja, pela existência de interesses distintos das partes contratantes, diferentemente do que acontece em uma sociedade.

Ocorre que os interesses dos acionistas de uma companhia, independentemente de seu objeto social, convergem necessariamente para um mesmo fim: a obtenção de lucro pela sociedade. Essa convergência de

⁶ Art. 4º [...]

§ 2º Nos contratos de adesão, a cláusula compromissória só terá eficácia se o aderente tomar a iniciativa de instituir a arbitragem ou concordar, expressamente, com a sua instituição, desde que por escrito em documento anexo ou em negrito, com a assinatura ou visto especialmente para essa cláusula (BRASIL, 1997).

interesses é uma das principais características dos chamados contratos plurilaterais – como são os estatutos sociais – os quais, de modo algum, poderiam ser considerados como contratos de adesão (FLAKS, 2003, p.103).

Por meio desta diferenciação entre contratos bilaterais e plurilaterais, e considerando os atos constitutivos nesta segunda categoria não há de se falar em contrato de adesão e, por consequência, na necessidade de ser necessária a aceitação expressa de cláusula de resolução de conflitos alternativa ao Judiciário nele inserida, regra essa que não vale para os acordos parassociais como o acordo de sócios, que será analisado posteriormente, por serem bilaterais.

4.1.3 Governança familiar

A Governança Familiar diz respeito à forma de gerir de maneira eficiente as pessoas da família que estão de alguma forma ligadas à empresa familiar.

Essa gestão é realizada por meio de estruturas normativas para melhor administrar questões atinentes às relações pessoais e sociais entre os familiares de uma empresa familiar, reduzindo conflitos que poderiam impactar negativamente a empresa.

René Alfonso Isaac Werner destaca o que cada geração de uma empresa familiar deve se preocupar, nos seguintes termos:

Para a primeira geração, os principais pontos críticos são: (i) definir valores familiares que farão parte da “missão” da empresa familiar; (ii) assegurar a sobrevivência da empresa e da família; (iii) conduzir a primeira sucessão; (iv) promover o envolvimento operacional da família na empresa; (v) proporcionar o crescimento patrimonial; (vi) procurar viver com o sucesso.

Para a segunda geração, os pontos mais críticos são: (i) o relacionamento com os acionistas, que normalmente são os irmãos que não trabalham na operação da empresa; (ii) a percepção do valor e do trabalho já incorporados na empresa e conseqüentemente a utilização racional dos recursos; (iii) a identificação com a empresa e os valores criados pela geração anterior; (iv) o ingresso de novos membros da família, por exemplo, cônjuges; (v) os conflitos de poder, decorrentes de brigas entre irmãos e de confusão sobre competência no interior da empresa.

Para multigerções, os pontos mais complicados são: (i) a identificação patrimonial e dos valores para com a empresa; (ii) os conflitos gerenciais; (iii) a utilização de recursos; (iv) os critérios de representatividade (WERNER, 2011, p. 187).

Vários são os instrumentos jurídicos que os membros de uma família empresária podem se utilizar para aprimorar a Governança Familiar, porque cada família pode fazer qualquer acordo visando a este objetivo, desde que esses instrumentos obedeçam às premissas de agente capaz, objeto lícito e forma prescrita ou não defesa em lei, descritos no artigo 104 do Código Civil brasileiro.

Alguns dos instrumentos mais utilizados para o desenvolvimento das mais eficientes estratégias jurídicas nas empresas familiares são: a reunião familiar, a assembleia familiar, o conselho de família, o *Family office*, os comitês e o código de ética, o protocolo ou acordo familiar, os quais passa-se a descrevê-los, pois todos são necessários ou recomendados para a devida preparação jurídica e estratégica para a venda das empresas familiares, de maneira a maximizar os resultados do negócio.

4.1.3.1 *Reunião familiar*

A formalização da reunião familiar é um dos mais simples e importantes instrumentos para organização jurídica das famílias empresárias, uma vez que normalmente pode ser utilizado por famílias empresárias com número baixo de pessoas, o que pode ser descrito, muitas vezes, como família sócia de uma empresa familiar de primeira geração.

José Carlos Casillas Bueno, Carmen Días Fernández e Adolfo Vásquez Sánchez descrevem a simplicidade desse órgão, que muitas vezes é até mesmo informal, da seguinte maneira:

A simplicidade deste modelo de família permite que as reuniões familiares sejam realizadas com elevada frequência e praticamente sem nenhuma formalização. Podem ser feitas em casa, durante as refeições, ou em momentos semelhantes. Além disso, enquanto os filhos são crianças, este tipo de reunião limita-se a conversas entre o empresário e seu cônjuge (BUENO; FERNÁNDEZ; SÁNCHEZ, 2007, p. 106).

Considerando que o modelo familiar é mais simples, o conteúdo das reuniões dependerá muito da maturidade dos seus membros.

Num primeiro momento, os pais (empresários) discutem com os filhos questões e tarefas atinentes ao dia-a-dia das crianças, imbuindo de maneira implícita os valores culturais que compõem a atividade empresarial. Com o passar do tempo, e com o crescimento das crianças, o conteúdo também vai se alterando para passar a tratar sobre informações gerais da empresa. Isso pode ocorrer de forma explícita, para que os filhos possam aprender tarefas inerentes à empresa e contribuir para a ela. Por fim, quando os filhos já estão prontos para o mercado de trabalho, podem ser discutidas as pretensões tanto dos filhos, quanto dos pais, quanto a relação deles para com a empresa e o que podem fazer que poderá influir na vida da empresa (BUENO; FERNÁNDEZ; SÁNCHEZ, 2007, p. 106-107).

Nesse sentido, para fins de estruturação jurídica estratégica da família empresária, o ideal será, pouco a pouco, se estabelecer um nível mínimo de formalização dos “combinados”

decorrentes de tais reuniões familiares, por meio de atas elaboradas na forma de sumário e com a assinatura de todos os membros presentes.

4.1.3.2 *Assembleia familiar*

A Assembleia Familiar é um órgão um pouco mais complexo que a reunião familiar, pois a quantidade de familiares geralmente é maior, sendo, por isso, mais adequada para famílias que possuem entre 5 (cinco) e 40 (quarenta) membros (BUENO; FERNÁNDEZ; SÁNCHEZ, 2007, p. 107).

O objetivo desse “órgão familiar” também é fazer com que a família discuta problemas pessoais dos membros da família, mas que podem, direta ou indiretamente, afetar a empresa familiar, como, por exemplo, a celebração de contratos de namoro e de união estável, o conhecimento e a fixação do regime de casamento e/ou de união estável formal dos familiares, a importância da educação financeira e da preparação acadêmica e profissional dos membros da família para trabalharem na empresa familiar, a relação entre os problemas financeiros pessoais e da empresa, os problemas decorrentes do uso de drogas, a diferença entre ser herdeiro e ser empregado ou administrador da empresa familiar etc.

Nessa modalidade, as reuniões devem ser necessariamente formais e com regimentos também formais, como descreve Roberta Nioac Prado:

[...] é importante que este foro tenha uma regulação formal, ainda que mínima, tal como a forma de convocação e a periodicidade das reuniões, locais de encontro (que não deve ser a empresa), matérias e quóruns de deliberação, redação e arquivamento das atas, divulgação ou não para familiares não participantes etc. (PRADO, 2011, p. 41)

No instrumento de formalização das assembleias familiares deve constar quem pode participar, podendo ser mais limitador ou abrangente, como, por exemplo, com a definição da idade mínima para acompanhar, deliberar e/ou para votar, se parentes por afinidade podem ou não participar, se estranhos à família podem participar na qualidade de consultores etc.

Nada obstante, Ward e Carlock apontam que não deve haver limitação para participação de familiares na assembleia por alguns motivos:

1. Os parentes afins que têm acesso direto aos assuntos da família fazem uma imagem mais realista da empresa familiar.
2. Participar dessas assembleias ajuda a colocar todos os membros em contato com as tradições e os processos familiares, além de contribuir para fortalecer o compromisso compartilhado.
3. A próxima geração e a família por afinidade podem dar contribuições valiosas, dado o caráter direto dos seus enfoques. É especialmente importante que os membros das gerações seguintes encontrem um foro

em que possam expor suas visões sobre a empresa (*apud* BUENO; FERNÁNDEZ; SÁNCHEZ, 2007, p. 107-108).

Apesar das razões para que todos os parentes possam participar da assembleia familiar, uma quantidade grande de pessoas pode gerar confusão e retardar os trabalhos pautados. Todavia, geralmente é bastante salutar a permissão para que todos, sem restrição, acompanhem o ato. No entanto, a participação (deliberação e votação) deve ser restringida por alguns critérios objetivos que possam ser disciplinados pela família, em especial a idade, a experiência acadêmica e profissional.

Atenta a essa possibilidade de existirem facilitadores de diálogo dentro das famílias, Roberta Nioac Prado aponta que “para uma melhor integração e entendimento entre os familiares, o ideal é que todos os membros influentes na família e/ou nos negócios participem das reuniões” (PRADO, 2011, p. 41), não fazendo qualquer restrição a eles.

4.1.3.3 *Conselho de família*

Outra possibilidade de estruturação jurídica estratégica das famílias empresárias, necessária para profissionalização e preparação da empresa familiar para alienação é o chamado Conselho de Família. Este órgão familiar já é recomendado, geralmente, para quando a família empresária tem uma quantidade maior de membros, sendo razoável que cada grupo dentro da família tenha um representante para compor o Conselho de Família.

Este tipo de órgão familiar possui as mesmas atribuições de uma Assembleia de Família, no entanto, em razão da quantidade de pessoas componentes da família empresária, a assembleia se torna, na prática, inviável, o que motiva a representatividade de grupos da família no conselho.

Em razão do caráter colegiado e da representatividade dos grupos da família empresária no Conselho de Família, as regras de funcionamento do órgão relativas à convocação, instalação, deliberação e comunicação, devem ser prévia e objetivamente definidas, para garantia da eficácia das deliberações e dos sistemas de comunicação dos resultados obtidos em cada reunião (PRADO, 2011, p. 42).

Ademais, é sempre bom ressaltar que o objetivo deste órgão (assim, como a Reunião e a Assembleia Familiar) é a consolidação do processo de profissionalização da gestão e o desenvolvimento do processo sucessório da empresa, visando à perpetuação da empresa familiar (OLIVEIRA, 2010, p. 177).

José Carlos Casillas Bueno, Carmen Días Fernández e Adolfo Vásquez Sánchez descrevem algumas particularidades do Conselho de Família, em especial sobre como atingir os objetivos acima identificados, nos seguintes termos:

O conselho familiar é uma estrutura fixa, diferentemente da assembleia familiar. Compõe-se de um grupo de familiares que se reúne com certa periodicidade para discutir as questões atuais da empresa e da família e para estabelecer as políticas e os mecanismos que permitem enfrentar possíveis problemas e desafios derivados da confluência entre os objetivos empresariais e os familiares (BUENO; FERNÁNDEZ; SÁNCHEZ, 2007, p. 108).

Werner Bornholdt, por sua vez, resume com clareza a importância de um conselho familiar da seguinte maneira:

A estrutura é a melhor aliada dos familiares. O conselho de família é uma estrutura que permite um espaço organizacional ao lado da empresa e de seus órgãos. Por meio dele, são reforçados os princípios de que negócios são negócios e família é família. Além disso, evita surpresas, um dos maiores inimigos de uma sociedade familiar. O conselho de família aproxima os familiares geograficamente dispersos, reconcilia membros distantes e facilita a convivência e a integração de novas composições e arranjos familiares. Também recompõe novos papéis para os homens e mulheres e permite o desenvolvimento de novas profissões e opções de carreira. O conselho ajuda a família empresária nas dificuldades e nos desafios na continuidade da empresa, como a preparação de sucessores e as compensações e renúncias dos “velhos”. Também contribui para o planejamento de investimentos, o planejamento tributário e fiscal com o emaranhado de impostos. Abre um novo leque de opções profissionais para herdeiros. Também define as diretrizes e acompanha o acordo societário. O conselho de família cuida do patrimônio, da cultura familiar e societária, da educação e saúde dos familiares. Também se ocupa com a garantia de aposentadorias dos que se ocuparam com o trabalho nas empresas e das viúvas. O conselho de família cuida da preservação de um legado pela continuidade de um sonho (BORNHOLDT, 2007, p. 105).

Benson, Crego e Druker apontam que o Conselho de Família deve abordar algumas questões para atingir estes objetivos, quais sejam:

1. A missão da família: quais as aspirações da família com relação à empresa? Queremos manter a empresa sob a direção da família a longo prazo? Queremos que a empresa tenha cotação em bolsa de valores?...
2. Critérios de direção empresarial: quais princípios devem prevalecer na direção da empresa? Princípios estritamente econômicos ou princípios familiares? Quais devem ser priorizados?...
3. Entrada de familiares para a empresa: quais os critérios de admissão? Deve ser permitida a entrada dos parentes mais próximos? Como e quem deve avaliar os aspirantes familiares? Como são estabelecidos os diferentes papéis dos membros da família?
4. Prosperidade de ações/cotas da empresa: quem as pode ter? quem deve participar em possíveis ampliações de capital? Como será organizada a distribuição societária na próxima geração? Deve haver diferenças entre familiares acionistas/sócios envolvidos com a gestão e os não envolvidos?
5. Sucessão na direção: qual deve ser o critério adotado para selecionar o sucessor? Como e quando será iniciado o processo de sucessão? Quais os

- planos de aposentadoria que o atual líder da empresa tem? Como podemos garantir a sua segurança financeira?
6. Relações entre familiares: que responsabilidades alguns membros da família têm sobre os demais? Como devem ser resolvidos os possíveis conflitos entre familiares? Como pode ser criada uma atmosfera de respeito mútuo?
 7. Relações com terceiros: quais devem ser o papel e o peso das pessoas alheias à família nos órgãos de decisão da empresa? Como podemos manter e valorizar os bons funcionários e diretores? Que responsabilidade a empresa tem com seu meio? (*apud* BUENO; FERNÁNDEZ; SÁNCHEZ, 2007, p. 107-108).

A partir dessas observações trazidas por Benson, Crego e Druker, verifica-se a grande importância que a Análise Estratégica do Direito pode proporcionar para as Empresas familiares.

Por meio de um planejamento jurídico prévio as partes podem direcionar a administração da empresa para seguir as orientações principiológicas e valorativas da família, afim de imprimir à empresa a qualidade referencial de ser também familiar.

Nesse sentido, considerando que a empresa quer manter a qualidade familiar, a família empresária deve desenvolver regramentos próprios, com a descrição das habilidades e competências que cada pessoa deve ter para trabalhar em cada cargo da empresa, dando-se preferência, no momento da escolha, para as pessoas da família para depois permitir que terceiros adentrem no cargo disputado, ou o contrário (o cargo primeiro é oferecido para terceiros e, caso não sejam encontrados profissionais com as qualificações exigidas, busca-se algum membro da família que atenda a tais requisitos de experiência profissional e formação acadêmica).

Sobre este tema existe ainda um dificultador: os familiares por afinidade (genros e noras, por exemplo). O ideal é que cada família prescreva previamente as regras objetivas que devem ser observadas pela família empresária relativamente aos familiares por afinidade, tais como: se podem ou não trabalhar na empresa, quais atividades ou funções podem ou não ser exercidas, qualificação acadêmica e experiência profissional exigida dos familiares por afinidade, limite de tempo para o exercício de cargo ou função, dentre outras.

A família pode, por exemplo, criar uma regra de escalonamento na qual o parente por afinidade apenas poderia trabalhar na empresa em determinados cargos e ter conhecimento a determinada informações. A partir de um determinado tempo que já esteja na família ele pode começar a concorrer a outros cargos que demandaria mais responsabilidades e informações com outras pessoas da família. Este tempo pode ser reduzido proporcionalmente a determinadas características objetivas que a pessoa possa ter, como habilidades e competências diferenciadas, currículo positivamente diferenciado ou outro atributo que a família empresária possa entender

interessante. Destaque-se que este escalonamento para familiares por afinidade pode, inclusive, dar a ele prerrogativas de preferência frente a terceiros não familiares e não frente aos próprios membros da família.

A aquisição de participação societária da empresa será analisada mais à frente, no entanto, cabe apontar, também, que é este Conselho de Família pode ser o órgão da família empresária competente para discutir se a empresa familiar ou parte dela poderá ser vendida para terceiros e como isso afetaria os sócios, em especial os minoritários.

No que tange a relação entre os familiares é de extrema importância a criação de normas específicas que prevejam, inclusive, as mencionadas cláusulas escalonadas para solução extrajudicial de eventuais conflitos, tal como a cláusula neg-med-cons-arb e a previsão da advocacia colaborativa, o que pode evitar que o eventual conflito familiar ganhe proporções a ponto de gerar problemas para a empresa familiar.

É certo que conflitos sempre podem existir quando pessoas pensam diferente e, como já dito, a existência do conflito não é necessariamente ruim, pois pode gerar a construção de alternativas mais eficientes e viáveis para os problemas (da família e da empresa). O problema geralmente é a falta de planejamento jurídico estratégico e a não previsão de alternativas extrajudiciais e adequadas para a resolução dos conflitos.

Dentro de uma família, criada com os mesmos costumes, valores e princípios, as diferenças costumam ser menores do que aqueles geralmente existentes entre pessoas sem vínculo familiar. Contudo, a proximidade também gera um maior senso de liberdade para falar algumas coisas que não deveriam ser ditas, o que normalmente gera mágoas e, conseqüentemente, problemas entre familiares que podem evoluir e afetar a própria empresa familiar.

De qualquer maneira, é importante observar que os valores familiares devem ser preservados, pois geralmente têm correlação direta com a história e com os próprios valores e propósitos da empresa familiar. O que deve ser evitada é a contaminação da empresa familiar pelos ressentimentos e eventuais desavenças ocorridas no âmbito da família empresária.

O Conselho de Família é, portanto, uma importante estratégia jurídica de organização familiar, que visa preservar os princípios, valores e cultura da família empresária e da própria empresa familiar.

4.1.3.4 *Family office*

Roberta Nioac Prado afirma que é comum os Conselhos de Família serem chamados também de *Family Office* quando também têm o condão de ser o *locus* para se discutir questões atinentes à administração do patrimônio da própria família, que não necessariamente se confunde com o patrimônio da empresa familiar. Nesse sentido, segundo a mencionada autora:

Outrossim, o Family Office é mais comumente referido como o escritório no qual a família administra sua vida pessoal de um ponto de vista mais concreto, por exemplo, no que diz respeito ao pagamento de contas pessoais, ou à administração e à manutenção das residências dos familiares, casas de praia e sítios de lazer, viagens pessoais, carros, barcos, helicópteros etc. Nesse caso é importante que o Family office tenha uma estrutura mínima, normalmente consubstanciada em uma secretária, um office-boy, um “faz tudo”, um motorista etc. sempre dependendo dos interesses necessidade e possibilidades dos seus membros (PRADO, 2011, p. 52).

Essa mesma observação é feita por René Alfonso Isaac Werner que descreve que o *Family Office* é “o espaço que a família tem para discutir seus problemas financeiros, pessoais e outros que não dizem respeito à operação do empreendimento empresarial” (WERNER, 2011, p. 190).

Percebe-se, então, que o *Family Office* deve ser um instrumento um pouco mais rebuscado de organização dos direitos e das obrigações dos membros da família empresária, organizado como se uma nova empresa fosse, para gerir o dia-a-dia dos familiares, podendo, inclusive, contratar profissionais e consultores de diversas áreas, tais como advogados, contadores, psicólogos, professores, *coaches* etc.

Roberta Nioac Prado explica mais a finalidade deste instrumento de governança familiar:

Em suma, o importante é que a Assembleia Familiar, Conselho de Família ou o Family Office, seja um foro apto a, em maior ou menor escala, facilitar, e de alguma forma profissionalizar, as relações da família com a empresa, separando claramente o que é patrimônio, responsabilidade, cultura, missão, problema etc., relativo ao âmbito da empresa, sempre tendo em vista proporcionar aos herdeiros e aos seus familiares um melhor conhecimento do negócio e das suas particularidades, enquanto família empresária. Assim, é importante que essas estruturas de governança familiar possam atuar sempre no sentido de incrementar o profissionalismo da família na empresa, preparando-a para ser acionista e/ou desempenhar funções de gestão ou na família, ensinando-a a lidar com dinheiro e a buscar independência profissional, além de dever servir como um canal facilitador para o desenvolvimento e a compreensão da família sobre temas relevantes para o bom relacionamento familiar e o andamento da empresa. Por exemplo, a diferença entre remuneração do capital investido e a remuneração do trabalho desenvolvido na empresa, a diferença entre propriedade acionária e gestão empresarial, os canais adequados de comunicação com os executivos da empresa, entre outras questões que se mostrem relevantes caso a caso (PRADO, 2011, p. 43).

Essa busca pelo profissionalismo é importante porque muitas vezes uma empresa pode ter sérios problemas, como a falência, em decorrência de “excesso de complacência com familiares nas empresas” para evitar conflitos familiares, e, assim, preservar o núcleo afetivo (BORNHOLDT, 2005, p. 167).

Por ser um instrumento estruturalmente (e fisicamente) um pouco mais complexo, se faz extremamente necessário que o *Family Office* seja juridicamente estruturado de forma minuciosa para delimitar quem da família pode utilizar os serviços ali desenvolvidos, quanto se paga por estes serviços, bem como diferenciar as taxas gerais de manutenção, que todos devem pagar (como por exemplo o aluguel do local), daquelas taxas específicas para serviços específicos, que apenas quem utilizar deve pagar (como por exemplo o serviço de consultoria psicológica).

O *Family Office* pode ter um modelo simplificado, intermediário ou complexo.

No primeiro caso, o *Family Office* “simplificado” equivale ao serviço prestado por uma secretária ou por um *concierge*, que possuem o dever de cuidar de pagamentos pessoais, agendamentos, contratação de serviços particulares (muitas vezes até mesmo de empregados da própria empresa) e arquivamento de documentos familiares. Este modelo simplificado muitas vezes tem como objetivo a conscientização da família acerca da necessidade de separação de custos e serviços da família empresária e da empresa familiar. De fato, em praticamente todas as famílias empresárias existem alguns custos e serviços que são de ordem eminentemente pessoal e não empresarial, mas que, se não forem adequadamente segregados, podem afetar de forma irregular as relações familiares e os resultados da empresa familiar (WERNER, 2011, p. 193-194).

No segundo modelo de *Family Office*, intermediário, existe uma formalização do instituto, com empregados prestando serviços direcionados para a família e não para a empresa. Nesta espécie e/ou estágio de *Family Office*, uma pessoa costuma ficar por conta de ser um interlocutor entre a empresa e a família, cuidando diretamente dos assuntos coordenativos (e não decisórios que continuam a cargo da família), além das atribuições já constantes no primeiro estágio, bem como a coordenação da prestação de serviços de assessoria em áreas específicas como a contábil, fiscal e jurídica (WERNER, 2011, p. 194-195).

No terceiro modelo de *Family Office*, conhecido como definitivo, já existe uma estrutura jurídica e organizacional absolutamente separada da empresa familiar, que conta com pessoal qualificado e capacitado para atender às mais diversas necessidades dos membros da família empresária. Neste estágio a visão principal é a da família como um ente coletivo e não a individualidade de um ou outro membro (WERNER, 2011, p. 195).

4.1.3.5 Comitês

Os Comitês não possuem a finalidade de serem perenes no tempo, pois visam a servir ao desenvolvimento e à solução de uma situação específica. Dessa maneira, assim que suas funções tiverem sido desempenhadas, devem ser extintos.

Dessa maneira, podem e devem ser criados tantos Comitês quantos sejam os assuntos a serem resolvidos, e o ideal é que sejam constituídos por membros da família que possam efetivamente auxiliar a resolver a questão específica atinente ao caso que gerou a sua criação.

4.1.3.6 Protocolo familiar, código de ética ou acordo familiar

O Protocolo Familiar, Código de Ética ou Acordo familiar é um instrumento jurídico que vai regular as relações interpessoais e familiares das partes, independentemente da criação dos outros órgãos descritos acima, tais como a Reunião de Família, Assembleia de Família, Conselho de Família ou *Family Office*. No entanto, este instrumento também pode conter a criação daqueles órgãos bem como até mesmo já os regular de forma específica e objetiva.

Uma importante menção que Eduardo Press faz sobre o protocolo de família é que ele possui, antes de poder legal, um poder moral para veicular os seus membros (*apud* FÉRES, 2014, p. 334-335), isso porque, como afirma Marcelo Andrade Féres, “o protocolo, no mais das vezes, não passa de uma carta de intenções” que pode gerar conteúdo para outros instrumentos sociais e parassociais (como o acordo de sócios) (FÉRES, 2014, p. 340).

O objetivo fundamental deste instrumento, segundo Roberta Nioac Prado é

[...] estabelecer os valores, princípios, costumes, conduta pessoal, conduta social, conduta patrimonial, conduta empresarial, da família na empresa e na sociedade. Deve ainda refletir os interesses das famílias dos acionistas, tendo como missão, entre outros aspectos zelar pela segurança e favorável evolução do patrimônio e do relacionamento da família, devendo ser sustentado pelos valores familiares e culturais que se pretende preservar (PRADO, 2011, p. 45).

Werne Bornholdt aduz que o objetivo do Protocolo Familiar é servir como um “guia referencial para as atitudes e condutas dos envolvidos num processo de governança nas empresas familiares”. Mas o mencionado autor vai além, e o descreve como um instrumento que proporciona segurança jurídica para os demais órgãos e acordos formais ou informais feitos pelos familiares (BORNHOLDT, 2005, p. 161).

De fato, o conteúdo do protocolo familiar pode ser bastante vasto, pois, no âmbito do princípio da autonomia privada apenas pode ser limitado por questões que infrinjam as normas jurídicas vigentes. Uma vez que o conteúdo é bastante abrangente, cada família pode inserir neste documento aquilo que melhor se adequa às suas necessidades.

José Carlos Casillas Bueno, Carmen Días Fernández e Adolfo Vásquez Sánchez apontam alguns dos conteúdos mais comuns nos Protocolos Familiares:

- O âmbito do protocolo: empresas, bens e pessoas envolvidas.
- Os órgãos de governança da empresa: determinação dos órgãos de governança a serem instaurados ou atualizados e o regime de funcionamento dessas organizações (conselho de administração, comissão executiva, conselheiros delegados, diretor-geral etc.).
- Os órgãos de governança da família: determinação da estrutura, composição, organização e funcionamento do conselho familiar.
- Os critérios a serem seguidos para evitar a confusão entre os patrimônios da família e da empresa, tanto do ponto de vista interno como externo.
- A situação dos membros da família na empresa: designação do sucessor, se trabalham ou trabalharão na empresa, procedimentos e condições de cesso, cargos que possam ocupar, critérios para determinar a remuneração etc.
- A situação acionária: distribuição do capital e sua incidência na governança da empresa. Estabelecimento de quóruns suficientes para aprovação de determinados acordos de especial importância estratégica ou econômica.
- A transmissão de ações ou participações no capital social: estabelecimento de regras a serem seguidas para transferir as ações ou participações, tanto *intervivos* como *mortis causa*, e tanto de forma voluntária como forçada, para manter a empresa no âmbito familiar, assim como para avaliá-las em caso de transmissão.
- As prevenções a serem adotadas pelos sócios e, em dado momento, por seus descendentes, do ponto de vista econômico matrimonial e testamentário a fim de manter a empresa dentro do âmbito familiar e evitar a presença de sócios não desejados.
- As normas de revisão do protocolo para mantê-los em vigor etc. (BUENO; FERNÁNDEZ; SÁNCHEZ, 2007, p. 131-132).

Esses autores afirmam, também, que os conteúdos mencionados acabam por gerar a necessidade de desenvolvimento das seguintes políticas:

- a) Políticas de decisão e governança:
 - Conselho familiar;
 - Conselho administrativo;
 - Conselho assessor;
 - Estatutos corporativos.
- b) Políticas de rendimentos e desinvestimentos:
 - Dividendos mínimos;
 - Acordo de acionistas/sócios
 - Informação e controle.
- c) Políticas de empresas:
 - Aposentadorias;
 - Emprego de familiares;
 - Diversificação e riscos;
 - Deontologia.
- d) Políticas sociais e familiares:

- Formação dos jovens;
- Solidariedade familiar;
- Obra social e representação;
- Tradições familiares. (BUENO; FERNÁNDEZ; SÁNCHEZ, 2007, p. 131-132).

O protocolo familiar é, assim, um dos principais regramentos para as empresas familiares que buscam cuidados maiores com a empresa, pois passa por formas de gerir a empresa, a família, o patrimônio delas, bem como sobre a inclusão de pessoas na empresa e sobre como preparar a própria empresa familiar para se perenizar no tempo, com ou sem a gestão direta da família empresária.

4.1.4 A profissionalização da empresa familiar como método de perenização no tempo

Como já apontado, as empresas familiares possuem algumas forças e algumas fraquezas decorrentes deste atributo “familiar”.

O modelo mental da Análise Estratégica do Direito pode ser utilizado para garantir a mais eficiente estruturação jurídica dos objetivos da família empresária e também a empresa familiar, de maneira a garantir a manutenção das forças e a superação das fraquezas dessas empresas.

Nesse sentido, a fim de fortalecer a empresa familiar, faz-se necessário adotar os instrumentos supra apresentados, em especial o Protocolo de Família, seguido pelo Conselho de Família e pelo *Family Office*.

Esses instrumentos podem evitar que emoções e problemas familiares sejam transplantados para os negócios e para a gestão da empresa familiar, bem como que problemas da empresa familiar possam comprometer os relacionamentos interpessoais e familiares, o que pode facilitar a profissionalização da gestão e a preparação da empresa (e da família) para eventual negociação futura dos negócios.

De fato, um grande problema das empresas familiares geralmente diz respeito à gestão e à ineficácia dos órgãos sociais de administração da empresa familiar.

Da mesma maneira que a família deve estruturar mecanismos para organização e composição dos interesses dos seus membros, a empresa familiar também deve estruturar os seus órgãos de deliberação, execução e de controle, para garantir uma governança corporativa que favoreça a perpetuidade do negócio, a profissionalização da gestão, a valorização dos ativos empresariais e a preparação para eventual evento de liquidez.

Assim, no que tange à gestão da empresa familiar, esta deve ser preferencialmente profissionalizada, por meio da definição de regras objetivas que favoreçam a contratação de empregados que não sejam familiares, ou a contratação de familiares que atendam aos mesmos requisitos exigidos de terceiros, em igualdade de condições.

Além disso, é de suma importância que a gestão da empresa seja acompanhada por dois conselhos: o Conselho de Administração e o Conselho Consultivo.

O Conselho de Administração é previsto nos artigos 140 a 142 da Lei das Sociedades Anônimas, não obstante pode ser criado e utilizado em qualquer tipo de sociedade, inclusive nas sociedades limitadas, desde que previsto expressamente no contrato social.

Este órgão é importante porque “coloca-se numa posição intermediária entre a assembleia e a diretoria” tendo poder, inclusive, para eleger e destituir diretores (BORBA, 2015 p. 388).

Matheus Bonaccorsi Fernandino inclui o Conselho de Administração no contexto da governança jurídica da empresa familiar, e aponta as suas principais funções:

- 1) Definir os papéis, tarefas e responsabilidades entre os envolvidos na gestão frente à tomada de decisões da empresa;
- 2) Separar e evidenciar os interesses entre os gestores (Administradores, Diretores ou Gerentes) e os proprietários ou controladores do empreendimento;
- 3) Elaborar o planejamento estratégico da empresa (FERNANDINO, 2013, p. 89).

Seguindo ainda a sua linha de raciocínio, Matheus Bonaccorsi Fernandino destaca que o Conselho de Administração tem como característica inerente às suas funções a possibilidade de afastar a família da gestão executiva diária da empresa, mas ainda assim permitindo um *locus* de debate interno do negócio empresarial e o controle e direção do empreendimento, permitindo que os executivos diretos da empresa possam ser pessoas que não possuam vínculo familiar com os sócios, mas, ainda assim, sigam os direcionamentos principiológicos, valorativos e de costumes existentes e típicos de cada empresa familiar (FERNANDINO, 2013, p. 89-93).

Nesse contexto, o Conselho de Administração deve fazer parte da administração da sociedade, e ser preferencialmente estruturado da seguinte maneira: de 5 (cinco) a 11 (onze) conselheiros; pessoas com diferentes perfis; mandatos de até 2 (dois) anos, sendo possível a reeleição (INSTITUTO BRASILEIRO DE GOVERNANÇA CORPORATIVA, 2015, p. 42-47).

De fato, o Instituto Brasileiro de Governança Corporativa recomenda que não existam conselheiros que trabalhem diretamente na companhia, seja na função de direção ou não. O ideal seria, então, uma composição mista entre conselheiros externos (pessoas que

tenham ou tenham tido vínculo com a empresa, como os próprios sócios) e conselheiros independentes (pessoas que não possuem vínculo com a empresa e/ou seus sócios, fazendo um trabalho estritamente profissional) (INSTITUTO BRASILEIRO DE GOVERNANÇA CORPORATIVA, 2015, p. 45).

Djalma de Pinho Rebuças de Oliveira, nesse sentido, defende que o Conselho de Administração deve possuir conselheiros internos, na proporção de 30% (trinta por cento), de conselheiros externos, na proporção de 20% (vinte por cento) e de conselheiros independentes, na proporção de 50% (cinquenta por cento) (OLIVEIRA, 2010, p. 168). Apesar de o mencionado autor não explicar a razão desta proporção, parte-se do princípio de que um conselheiro que está atuando no dia-a-dia da empresa possui melhores condições de apresentar para os demais conselheiros porque determinadas medidas devem ou não ser implementadas, considerando o aspecto fático da empresa familiar e não questões teóricas que podem ter funcionado em outras empresas, mas que eventualmente são incompatíveis com a cultura específica da empresa familiar.

O Conselho Consultivo é outro órgão que pode ser previsto na estrutura de governança jurídica da empresa familiar. Tal órgão, uma vez previsto no contrato ou estatuto social, geralmente guarda semelhanças com o Conselho de Administração, uma vez que é composto por conselheiros que buscam, por meio de suas experiências, discutirem questões inerentes à empresa e apresentarem soluções para o que for discutido.

Sergio Mendes Botrel Coutinho aponta as atribuições do Conselho Consultivo da seguinte forma:

O Conselho Consultivo (formado por consultores e assessores especializados em diferentes áreas de atuação), cujas atribuições podem variar consideravelmente – v.g. prestar aconselhamentos técnicos para a gestão da empresa; contribuir para a formação profissional dos gestores e administradores etc. –, desempenha, amiúde, relevante função na disseminação de boas práticas de governança corporativa (COUTINHO, 2014, p. 389).

Estes conselhos (de administração e consultivo) divergem, no entanto, em razão de o Conselho Consultivo não possuir qualquer ingerência na administração da empresa familiar e nem possuir poder decisório, “ele não é deliberativo, apenas aconselha e propõe recomendações que podem ou não ser aceitas pelos administradores” (INSTITUTO BRASILEIRO DE GOVERNANÇA CORPORATIVA, 2015, p. 56).

De fato, quando as empresas, dentre elas as familiares, possuem bons níveis de governança corporativa, geralmente possuem melhor acesso ao crédito, e ao crédito mais

barato, o que pode impactar significativa e positivamente no seu valor de venda (COUTINHO, 2014, p. 391-393).

4.2 AUDITORIA E *COMPLIANCE*

Frederico Gabrich aponta que ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer algo senão em virtude de norma jurídica existente, válida, eficaz e estabelecida por uma das diversas fontes do Direito, segundo o princípio da normatividade ou juridicidade (GABRICH, 2010, p. 16).

Dessa forma, as pessoas devem se pautar em normas jurídicas (princípios e regras) no exercício da atividade empresária, em especial quando a empresa é familiar, e a melhor forma de saber se o negócio está sendo pautado pela juridicidade é por meio da auditoria.

A auditoria é conceituada por Nilton Oliveira Gonçalves como os “processos avaliativos para determinar a conformidade nas normas estabelecidas, resultando numa opinião e julgamento por parte do auditor” (GONÇALVES, 2006, p. 10).

O trabalho de auditoria deve ser feito por uma pessoa que possua algumas características essenciais, em especial sua qualificação e sua independência.

A qualificação possui alguns desdobramentos, como os seus estudos, treinamentos, conhecimento e experiências que possibilitam atingir um trabalho mais eficiente por meio da elaboração tanto um bom plano de direcionamento, como de execução, ocasionando uma percepção de confiança na integridade do resultado para os seus destinatários.

A auditoria pode ser interna ou externa. Será interna quando existir um departamento interno dentro da própria empresa que fará, continuamente, auditoria dos trabalhos e resultados apresentados. A auditoria será externa quando o auditor/equipe de auditoria não possuírem qualquer vínculo de emprego com a empresa.

O trabalho do auditor deve ser sempre independente, com liberdade para agir da forma que entender correta e sem interferências indevidas, evitando-se que o trabalho seja realizado de forma parcial ou seja viciado, pois, por consequência, o resultado do trabalho também seria viciado, equivocado.

Em razão da independência da auditoria, caso ela seja interna, não deve estar vinculada a nenhuma diretoria da empresa, devendo se reportar diretamente para Conselho de Administração ou para a Assembleia, evitando-se, assim, ocorrências de pressões ou julgamentos parciais no decorrer do trabalho.

Sempre que a independência for ferida em razão de interferências, o auditor deve parar o trabalho e comunicar formalmente ao destinatário da auditoria sobre o fato, para que o trabalho seja continuado de forma isenta quando a interferência cessar.

O destinatário da auditoria geralmente são todos os sócios (controladores e minoritários), e a auditoria possui o objetivo de verificar se os processos de trabalho estão sendo realizados de acordo com as normas jurídicas respectivas, e se os resultados apresentados pelos gestores estão corretos. Isso acaba permitindo aos sócios conhecerem mais e melhor o próprio negócio. Assim, em caso de interferência, os sócios, seja por meio da Assembleia, seja por meio do Conselho de Administração, deverão tomar as medidas cabíveis para evitarem a continuidade ou novas interferências no trabalho do auditor.

A Auditoria deve conter, ao menos, alguns conteúdos: escopo, objetivo, planejamento, implantação, relatório e *follow up* de ações corretivas.

O escopo tem como finalidade delimitar os itens a serem auditados, apresentar proposta de cronograma dos trabalhos e forma de apresentação dos resultados obtidos. O escopo deve ser discutido por meio de uma reunião de direção (*briefing*) com o Conselho de Administração ou com representantes da Assembleia, pois é ele que direcionará toda a auditoria.

O objetivo da auditoria é o propósito a que se destina. De forma geral é saber se os trabalhos que são realizados na empresa obedecem a padrões normativos e a correção de seus resultados. No entanto, os sócios devem decidir, no caso concreto, quais são os objetivos específicos dos trabalhos.

A auditoria pode ser feita uma única vez, com o fim único de averiguar uma situação específica, ou pode ser realizada de forma sistemática e frequente, para permitir o acompanhamento contínuo da observância dos padrões normativos da gestão da empresa pelos sócios.

O planejamento da Auditoria deve ser documentado e deve conter a atividade específica a ser auditada, como a auditoria será realizada e quais os recursos necessários para realização do trabalho, demonstrados por um *check list*, que deve ser seguido por um plano de ação para garantir a implantação das medidas que foram planejadas.

O auditor deve documentar os resultados coletados durante a realização da auditoria e formalizá-lo em um relatório que deve explicitar as conclusões de forma concisa, precisa, com informações relevantes, incluindo-se não conformidades. Tal relatório de auditoria deve ser apresentado para o Conselho de Administração e/ou para a Assembleia dos sócios,

conjuntamente com as eventuais recomendações das ações que devem ser implementadas, se for o caso.

Antônio Augusto Francia Assumpção, Fernando Loureiro, José de Mello da Cunha Alvarenga neto e Pedro Henrique Raimundo descrevem como essencial também, a realização de uma auditoria legal das empresas:

O processo de *legal due diligence* (auditoria legal) é um procedimento detalhado e rigoroso de investigação, exame e coleta de informações que deve seguir um roteiro racional e sistematizado para atingir seus melhores objetivos.

Destarte, se for estabelecida uma ordem (crono)lógica neste processo dentre os ramos jurídicos, poder-se-ia afirmar que o direito societário seria, em conjunto com a parte geral do Direito Civil (pessoas e capacidade, negócios jurídicos), a primeira etapa do trabalho – a pedra angular (ASSUMPÇÃO *et al.*, 2008, p. 25).

Percebe-se que as empresas familiares podem possuir vários documentos parassociais, como a reunião familiar, assembleia familiar, protocolo familiar, *Family Office*, de forma que a auditoria legal nessas empresas deve se iniciar por esses documentos, para então seguir para as demais auditorias, pois, de certa forma, esses documentos parassociais serão os que darão embasamento e direcionamento para os demais atos a serem auditados, inclusive os documentos sociais, bem como os demais atos jurídicos realizados pela empresa e seus administradores, que poderão gerar responsabilidade civil, trabalhista, penal, dentro outras.

As auditorias são de extrema importância, contudo, existe um meio sistemático a ela semelhante que pode facilitar sua realização e manter a integridade do que é buscado: o *compliance*.

Pedro Paulo Uchôa Fonseca Marques conceitua *compliance* da seguinte forma:

Compliance, termo incorporado ao vocabulário brasileiro é de origem inglesa, decorrente do verbo *to comply*, significando a atuação da empresa conforme regras preestabelecidas, independente da natureza ou do órgão prolator da norma. É o caso de normas oriundas do Poder Legislativo e do Poder Executivo, estabelecidas por entidades não governamentais e as regras internas estabelecidas pela própria pessoa jurídica de direito privado (MARQUES, 2016, p. 66).

O Brasil entendeu por bem conceituar expressamente o termo *compliance* (por meio da integridade) no artigo 41 do Decreto nº. 8.420, de 2015, que regulamentou a Lei Anticorrupção da seguinte forma:

Art. 41. Para fins do disposto neste Decreto, programa de integridade consiste, no âmbito de uma pessoa jurídica, no conjunto de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e na aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta, políticas e diretrizes com objetivo de detectar e sanar desvios, fraudes, irregularidades e atos ilícitos praticados contra a administração pública, nacional ou estrangeira (BRASIL, 2015b).

O sistema de integridade (*compliance*) nas empresas brasileiras passou a ter um peso maior após os escândalos de corrupção apresentados decorrente da operação Lava Jato, o que resultou, inclusive, na criação de legislação específica para regulamentar o controle desses atos.

Não obstante o porquê de sua criação legislativa, o *compliance* é um método para resguardar a integridade de uma empresa, preservar a razão pela qual foi criada, evitando-se desvios de conduta, princípios e valores.

O parágrafo único do artigo 41 do Decreto 8.420, de 2015 descreve como o *compliance* deve ser implantado nas empresas, *in verbis*:

Parágrafo Único. O programa de integridade deve ser estruturado, aplicado e atualizado de acordo com as características e riscos atuais das atividades de cada pessoa jurídica, a qual por sua vez deve garantir o constante aprimoramento e adaptação do referido programa, visando garantir sua efetividade (BRASIL, 2015b).

Pedro Paulo Uchôa Fonseca Marques descreve ainda mais sobre como o programa de *compliance* deve ser utilizado na prática para surtir os efeitos esperados da seguinte forma:

Além da especificidade, é necessário ressaltar que o setor da empresa responsável pela efetivação do mecanismo *compliance* não deve se ater à análise de normas, atuando apenas na seara jurídica. Faz-se necessário promover a ampla atuação da equipe responsável pelo regime de conformidade nos procedimentos inerentes ao objeto da empresa, quanto aos métodos de gestão, objetivando elaborar de um código de ética e estabelecer auditoria interna, para o acompanhamento das atividades da pessoa jurídica. Ações como prevenção à fraudes, segurança da informação, plano de continuidade de negócios, contabilidade fiscal e gerencial e atendimento a auditorias internas e externas, dentre outras, formam o leque de atribuições do profissional do mecanismo de *compliance* (MARQUES, 2016, p. 67).

Percebe-se, assim, que as atividades vinculadas ao *compliance* não devem ficar tão somente na análise do que já ocorreu de forma ativa, mas sim ter uma conduta pró ativa, pois, ai sim será possível evitar que sejam praticados atos antijurídicos ou atos que os sócios não pretendam que aconteçam.

Com o atuar ativo e pró ativo, os métodos de *compliance* agregam transparência na gestão da empresa para seus sócios, o que gera um melhor controle da atividade produzida bem como um conhecimento profundo da empresa e das atividades por ela desempenhadas.

Dessa forma, é extremamente importante que as empresas familiares adotem programas de *compliance* com o objetivo de que as ideias, princípios e valores familiares sejam adequadamente cumpridos sem irregularidades, devendo ocorrer de forma periódica auditorias para confirmar se o programa de *compliance* está sendo cumprido. Tudo isso também para

preparar a empresa familiar para eventualmente ser vendida ou receber aporte decorrente de venda de participação societária significativa.

4.3 REESTRUTURAÇÃO SOCIETÁRIA

O Direito Empresarial aponta que as sociedades devem se constituir por contrato ou estatuto social, e, nos termos do artigo 985 do Código Civil⁷, ganham a personalidade jurídica após o registro no cartório competente.

Eloy Pereira Lemos Junior e Raul Sebastião Vasconcelos Silva conceituam a reestruturação societária como uma “sequência de medidas realizadas com fulcro na formatação e equalização de uma nova estrutura societária para a empresa/grupo empresarial” (LEMOS JUNIOR; SILVA, 2014, p.61).

A legislação brasileira dispõe de alguns tipos de sociedades apresentados de forma taxativa⁸, o que é chamado de princípio da taxatividade, sendo eles: a sociedade simples, a sociedade em comum, a sociedade em conta de participação, a empresa individual de responsabilidade limitada – EIRELI, a sociedade em nome coletivo, a sociedade em comandita simples, a sociedade limitada, a sociedade em comandita por ações e a sociedade anônima.

Cada uma dessas sociedades possui características que lhe são próprias, cabendo ao empresário a escolha pelo tipo que melhor se adequa às suas necessidades em razão da limitação do princípio da tipicidade.

Nos preceitos do princípio da normatividade ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer nada senão em razão de alguma norma jurídica existente, válida, eficaz e estabelecida por uma das diversas fontes do direito, e, existindo a limitação da sociedade aos tipos existentes, não cabe desenvolver outra forma para constituir uma sociedade.

A escolha do tipo societário deve ser feita de forma planejada visando a atender os objetivos traçados pela empresa a ser constituída, mas, ao constituir uma sociedade em um tipo societário não quer dizer que a sociedade deve permanecer para sempre presa nesta espécie.

Eloy Pereira Lemos Junior e Raul Sebastião Vasconcelos Silva discorrem sobre a possibilidade de troca de um tipo societário por outro da seguinte forma: “Tal diretriz é plenamente facultada ao empresário, ao passo que não lhe é obrigada a assunção de estrutura

⁷ Art. 985. A sociedade adquire personalidade jurídica com a inscrição, no registro próprio e na forma da lei, dos seus atos constitutivos (arts. 45 e 1.150).

⁸ Rachel Sztajn aponta que “a noção de tipo é tomada no sentido de modelo ou estrutura, isto é, como um esquema, definido por um conjunto de regras (legais ou costumeiras) que descrevem ou definem uma estrutura negocial à qual se ligam determinados efeitos também previstos na lei ou pelo uso (SZTAJN, 1989, p. 53).

deveras dispendiosa. Desse modo, vislumbra-se aqui uma série de medidas legítimas, vez que pautadas na lisura” (LEMOS JUNIOR; SILVA, 2014, p.61).

A reestruturação societária pode ser feita por meio da transformação, da fusão, cisão e incorporação.

Antes que a reestruturação seja feita, no entanto, alguns requisitos devem ser preenchidos, os quais Alexandre Glaser assim descreve:

Um processo de incorporação, fusão e cisão requerem antes de se efetivar, medidas preliminares de caráter legal, como: protocolo de intenções dos órgãos de administração ou dos sócios, instrumento de justificação e deliberação dos sócios em reunião em assembleia, formação e aprovação do laudo de avaliação, nomeação de peritos, encaminhamento dos documentos aos órgãos competentes (GLASER, 2010, p. 17).

Na transformação os sócios, a personalidade jurídica, o patrimônio, os ativos e passivos continuam os mesmos, contudo ocorre uma metamorfose no tipo societário, migrando de um tipo social para outro. Percebe-se que não é caso de sucessão, pois a empresa continua a mesma com outra roupagem (BORBA, 2015, p. 467).

Em regra, a transformação apenas é possível entre sociedades, contudo, a doutrina aponta que é possível a transformação imprópria em casos de empresário individual para sociedades e vice-versa (BORBA, 2015, p. 470-471).

A Fusão é um tipo de concentração societária “na qual duas ou mais sociedades se unem, resultando dessa união uma nova sociedade que, diante da extinção de todas as sociedades envolvidas, as sucederá em todos os direitos e obrigações” (BERTOLDI; ROBEIRO, 2011, p.342).

Alexandre Glaser faz um apontamento extremamente importante do ponto de vista tributário que pode gerar a limitação da operação de fusão: a perda dos prejuízos fiscais acumulados, o que inviabilizaria a compensação desses prejuízos reduzindo lucros futuros (GLASER, 2010, p. 20).

Sérgio Mendes Botrel Coutinho apresenta o que alguns doutrinadores chamam de fusão indireta ou imprópria, da seguinte forma:

A fusão indireta (ou imprópria, como preferem alguns) consiste no negócio em que os sócios das sociedades cujas operações se pretende conferir direção unitária integralizam o capital social de uma *holding* com as ações (ou quotas) de suas titulares. Uma vez transferidas para a *holding* as ações representativas do capital social das sociedades operacionais, aquela se torna a controladora destas últimas de maneira a conferir uma unidade econômica às sociedades operacionais (COUTINHO, 2013, p. 117).

A fusão indireta possui uma espécie chamada de *roll up* decorrente da natureza da operação que se caracteriza pela união por meio da criação de uma *holding* em um mercado

extremamente pulverizado, fazendo com que a *holding* seja lançada na Bolsa de Valores por meio de oferta pública inicial (IPO – *Initial Public Offering*), sendo certo que, além das vantagens de consolidar o mercado, ainda gera para as partes possibilidade de ter acesso a créditos mais baratos junto ao mercado de valores mobiliários (COUTINHO, 2013, p. 120).

A cisão ocorre quando uma empresa transfere parte ou todo seu patrimônio para outra(s) sociedades já existentes ou constituídas para este fim. Caso a cisão seja parcial, a empresa cindida continuará existindo precisando fazer uma redução do capital social correspondente à perda do seu patrimônio, no entanto, caso a cisão seja total, a empresa cindida extinguirá (BERTOLDI; ROBEIRO, 2011, p.343).

Herbert Jorge Fritsch faz apontamentos sobre espécies de cisão da seguinte forma:

Doutrinariamente, pode-se distinguir a cisão pura de outros tipos assemelhados, como: a) a cisão pura, em que a sociedade divide o seu patrimônio entre vários novos e se extingue; b) a cisão-absorção, em que a sociedade divide o seu patrimônio entre sociedades existentes e desaparece; c) a cisão ou *apport partiel d'actif* em que a sociedade transfere parte do seu patrimônio, permanecendo; d) cisão *holding*, em que a sociedade reparte o seu patrimônio entre duas ou mais sociedades constituídas para esse fim, permanecendo como sociedade *holding* (FRITSCH, 2011, p. 107).

Já a incorporação é “a operação de concentração societária em que uma ou mais sociedades são absorvidas por outra, que as sucede em todos os direitos e assume todas as suas obrigações mediante a chamada sucessão universal” (BERTOLDI; ROBEIRO, 2011, p.341).

4.3.1 Constituição de grupos de sociedades

As pessoas tendem a reunir recursos e esforços para que o desenvolvimento de alguma atividade possa ser viabilizado ou facilitado, e, assim, acabam por formar sociedades.

Essa mesma lógica se aplica às empresas que podem entender por bem formar uma sociedade de sociedades com um controle comum das sociedades, o que é conhecido como Grupo de Sociedades. É certo que esse grupo de sociedades faz com que suas participantes se obriguem a combinar recursos e esforços para a realização de um fim comum.

O grupo de sociedades pode ser de fato ou de direito. Será de fato quando nenhuma formalização desta união for feita, e de direito quando essa união for formalizada por meio de uma Convenção de Grupo e averbada à margem do registro de cada uma das sociedades convenientes, com o objetivo de determinar a publicidade da existência do grupo. No caso do grupo convencional, inclusive, o nome empresarial de cada uma das sociedades deve ser usado

em conjunto com o nome do grupo, respeitando-se o disposto nos artigos 265 a 277 da Lei nº. 6.404/76 (BRASIL, 1976).

Marlon Tomazette aponta alguns benefícios da criação de grupos de sociedades, *in verbis*:

Os grupos societários podem apresentar inúmeras vantagens, para as sociedades envolvidas, como por exemplo o aumento da produtividade dos membros, o aumento da capacidade de comercializar e distribuir em grande quantidade seus produtos, o aumento dos lucros, a redução dos custos de produção, o favorecimento do progresso tecnológico e, eventualmente, permitir a integração de mercados, quando o grupo se formar entre sociedades de países diferentes (TOMAZETTE, 2013, p. 616).

Percebe-se, assim, que uma empresa familiar pode, a depender da complexidade de sua atividade, possuir uma configuração de várias pessoas jurídicas sob seu comando, no âmbito de um grupo convencional ou não convencional de sociedades.

Para evitar problemas entre familiares, sobre quem ficaria com cada uma das empresas, todas as demais sociedades poderiam tomar forma de sociedades anônimas e se caracterizarem como sociedades subsidiárias integrais, mantendo todos os familiares como sócios da empresa controladora.

No entanto, caso a família já esteja na empresa familiar há 3 (três) ou mais gerações, é estrategicamente interessante que os núcleos familiares mais próximos (micro família) criem alguma sociedade específica para gerenciar o patrimônio desta micro família. Neste caso, a participação societária da empresa familiar (macro família) poderia ser incluída neste patrimônio gerenciado por esta sociedade (da micro família).

Para que a empresa familiar possa ter como sócios sociedades das micro famílias, é importante constar no acordo de sócios e protocolo familiar quais as condições para que isso ocorra, por exemplo se poderia apenas possuir sócios consanguíneos ou também por afinidade, de forma a evitar que a natureza familiar da empresa da macro família se desvirtue.

O meio mais comum de constituição de empresas para cuidar do próprio patrimônio, incluindo-se aí a participação societária em outras empresas (inclusive a empresa familiar) é por meio de uma forma especial de sociedade chamada *holding*.

4.3.1.1 *Holding*

As *Holding* são, por definição clássica, sociedades não operacionais que têm como propósito possuir e gerir o seu próprio patrimônio (constituído por bens móveis e/ou imóveis), bem como participarem como sócias de outras sociedades.

Holding não é um tipo societário, é apenas uma característica que se dá a uma sociedade já constituída sob um tipo preexistente, podendo ser diferenciada em diversos modelos decorrentes da necessidade de sua criação.

Gladston Mamede e Eduarda Cotta Mamede dissecam a sociedade *holding* , nos termos seguintes:

Holding pura: sociedade constituída como objetivo exclusivo de ser titular de quotas ou ações de outra ou outras sociedades. É também chamada de sociedade de participação.

Holding de controle: sociedade de participação constituída para deter o controle societário de outra ou de outras sociedades.

Holding de participação: sociedade de participação constituída para deter participações societárias, sem ter o objetivo de controlar outras sociedades.

Holding de administração: sociedade de participação constituída para centralizar a administração de outras sociedades, definindo planos, orientações, metas etc.

Holding mista: sociedade cujo objeto social é a realização de determinada atividade produtiva, mas que detém participação societária relevante em outras sociedades.

Holding patrimonial: sociedade constituída para ser a proprietária de determinado patrimônio. É também chamada de sociedade patrimonial.

Holding imobiliária: tipo específico de sociedade patrimonial, constituída com o objetivo de ser proprietária de imóveis, inclusive para fins de locação (MAMEDE; MAMEDE, 2011, p. 4).

Quando a *holding* patrimonial de participação possui a finalidade de cuidar do patrimônio de uma família buscando organizar o patrimônio, administração de bens, otimização fiscal, preparar a sucessão hereditária, dentre outro assemelhados, essa *holding* está em uma contextualização própria que passa a ser chamada de *holding* familiar (ARAÚJO; ROCHA JÚNIOR; SOUZA, 2015, p.28).

Desta forma, percebe-se, que uma sociedade operacional que seja tida como uma empresa familiar pode ter como sócios pessoas jurídicas, desde que esses sócios pessoas jurídicas possuam a forma de *holding* contendo como sócios apenas os membros da família que teriam direito de estar na sociedade operacional, para não desvirtuar a característica de ser familiar.

Mas, porque os membros da família optariam por constituir uma *holding* ?

Gladston e Eduarda Cotta Mamede apresentam algumas vantagens como o planejamento patrimonial/familiar, planejamento sucessório/tributário.

Dentro do planejamento patrimonial/familiar é possível vislumbrar algumas vantagens, tais como:

- a) possibilidade de melhor estruturação empresarial;
- b) uniformidade das decisões administrativas;

- c) contenção de conflitos familiares;
- d) distribuição de funções entre os familiares, na pior das hipóteses os mantendo como sócios;
- e) possibilita uma transição para uma administração profissional;
- f) proteção contra assédio de terceiros e tomada de parte da sociedade por terceiros estranhos à família decorrente de dívidas de familiares;
- g) proteção contra fracassos amorosos, evitando que o patrimônio familiar seja transferido para ex-cônjuges;
- h) desenvolvimento de negócios por meio de otimização de estrutura negocial, podendo expandir, concentrar, diversificar negócios;
- i) *offshore company* como possibilidade de administrar bens fora do país, inclusive em locais tidos como paraísos fiscais (MAMEDE; MAMEDE, 2011, p. 52-74).

Dentro do planejamento sucessório/tributário é possível também vislumbrar algumas vantagens, tais como:

- a) redução de impacto decorrente de transferência da participação societária por meio de herança e/ou testamento em razão de manutenção da estrutura da empresa familiar;
- b) a criação de uma *holding* não é necessariamente financeiramente viável frente a manutenção da participação na empresa familiar como pessoa física, no entanto, analisando como forma de Planejamento fiscal torna-se interessante sob o ponto de vista de controle fiscal (MAMEDE; MAMEDE, 2011, p. 75-85).

Por tudo isso, por meio de uma análise casuística de acordo com a intenção dos sócios de uma empresa familiar, pode ser adotada a estratégia de criação de *holding* familiar.

4.3.2 Customização do contrato/estatuto social

Os contratos e estatutos sociais das sociedades possuem algumas cláusulas que são obrigatórias, dentre as quais destacam-se as seguintes (artigo 997 do Código Civil) (BRASIL, 2002):

- a) nome e qualificação dos sócios (nas sociedades anônimas apenas são apresentados os fundadores);
- b) indicação do tipo societário em constituição;
- c) nome social;

- d) objeto social;
- e) endereço da sede e das filiais (se for o caso);
- f) prazo de duração da sociedade (determinado ou indeterminado);
- g) capital social, expresso em moeda corrente e, se o capital social não estiver integralizado, o prazo e as condições de integralização;
- h) responsabilidade dos sócios e a suas participações nos lucros e nos prejuízos;
- i) data de encerramento do exercício social;
- j) a(s) pessoa(s) natural(is) responsável(eis) pela administração da sociedade, bem como seu(s) poder(es), limitação(ões) e atribuição(ões);
- k) declaração de inexistência de impedimento legal ao exercício das atividades do(s) administrador(es);
- l) indicação de foro para solução de eventuais controvérsias societárias.

Considerando apenas estas cláusulas como, em regra, mínimas para constar em um contrato ou estatuto social, e que estes documentos normalmente ficam à disposição para acesso de qualquer pessoa na Junta Comercial (no caso das sociedades de natureza empresária) ou no Cartório de Registro Civil das Pessoas Jurídicas (no caso das sociedades de natureza simples), deve ser feita uma análise quanto a quais informações serão e quais não devem ser mostradas para terceiros.

Todavia, é comum ver documentos sociais constando poucas disposições além das cláusulas mínimas necessárias, pois a grande maioria das disposições referentes às sociedades acabam sendo tratadas por meio de acordo entre os sócios.

Como visto na Governança Familiar, existem vários documentos que os sócios têm ao seu dispor, como o próprio protocolo familiar, para dispor de várias cláusulas tidas como acidentais (ou não obrigatórias).

Assim, o conteúdo dessas cláusulas será tratado no próximo tópico que disporá sobre acordo de sócios, ressaltando que nada impede que possam ser inseridas nos próprios documentos sociais, a depender do grau de governança corporativa que a empresa pretende dar por meio da transparência.

4.3.3 Acordo de sócios (quotistas e/ou acionistas)

O objeto do acordo de sócios se resume em acordo entre sócios sobre os votos (controle e votos minoritários) e acordo de bloqueio (preferência e negociabilidade das ações).

Existem vários doutrinadores que entendem que o objeto do acordo de sócios pode ser mais abrangente, tornando os itens descritos no art. 118 da Lei nº. 6.404/76 apenas exemplificativo. Contudo, é possível o entendimento segundo o qual apenas os itens abordados pelo artigo 118 da Lei nº. 6.404/76 seriam oponíveis a terceiros, em caso de arquivamento do contrato na sede da sociedade (BERTOLDI, 2006, p. 30).

Sobre este tema, segue entendimento de Waldírio Bulgarelli que entende que embora pode “parecer taxativa, dados os termos da lei, só o é, contudo, para que seja respeitado pela companhia e, claro, desde que tenha sido a ela apresentado para averbação, não excluindo a validade de outros tipos de acordos, os quais porém não serão obrigatórios para a companhia” (BULGARELLI, 1980, p. 88).

Marcelo Bertoldi traz algumas figuras que se assemelham ao acordo de acionistas, mas não o são, como o Sindicato Acionário, o *Voting Trust*, o *Pooling Agreement* e a *Holding*.

Segundo Bertoldi, o Sindicato Acionário se assemelha bastante ao acordo de acionistas, contudo, se diferencia pela possibilidade de o síndico votar de acordo com a sua vontade e não se ater aos limites que lhe foram outorgados pelos sócios sindicalizados (BERTOLDI, 2006, p. 32).

Já o *Voting Trust* é a transferência do exercício de voto e da titularidade das ações ao *trustee*, para que este exerça o seu direito de voto, mantendo a propriedade e os direitos patrimoniais da ação com os transferentes. Para Bertoldi, o *trust* nada mais é, então, que um fideicomisso de voto (BERTOLDI, 2006, p. 33).

De acordo com Bertoldi, o *Pooling Agreement* é a forma de combinar como os sócios exercerão seus direitos de voto nas matérias submetidas à assembleia geral. A diferença entre o *Pooling Agreement* e o acordo de sócios é, portanto, que aquele é secreto, ao passo que este deve ser arquivado na sociedade (BERTOLDI, 2006, p. 34/35).

Por fim, na *holding*, de acordo com Bertoldi, as partes criam uma nova pessoa jurídica que será a proprietária das ações da sociedade, ficando os sócios com ações apenas desta, deixando de ter ações daquela (BERTOLDI, 2006, p. 36).

Em qualquer situação, contudo, é importante que se diga que é vedado vender o voto nas deliberações das sociedades, nos termos do art. 115 da Lei nº. 6.404/76, mas nada impede que os sócios possam fazer acordos para dispor sobre o exercício do direito de voto.

Modesto Carvalhosa aponta que os acordos sobre votos se subdividem em acordos de controle e acordos de votos minoritários. Na primeira modalidade

[...] os acionistas signatários instituem uma comunhão para, assim, exercer o controle societário, razão pela qual convencionam realizar uma reunião prévia a cada deliberação atribuída aos órgãos sociais.

Nessa reunião prévia será decidido, pelo critério da maioria absoluta dos acionistas, o direcionamento dos votos a serem proferidos pelos convenientes em assembleia geral. E, em se tratando de matérias relevantes ou extraordinárias, a direção dos votos a serem dados pelos conselheiros e pelos diretores representantes dos acionistas signatários nas reuniões do conselho de administração e da diretoria, respectivamente.

Por aí, o regime do exercício comum do controle acarreta a vinculação das partes do acordo à vontade majoritariamente expressa pela comunhão dos seus signatários, obtida em reunião prévia (CARVALHOSA, 2011, p. 117-118).

Já na segunda modalidade Modesto Carvalhosa afirma que mesmo quando arquivado na sociedade o acordo não gera a obrigatoriedade desta a obedecê-lo quando disser respeito a imposição de diretrizes aos membros dos órgãos de administração eleitos pelos acordantes, por não fazer parte do bloco de poder, apenas podendo ser conteúdo deste acordo outras matérias alheias à administração da sociedade (CARVALHOSA, 2011, p. 119).

Marcelo Bertoldi explicita, ainda, que a minoria significa aqueles que não detêm o poder de controle da sociedade, razão pela qual denomina este tipo de acordo de acordo, celebrado pelos sócios não controladores, como acordo de defesa. Para tanto, Bertoldi apresenta quais são as outras matérias de interesse da minoria que poderiam ser inseridas nestes pactos.

É com o objetivo de criar medidas de proteção contra o absolutismo do grupo dirigente que o legislador concede certos direitos a todos os acionistas e, ainda, cria alguns direitos a determinados acionistas ou acionistas que representem uma parcela predeterminada do capital social da companhia. São vários os dispositivos legais em que se encontra essa situação. Entre eles, pode-se citar os seguintes: terá legitimidade para solicitar a exibição dos livros sociais os acionistas que representem, pelo menos, 5% do capital social; os acionistas que representem no mínimo 5% do capital social poderão convocar assembleia geral, se acaso tal providência não for tomada pelos administradores da companhia; os acionistas ordinarielistas que representem 15% do capital social ou os preferencialistas que representem 10% do capital social poderão fazer uso do instrumento da votação em separado para a escolha do membro do conselho de administração da companhia; caberá aos acionistas que representem 5% do capital social promover ação de responsabilidade civil contra o administrador, se acaso não for deliberado pela assembleia geral da companhia (BERTOLDI, 2006, p. 87-88).

De qualquer maneira, é importante mencionar que esses acordos de sócios deverão sempre buscar a satisfação do interesse social amplo da sociedade, ao invés do interesse individual dos sócios acordantes, sob pena de ser considerado abusivo o voto/acordo, nos termos do disposto artigo 115 da Lei nº. 6.404/76.

Os acordos de bloqueio, ou acordos sobre as ações, “criam para as partes, direitos e obrigações relativos à alienação, aquisição ou criação de ônus reais sobre as ações da

companhia [...] e têm por finalidade assegurar estabilidade a grupo dos acionistas [...]” (LOBO, 2017, p. 337).

Com grande acerto, Carlos Augusto da Silveira Lobo afirma que se costuma fazer este tipo de acordo em empresas familiares para manter a integridade, a identidade, familiar na sociedade (LOBO, 2017, p. 337). E isso geralmente é estabelecido pela cláusula de preferência entre os sócios acordantes.

Todavia, Carlos Augusto da Silveira Lobo separa, ainda, o acordo de bloqueio em 4 (quatro) categorias: acordo de preferência, de promessa ou opção de compra ou venda, de consentimento prévio e de vedação à alienação (LOBO, 2017, p. 337).

Segundo o mencionado autor, o acordo de preferência confere uma opção de precedência para adquirir ações de uma das partes para outra parte antes de oferecer ao público em geral. A forma que ocorre é por meio da apresentação de uma proposta certa, completa e séria para as demais partes do acordo para que alguém se manifeste se aceita, ao menos, igualar a proposta. Uma espécie de acordo de preferência é o acordo de primeira oferta, o qual o alienante deve apresentar uma proposta de oferta certa, completa e séria aos outros participantes do acordo antes de oferecer a terceiros nos mesmos termos. Outra espécie de acordo de preferência é a texana, *shotgun* ou *buy-or-sell* no qual uma parte oferece para outro para comprar as ações do outro ou vender suas ações para o outro nas condições apresentadas (LOBO, 2017, p. 339-340).

As partes podem assinar, também, promessa de compra e venda que já estipula todo o conteúdo necessário para efetivar um contrato de compra e venda de ações, constando, ainda, um termo ou condição que, quando implementada, qualquer das partes tem a possibilidade de obrigar a outra ao seu cumprimento. Pacto semelhante é a opção de compra e venda que as partes estipulam todo o conteúdo de um contrato de compra e venda, contudo, ao implementar a condição ou o termo, uma das partes terá a possibilidade de impor à outra o contrato como pactuado, ou simplesmente não efetuar o contrato (LOBO, 2017, p. 340-341).

Ainda sobre o acordo de acionistas com o conteúdo de compra e venda de ações existe uma questão bastante comum chamada de alienação em conjunto. Este tipo de acordo confere o direito de venda de todas as ações do bloco em determinadas situações (LOBO, 2017, p. 341).

Modesto Carvalhosa explica 3 (três) espécies de cláusulas para acordo de acionistas com relação à alienação em conjunto de ações. A operação *Tag Along* pode ser entendida como “uma forma de restringir a circulação das ações objeto do acordo, que reveste a venda originária a terceiros da condição de compra também das ações dos seus demais signatários” nas mesmas

condições ofertadas ao vendedor inicial. Nesse caso o comprador é obrigado a comprar as ações dos demais participantes do acordo, caso estes queiram vender, nas mesmas condições ofertadas ao controlador (CARVALHOSA, 2011, p. 311-312). A operação *Drag Along* pode ser entendida como uma obrigação dos demais participantes em vender suas ações caso um comprador queira comprar as ações de um dos contratantes (CARVALHOSA, 2011, p. 315). Por fim, Carvalhosa aponta a operação *Bring Along* a qual um “grupo minoritário dominante – que a prática norte americana denomina controlador – compromete-se a vender as suas ações caso outros grupos minoritários do acordo tragam uma proposta de aquisição subscrita por um terceiro interessado na aquisição desse maior bloco de ações que permite aos seus titulares, aleatoriamente, eleger os administradores” (CARVALHOSA, 2011, p. 322-323).

Por outro lado, o acordo de acionistas com cláusula de consentimento prévio “é aquele que verifica a necessidade de prévia aprovação do nome do possível adquirente, para só então ser consentida a alienação das ações” (BERTOLDI, 2006, p. 98). Esta cláusula apenas seria válida se em caso de negação do consentimento as ações fossem adquiridas a preço justo, segundo critério estabelecido no próprio acordo (LOBO, 2017, p. 342).

De qualquer maneira, a vedação de alienação apenas é válida se o prazo do bloqueio for razoável e a justificativa para tanto não for abusiva (LOBO, 2017, p. 343). Pensamento diverso de Marcelo Bertoldi, que entende nunca ser válida tal estipulação (BERTOLDI, 2006, p. 96-98). Todavia, a primeira posição parece ser mais acertada, pois a vedação da alienação não é sem justificativa e/ou vitalícia, deverá constar por um determinado tempo, e geralmente é estabelecida de forma motivada.

As estipulações de prazo de bloqueio são estrategicamente bastante interessantes quando alguém está comprando parte de uma empresa, mas não conhece do negócio que está comprando, ou, não conhece tão bem quanto aqueles que já estavam no negócio anteriormente, e quer buscar mais segurança no sentido de que a empresa continuará trabalhando como antes de parte dela ser vendida. Assim, o adquirente busca manter o alienante com parte da participação social ou até que já esteja ciente de como o negócio funciona, devendo este prazo ser discutido entre as partes, sendo razoável um prazo de até 5 (cinco) anos.

4.4 FUSÕES E AQUISIÇÕES

Mesmo os conceitos de fusões e aquisições já tendo sido apresentado de forma isolada, faz-se necessário apresentar o conceito de fusão e aquisição como um termo único, uma vez que visa a uma finalidade específica, sendo mais abrangente que os vocábulos isolados.

Nesse sentido, Sérgio Mendes Botrel Coutinho faz as seguintes considerações sobre a questão:

Tradução da expressão do mercado anglo-saxão *mergers and acquisitions* (M&A), a nomenclatura fusões e aquisições identifica o conjunto de medidas de crescimento externo ou compartilhado de uma corporação, que se concretiza por meio da “combinação de negócios” e de reorganizações societárias. Estão inseridas na terminologia sob análise não somente compras de ativos empresariais e participações societárias, e a união de duas ou mais sociedades para a formação de uma terceira, mas também a formação de grupos societários, a constituição de sociedades de propósito específico (SPE), a contratação de sociedade em conta de participação (SCP), a formação de consórcios, a cisão, a incorporação de sociedades ou de ações etc. Enfim, o modelo jurídico escolhido pelas partes pode variar consideravelmente, pois o que caracteriza uma operação de fusão e aquisição é a sua finalidade: servir de instrumento de implantação da estratégia de crescimento externo ou compartilhado (COUTINHO, 2013, p. 21).

A Fusão e Aquisição possui vários objetivos motivadores, dentre eles o aumento do poder de mercado, a internacionalização, a renovação, regeneração e substituição de pesquisa e desenvolvimento, dentre outros. No entanto, pode-se resumir todos os elementos motivadores em basicamente o aumento da EPS (*earning per share* – lucro por ação) (COUTINHO, 2013, p. 29).

No entanto, em torno de 60% (sessenta por cento) a 70% (setenta por cento) das operações de Fusão e Aquisição frustram este objetivo principal, muitas vezes decorrentes de uma *due diligence* estratégica mal feita ou da deficiência do planejamento jurídico estratégico da operação. Em outras situações, não são verificadas e devidamente tratadas as questões relativas ao choque cultural normalmente existente entre as empresas que participam do projeto, ou não é realizado um planejamento estratégico para o período pós-fusão. Mas, do ponto de vista jurídico, existem mecanismos que, uma vez utilizados, possibilitam uma estruturação mais eficiente e apta para atingir os objetivos buscados pelas partes do negócio, ou, ao menos, evitar um prejuízo maior como inclusão de cláusulas de desfazimento do negócio, inclusão de tese de investimento⁹ (COUTINHO, 2013, p. 43).

4.4.1 Procedimentos preparatórios para uma fusão e aquisição

O processo de Fusão e Aquisição pode ser simples e sem qualquer cautela, deixando o sucesso do resultado por conta da sorte, ou ser desenvolvido por meio de um projeto elaborado

⁹ Demonstrações concretas de como e porque a Fusão e Aquisição irá aumentar o lucro por ação.

e complexo, organizado e planejado, que busca evitar que a negociação seja prejudicial às partes.

O processo de Fusão e Aquisição se inicia por negociações sempre cercadas de documentos.

Para se iniciar as negociações é comum que as partes utilizem alguns documentos, tais como:

- a) Acordo de Confidencialidade (*Non Disclosure Agreement - NDA*): documento de gera o dever de não divulgar para terceiros as informações obtidas durante as negociações;
- b) Carta de Intenções (*Letter of Intente – LoI*): documento que possui como base informação de uma ou de ambas as partes da intenção se negociar, e geralmente equivale a um convite para negociar, sem caráter vinculativo;
- c) Auditoria Legal (*Due Diligence*): fase que aponta a correição das informações passadas e o real estado da empresa auditada;
- d) Memorando de Entendimento (*Memorandum of Understanding – MoU*): tem como bases o estreitamento das negociações acertando os pontos chaves do negócio, em especial: o valor e forma do pagamento, a retenção de funcionários, a inexistência de alteração substancial da situação econômico-financeira da empresa, a existência de planejamento tributário, cronograma para evolução do processo de Fusão e Aquisição e a força vinculante com cláusula penal (COUTINHO, 2013, 209-249).

Por fim, após as negociações preliminares, passa-se a elaboração do contrato que deverá levar em consideração todo o negociado e documentado até então, observando-se como parâmetro também os comandos normativos decorrentes dos princípios da transparência, da lealdade e da boa-fé.

4.4.2 Principais problemas jurídicos que dificultam as operações de fusão e aquisição em empresas familiares

Carolina da Rocha Frigerio Kern observa que as pessoas tomam decisões racionais ou intuitivas.

O termo “racional” na administração está relacionado aos fins pretendidos, mais especificamente, aos meios utilizados para se chegar nos fins propostos. Através da racionalidade burocrática de Weber (1963) tem-se a operacionalização da racionalização no campo da administração, imperando

uma lógica mecânica na qual a razão tem relação direta com a técnica. Na medida em que os objetivos da organização são alcançados através de ações coordenadas, com regras, sem o envolvimento passional das pessoas, esta técnica racional é validada.

Por meio dessa visão racional, entende-se que o sujeito, ao tomar uma decisão, é capaz de enumerar todas as alternativas possíveis, além de ter todas as informações relevantes necessárias para a escolha da alternativa correta (KERN, 2015, p. 42).

Já a decisão intuitiva possui como preconceito que a intuição é anterior à razão, sendo assim descrito por Sylvia Constant Vergara:

Intuição é aquilo que produz o conhecimento intuitivo, que tem origem na consciência vital, segundo o sentido filosófico e o da psicologia transpessoal, ou no inconsciente individual e coletivo, segundo o sentido jungiano. Ela independe de tempo-espaço, é sintética, não necessita de explicações ou de provas, nem apresenta relações de causa e efeito. Permite o acesso ao conhecimento de forma imediata, sem análises ou mediações e transcende a razão, aqui entendida como aquilo que produz conhecimento racional, que se origina dos sentidos e do intelecto. Razão e Intuição estão presentes na tomada de decisão (VERGARA, 1993, p. 130-131).

Percebe-se, assim, que as pessoas podem tomar decisões baseando-se na razão ou na intuição, ou subconsciente, sendo certo que a decisão tomada por meio racional pode ser comprovada por meio das bases empíricas nas quais foi fundamentada. Já a intuição, por ocorrer antes da razão, não pode ser, necessariamente, comprovada, deixando a cargo da sorte o resultado da decisão tomada.

Após o estudo das sociedades familiares, percebe-se que as suas fraquezas são os principais motivos que geram a dificuldade em pactuar Fusões e Aquisições.

A falta de controle sobre o patrimônio pessoal, familiar e empresarial é um fator dificultador para que a pessoa que pensaria em comprar a sociedade possa saber com certeza o que está comprando, desta forma, neste quesito, faz-se importante utilizar-se dos meios dispostos pela governança familiar para criar estruturas e instrumentos jurídicos para separar e manter separado os patrimônios familiar e empresarial.

Da mesma forma, dentro das expectativas familiares, as pessoas devem ser colocadas nos seus devidos lugares, sejam gerenciais, ou não, ou até mesmo nem participarem da empresa, mantendo-se apenas como sócios, pois em certos momentos a pessoa demonstra não ter condições para trabalhar na empresa, apenas o fazendo por questões familiares.

Um dos maiores problemas a ser enfrentado para questões relacionadas à Fusão e Aquisição nas empresas familiares é a dificuldade para enfrentar expansões e a dificuldade para enfrentar uma renovação organizacional normalmente decorrentes desses projetos, a qual apenas pode ser resolvida por meio da devida preparação da família empresária e da empresa familiar, por meio dos instrumentos mencionados e explicitados acima nesse trabalho, bem

como a constituição dos serviços de consultorias anexas ao *Family Office*, tais como aquelas desenvolvidas por psicólogos, *coaches* e professores voltados para treinamentos específicos para a inovação e a gestão de mudanças.

Treinamentos, estudos, teorias aliadas à prática, bem como obediência aos programas de *compliance* e decisões tomadas pelo Conselho de Família podem facilitar com que os membros da família que trabalham na empresa possam planejar a sucessão da propriedade e da gestão da empresa familiar.

Contudo, para que os órgãos de governança familiar funcionem, os membros da família devem impor moralmente sua aplicação, afinal de contas, apenas com a profissionalização da empresa familiar as decisões podem ser tomadas de forma racional e mais eficiente.

Enquanto a gestão das empresas familiares e das famílias empresárias em si não forem devidamente profissionalizadas, as decisões serão tomadas ao acaso e, conseqüentemente, os resultados também o serão, inviabilizando um processo lógico de venda de uma empresa familiar quando chegar a hora de desapegar do patrimônio uma vez que poderá ser mais vantajoso ficar com o patrimônio não mobilizado que investido em uma empresa.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A maioria das empresas mais antigas do mundo são (ou foram) familiares, o que demonstra que possuem uma força diferenciada, no entanto, a grande maioria das empresas familiares sequer chegam à terceira geração, demonstrando também possuir fraquezas inerentes à sua condição.

Desta forma, este trabalho se propôs a verificar quais as características das empresas familiares, suas forças, suas fraquezas, para identificar estratégias jurídicas para prepara-la para permanecer no mercado sem encerrar suas atividades, bem como estar preparada para ser vendida com o máximo de aproveitamento possível para as partes envolvidas.

A Análise Estratégica do Direito traz ferramentas que auxiliam a responder a este problema.

Inicialmente os familiares devem conhecer a si mesmos e ao próprio negócio. A forma mais eficaz disso ocorrer é através da criação de estruturas jurídicas de gestão de famílias e de negócios.

Ao criar estruturas de governança familiar, os componentes da família poderão estabelecer um *locus* para debater questões inerentes à família, bem como verificar de que forma essas questões familiares podem interferir nos negócios.

Já o negócio deve ser exercido de forma profissional, não devendo privilegiar pessoas que não possuem capacidade e competência suficientes para exercer cargos na empresa apenas porque fazem parte da família, devendo a empresa ser regida pelas boas práticas de governança corporativa como a transparência, a equidade, a prestação de contas e a responsabilidade corporativa.

No entanto, é extremamente importante que as governanças familiar e corporativa estejam alinhadas com a governança jurídica, uma vez que a boa utilização desta evita que ilegalidades sejam cometidas, dando base para aquelas.

Após analisar os institutos de governança, percebe-se que a família deve entender que o papel da família deve ser separado do papel dos negócios, e, para tanto, devem ser criados órgãos familiares para auxiliar os familiares a evoluírem como uma família empresária, bem como preparar membros para trabalharem na empresa familiar, se for o caso.

Os órgãos que podem ser criado para este fim são a reunião familiar, a assembleia familiar, o conselho de família, os *family offices*, comitês e o protocolo familiar.

Com estes órgãos as principais fraquezas das empresas familiares podem ser limitadas, em especial com a profissionalização da empresa, de forma que os familiares devam

aprender a distinção como evitar a confusão entre o que é assunto de família e o que é assunto de empresa, prepara os sócios e os familiares para expandirem, preparar um planejamento adequado dos negócios de curto, médio e longo prazo, bem como gerir o patrimônio familiar de forma independente da própria empresa.

Por outro lado, essa profissionalização não interfere de maneira negativa na empresa, até pelo contrário, pois os valores e estratégias empresariais, a comunidade criada em razão da empresa familiar apenas tendem a se fortalecer, gerando ainda mais lealdade ao negócio.

Após conhecer a si, aos familiares e à empresa, é possível estabelecer estratégias para manter a profissionalização e buscar a continuidade da empresa. Uma forma disso ocorrer é limitar problemas entre os familiares (em especial os sócios/empregados familiares) gerando a obrigatoriedade de resolução de conflitos através de meios alternativos ao Judiciário, instituindo cláusulas neg-med-cons-arb nos contratos e documentos legais que envolvam as partes, em especial os sócios do negócio empresarial.

Ao estabelecer estratégias, é possível verificar se elas estão sendo cumpridas através de auditorias específicas, bem como pela adoção de programas de *compliance*. Elaboradas as estratégias, deve ser feito planos de ação para que as metas sejam alcançadas.

Por fim, com o planejamento bem feito e devidamente cumprido, a tendência é que a empresa familiar possa se perenizar no tempo.

Com a empresa funcionando de forma regular, a tendência é ela se manter no mercado e até mesmo aumentar seu valor de mercado, podendo, inclusive, aumentar seu valor de mercado porque estará funcionando bem não só em termos gerenciais, mas também jurídicos.

A empresa funcionando de forma correta pode gerar oportunidades de negócios, inclusive de negócios de fusão e aquisição, devendo, os familiares estarem preparados.

Esse preparo pode ser feito através de customização de documentos sociais e parassociais, como contrato/estatuto social e acordo de sócios, constando cláusulas específicas como *tag along*, *bring along*, *drag along* e *shotgun* visando a manter as escolhas como familiares até a efetiva venda da empresa.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Elaine Cristina de; ROCHA JÚNIOR, Alindo Luiz; SOUZA, Katia Luiza Nobre. **Holding: aspectos contábeis, societários e tributários**. São Paulo: IOB SAGE, 2015.

ARAÚJO, Fernando. **Teoria económica do contrato**. Coimbra: Almedina, 2007.

ASQUINI, Alberto. Perfis da empresa. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**. Tradução de Fábio Konder Comparato. São Paulo, v. 35, n. 104, p. 109-126, out./dez. 1996.

ASSUMPÇÃO, Antônio Augusto Francia; LOUREIRO, Fernando; ALVARENGA NETO, José de Mello da Cunha; RAIMUNDO, Pedro Henrique. *A due diligence no direito societário: um roteiro para auditoria jurídica na área societária*. In: ABRAHAM, Marcus. **Manual de auditoria jurídica - Legal due diligence: uma visão multidisciplinar no direito empresarial brasileiro**. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 25-83.

BERTOLDI, Marcelo M. **Acordo de Acionistas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

BERTOLDI, Marcelo Marco; RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. **Curso avançado de direito comercial**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

BORBA, José Edwaldo Tavares. **Direito Societário**. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

BORNHOLDT, Werner. **Governança na empresa familiar: implementação e prática**. Porto Alegre: Bookman, 2005.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Diário Oficial da União, Brasília, 05 de outubro de 1988.

BRASIL. Decreto 8.420, de 18 de março de 2015. Regulamenta a Lei no 12.846, de 1o de agosto de 2013, que dispõe sobre a responsabilização administrativa de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, 19 de março de 2015.

BRASIL, Decreto 737, de 25 de novembro de 1850. Determina a ordem do Juízo no Processo Commercial. Coleção de Leis do Império do Brasil, Rio de Janeiro, 1850.

BRASIL. Lei 4.137, de 10 de setembro 1962. Regula e repressão ao abuso do Poder Econômico. Diário Oficial da União, Brasília, 27 de novembro de 1962.

BRASIL. Lei 6.404, de 15 de dezembro de 1976. Dispõe sobre as Sociedades por Ações. Diário Oficial da União, Brasília, 17 de dezembro de 1976.

BRASIL. Lei 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, 16 de julho de 1990.

BRASIL. Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, 12 de setembro de 1990.

BRASIL. Lei 9.307, de 23 de setembro de 1996. Dispõe sobre a arbitragem. Diário Oficial da União, Brasília, 24 de setembro de 1996.

BRASIL. Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Diário Oficial da União, Brasília, 10 de janeiro de 2002.

BRASIL. Lei 12.010, de 03 de agosto de 2009. Dispõe sobre adoção; altera as Leis nos 8.069, de 13 de julho de 1990 - Estatuto da Criança e do Adolescente, 8.560, de 29 de dezembro de 1992; revoga dispositivos da Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil, e da Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, aprovada pelo Decreto-Lei no 5.452, de 1º de maio de 1943; e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, 04 de agosto de 2009.

BRASIL. Lei 13.129, de 26 de maio de 2015. Altera a Lei no 9.307, de 23 de setembro de 1996, e a Lei no 6.404, de 15 de dezembro de 1976, para ampliar o âmbito de aplicação da arbitragem e dispor sobre a escolha dos árbitros quando as partes recorrem a órgão arbitral, a interrupção da prescrição pela instituição da arbitragem, a concessão de tutelas cautelares e de urgência nos casos de arbitragem, a carta arbitral e a sentença arbitral, e revoga dispositivos da Lei no 9.307, de 23 de setembro de 1996. Diário Oficial da União, Brasília, 27 de maio de 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação de descumprimento de preceito fundamental nº 132/RJ** – Rio de Janeiro. Relator: Ministro Ayres Britto. Pesquisa de Jurisprudência, Acórdãos, 05 de maio de 2011. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=11872>. Acesso em: 22 abr. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação direta de inconstitucionalidade nº 4277/DF** – Distrito Federal. Relator: Ministro Ayres Britto. Pesquisa de Jurisprudência, Acórdãos, 05 de maio de 2011. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=11872>. Acesso em: 22 abr. 2018.

BUENO, José Carlos Casillas; FERNÁNDEZ, Carmen Díaz; SÁNCHEZ, Adolfo Vásques. **Gestão da empresa familiar: conceitos, casos e soluções**. Tradução de Vertice Translate. Revisão técnica de Antonio Vico Mañas. São Paulo: Thomson Learning, 2007.

BULGARELLI, Waldírio. A regulamentação jurídica do acordo de acionistas no Brasil. **Revista de direito mercantil, industrial, econômico e financeiro**. v. 40, p. 80-92, out-dez. 1980.

CAHALI, José Francisco. **Curso de arbitragem**. 3. ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

CARVALHOSA, Modesto. **Acordo de Acionistas: homenagem a Celso Barbi Filho**. São Paulo: Saraiva, 2011.

CARVALHOSA, Modesto. **Comentários à Lei de Sociedades Anônimas**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1998, v. II.

CASTRO, Flávia Lages de. **História do direito: geral e Brasil**. 9. ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2011.

COASE, Ronald Harry. The Nature of Firm. **ECONOMICA**, Londres, nº.4, edição 16, p. 386-405, nov. 1937.

COMPARATO, Fábio Konder. **O poder de controle na sociedade anônima**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

CONSELHO FEDERAL DE CONTABILIDADE. Resolução 877 de 18 de abril de 2000. Aprova da NBC T 10 – Dos aspectos contábeis específicos em entidades diversas, o item NBC T 10.19 – Entidades sem finalidade de lucros. Diário Oficial da União, Brasília, 20 de abril de 2000. Disponível em: http://www1.cfc.org.br/sisweb/SRE/docs/RES_877.pdf. Acesso em: 21 out. 2018.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Justiça em Números 2017: ano-base 2016**. Brasília: CNJ, 2017.

COUTINHO, Sérgio Mendes Botrel. **Fusões & aquisições: aspectos estratégicos, estruturas e aspectos societários, aspectos negociais e contratuais, aspectos fiscais**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

COUTINHO, Sérgio Mendes Botrel. **O direito das sociedades anônimas e a teoria dos direitos fundamentais: uma proposta de leitura constitucional do direito societário**. 2008. 176f. Tese (Doutorado em direito) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte.

COUTINHO, Sérgio Mendes Botrel. Mecanismos de profissionalização e preservação da empresa familiar. *In*: COELHO, Fábio Ulhoa; FÉRES, Marcelo Andrade. **Empresa Familiar: Estudos Jurídicos**. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 377-394.

CUNHA, Davina Maria Gonçalves. **Mediação ambiental no Brasil: possibilidades e limitações na solução extrajudicial de conflitos, envolvendo o meio ambiente, a partir da experiência dos termos de ajustamento de conduta celebrados pelo ministério público**. 2016. 173f. Dissertação (Mestrado profissional em planejamento ambiental) – Universidade Católica do Salvador, Salvador.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 5. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

DICIONÁRIO MICHAELIS. Disponível em: <http://michaelis.uol.com.br>. Acesso em 22 abr. 2018.

DINIZ, Eli. Governabilidade, Democracia e Reforma do Estado: Os Desafios da Construção de uma Nova Ordem no Brasil dos Anos 90. *In*: **Dados** – Revista de Ciências Sociais. Rio de Janeiro, volume 38, nº 3, 1995. p. 385-415.

DONAGGIO, Angela Rita Franco; SILVEIRA, Alexandre Di Miceli da. A importância dos conselhos de administração para as empresas familiares. *In*: PRADO, Roberta Nioac (coord.).

Empresas familiares: governança corporativa, governança familiar e governança jurídica. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 123-142 (Série GV Law – Direito, Gestão e Prática).

DONNELLEY, Robert G.. A empresa familiar. **Revista de Administração de Empresas**. Tradução de Carlos Osmar Bertero. São Paulo, v.7, n. 23, p. 161-198, Jun 1967.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

EIZIRIK, Nelson. **A lei das S/A comentada**. São Paulo: Quartier Latin, 2011.

FAZZIO JR, Waldo. **Manual de Direito Comercial**. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

FERÉS, Marcelo Andrade. **Protocolo ou pacto de família:** a estabilização das relações e expectativas na empresa familiar. *In:* COELHO, Fábio Ulhoa; FÉRES, Marcelo Andrade. **Empresa Familiar:** Estudos Jurídicos. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 333-3375.

FERNANDINO, Matheus Bonaccorsi. **Governança jurídica nas empresas familiares**. 2013. 119f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Fumec, Belo Horizonte.

FIUZA, César Augusto de Castro. Dignidade humana, autonomia privada e direitos da personalidade. *In* FIUZA, César Augusto de Castro. (Coord.). **Autonomia privada:** direitos da personalidade. Belo Horizonte: D Plácido, 2015, p. 35-47.

FIUZA, César Augusto de Castro. Por uma redefinição da contratualidade. **Revista Meritum:** revista de direito da FCH/FUMEC, Belo Horizonte, v. 2, nº.1, p. 45-64, jan/jun 2007.

FIUZA, César Augusto de Castro. **Teoria geral da arbitragem**. Belo Horizonte: Del Rey, 1995.

FLAKS, Luís Loria. A arbitragem na reforma da Lei das S/A. **Revista de Direito Mercantil Industrial, Econômico e Financeiro**, Ano XLII, n. 131, p. 100-121, Jul-Set, 2003.

FRITSCH, Herbert Jorge. **Cisão nas limitadas**. Porto alegre: Livraria do Advogado, 1993.

GABRICH, Frederico de Andrade. Análise estratégica do direito. *In:* GABRICH, Frederico de Andrade. (Coord.). **Análise estratégica do direito**. Belo Horizonte: Universidade FUMEC. Faculdade de Ciências Humanas e Sociais, 2010, p. 9-32.

GABRICH, Frederico de Andrade. Inovação estratégica no direito. *In:* GABRICH, Frederico de Andrade. (Coord.). **Inovação no Direito**. Belo Horizonte: Universidade FUMEC. Faculdade de Ciências Humanas e Sociais, 2012, p. 11-69.

GABRICH, Frederico de Andrade. Inovação estratégica no direito. *In:* GABRICH, Frederico de Andrade. (Coord.). **Inovação no Direito**. Belo Horizonte: Universidade FUMEC. Faculdade de Ciências Humanas e Sociais, 2012, p. 145-207.

GABRICH, Frederico de Andrade. Design *thinking* e direito. In: GABRICH, Frederico de Andrade. (Coord.). **Inovação no Direito**. Belo Horizonte: Universidade FUMEC. Faculdade de Ciências Humanas e Sociais, 2012, p. 311-348.

GLASER, Alexandre. **Reorganização societária como forma de planejamento tributário**. 2010. 59f. Dissertação (Mestrado em economia) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre.

GERSICK, Kelin E.; DAVIS, John A.; HAMPTON, Marion M.; LANSBERG, Ivan S. **De geração para geração**: ciclo de vida das empresas familiares. São Paulo: Negócio, 1997.

GOMES, Elena de Carvalho. Entre o direito de família e o direito de empresa: a impresa familiare do codice civile. In: COELHO, Fábio Ulhoa; FÉRES, Marcelo Andrade. **Empresa Familiar**: Estudos Jurídicos. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 103-118.

GOMES, Orlando. **Direito de Família**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**: direito de família. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, v. 6.

GONÇALVES, Nilton Oliveira. **Manual de auditoria trabalhista**: Teoria e prática na auditoria trabalhista. São Paulo: LTr, 2006.

GRAU, Eros Roberto. Um novo paradigma dos contratos? **Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo**, São Paulo, v. 96, p. 423-433, jan. 2001. ISSN 2318-8235. Disponível em: <https://www.periodicos.usp.br/rfdusp/article/view/67510>. Acesso em: 11 fev. 2018.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Família e casamento em evolução. **Revista Brasileira de Direito de Família**, Porto Alegre, v. 1, n. 1, p. 8-16, abr-jun. 1999.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GOVERNANÇA CORPORATIVA. Código de Melhores Práticas de Governança Corporativa. 5ª ed. São Paulo: IBGC, 2015. Disponível em: <http://www.ibgc.org.br/userfiles/files/Publicacoes/Publicacao-IBGCCodigo-CodigosdasMelhoresPraticasdeGC-5aEdicao.pdf>. Acesso em: 29 set. 2018.

ITÁLIA. Regio Decreto nº. 262. Aprovação do texto do Código Civil. 16 de março de 1942. Gazzetta Ufficiale, Roma, 04 de abril de 1942.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Tradução Paulo Quintela. São Paulo: Editora 70, 2007.

KASSAI, José Roberto *et alli*. O que é lucro operacional? Goiânia/GO: Anais do XVI Congresso Brasileiro de Contabilidade, 2000. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/1233205/mod_resource/content/1/O%20que%20%C3%A9%20Lucro%20Operacional%20%28original%29.pdf. Acesso em: 21 out. 2018

KERN, Carolina da Rocha Frigerio. **Um estudo sobre as armadilhas do processo decisório em fusões e aquisições**. 2015. 109f. Dissertação (Mestrado em Gestão Empresarial) – Escola

Brasileira de Administração Pública e de Empresas da Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro.

LAMY FILHO, Alfredo; PEDREIRA, José Luiz Bulhões. Conceito e natureza. *In*: LAMY FILHO, Alfredo; PEDREIRA, José Luiz Bulhões (coord.). **Direito das Companhias**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 21-117.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria geral do processo**. 6. ed. São Paulo: Thomson, 2005.

LEMOS JUNIOR, Eloy Pereira Lemos Junior; SILVA, Raul Sebastião Vasconcelos. Reorganização societária e blindagem patrimonial por meio de constituição de holding. **Scientia Iuris**. Londrina, v.18, n.2, p. 55-71, dez. 2014.

LENZA, Vitor Barboza. Cortes arbitrais. **Revista CEJ**, v. 6 n. 17 p. 58-68, abr./jun. 2002. Disponível em: <http://www.cjf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/view/469/650>. Acesso em: 02 nov. 2018.

LOBATO, David Menezes; MOYSÉS FILHO, Jamil; RODRIGUES, Murilo Ramos Alambert; TORRES, Maria Cândida Sotelino. **Estratégia de empresas**. 9. ed. Rio de Janeiro: FGV, 2009.

LOBO, Carlos Augusto da Silveira. Acordo de Acionistas. *In*: LAMY FILHO, Alfredo; PEDREIRA, José Luiz Bulhões (coord.). **Direito das Companhias**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 321-361.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Direito Civil: Famílias**. São Paulo: Saraiva, 2008.

LOPES, Rose Mary. Empresas familiares vencem o desafio de durar por gerações. **Portal UOL**. Disponível em: <https://economia.uol.com.br/empreendedorismo/colunistas/2012/10/26/empresas-familiares-vencem-o-desafio-de-durar-por-geracoes.htm>. Acesso em: 02 set. 2018.

MAGALHÃES, Rodrigo Almeida. **Arbitragem e convenção arbitral**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2006.

MAMEDE, Gladston. **Manual de Direito Empresarial**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

MAMEDE, Eduarda Cotta; MAMEDE, Gladston. **Empresas familiares: administração, sucessão e prevenção de conflitos entre os sócios**. São Paulo: Atlas, 2012.

MAMEDE, Eduarda Cotta; MAMEDE, Gladston. **Holding familiar e suas vantagens: planejamento jurídico e econômico do patrimônio e da sucessão familiar**. São Paulo: Atlas, 2011.

MANIN, Bernard. Legitimidade e Deliberação Política. *In*: WERLE, Denílson Luiz. E MELO, Rúrion Soares (Org.). **Democracia Deliberativa**. São Paulo: Singular, Esfera Pública, 2007, p.15-45.

- MARQUES, Pedro Paulo Uchôa Fonseca. **A função corretiva da lei 12.846/2013 e os instrumentos de combate à corrupção**. 2016. 80f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Fumec, Belo Horizonte.
- MARRYMANN, John Henry. **La tradición jurídica romano-canónica**. Tradução: Carlos Sierra. México DF: Fondo de Cultura Económica. 1980. Título original: The Civil Law Tradition. An Introduction to the Legal Systems of Western Europe and Latin America.
- MAZIERO, Franco Giovanni Mattedi. Inovação na solução de conflitos: a advocacia colaborativa. **Percorso Acadêmico**. Belo Horizonte v.8, n.15, p. 69-92, jan./jun. 2018.
- MENDONÇA, José Xavier Carvalho de. **Tratado de direito comercial brasileiro**. 5. ed. São Paulo: Freitas Bastos, 1953, v. 1.
- MÜLLER, Cláudio José. **Modelo de gestão integrando planejamento estratégico, sistemas de avaliação de desempenho e gerenciamento de processos** (MEIO - Modelo de Estratégia, Indicadores e Operações). 2003. 253f. Tese (Doutorado em Engenharia de Produção) - Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre.
- NOGUEIRA, Marco Aurélio. **Em defesa da política**. São Paulo: Senac, 2001.
- OLIVEIRA, Djalma de Pinho Rebouças de. **Empresa familiar: como fortalecer o empreendimento e otimizar o processo sucessório**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2010.
- PEDREIRA, José Luiz Bulhões. Direito de retirada. *In*: LAMY FILHO, Alfredo; PEDREIRA, José Luiz Bulhões (coord.). **Direito das Companhias**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 240-277.
- PEREIRA, Caio Mario da Silva. Código Napoleão - Influência nos sistemas jurídicos ocidentais. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais**, Belo Horizonte, nº.39, 1989, p. 1-14.
- PETER, Brainard Guy. O que é Governança? **Revista do Tribunal de Contas da União**. Brasília, n. 127, p. 28-33, mai./ago. 2013.
- PIMENTA, Eduardo Goulart. **Direito societário**. Porto Alegre: Fi, 2017.
- PIMENTA, Eduardo Goulart; ABREU, Maíra Leitoguinhos de Lima. Conceituação jurídica da empresa familiar. *In*: COELHO, Fábio Ulhoa; FÉRES, Marcelo Andrade. **Empresa Familiar: Estudos Jurídicos**. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 49-64.
- PLETI, Ricardo Padovani. Empresas familiares e famílias empresárias: desafiadora transição entre duas realidades sistêmicas. *In*: COELHO, Fábio Ulhoa; FÉRES, Marcelo Andrade. **Empresa Familiar: Estudos Jurídicos**. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 65-84.
- PRADO, Roberta Nioac. Empresas Familiares - governança corporativa, governança familiar e governança jurídica. *In*: PRADO, Roberta Nioac (coord.). **Empresas familiares: governança corporativa, governança familiar e governança jurídica**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 19-70 (Série GV Law – Direito, Gestão e Prática).

REQUIÃO, Rubens. **Direito Comercial**. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. v. 1.

ROCHA FILHO, José Maria; ROCHA, Gustavo Ribeiro. **Direito Comercial: Teoria Geral da Empresa, Direito Societário e Títulos de Crédito**. 4. ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017.

RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz. Autonomia da vontade, autonomia privada e autodeterminação: Notas sobre a evolução de um conceito na Modernidade e na Pós-modernidade. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília a. 41, n. 163, p. 113-130, jul./set. 2004.

SANTOS, Maria Helena de Castro. Governabilidade, Governança e Democracia: Criação da Capacidade Governativa e Relações Executivo-Legislativo no Brasil Pós- Constituinte. *In: DADOS – Revista de Ciências Sociais*. Rio de Janeiro, volume 40, nº 3, 1997. p. 335-376.

SCAVONE JUNIOR, Luiz Antônio. **Manual de Arbitragem**. 5. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

SEWAYBRICKER, Luciano Espósito. **A felicidade na sociedade contemporânea: contraste entre diferentes perspectivas filosóficas e a modernidade líquida**. 2012. 160f. Dissertação (Mestrado em Psicologia Social e do Trabalho) – Universidade de São Paulo, São Paulo.

SZTAJN, Rachel. **Contrato de sociedade e formas societárias**. São Paulo: Saraiva, 1989.

SZTAJN, Rachel. **Teoria jurídica da empresa: atividade empresária e mercados**. São Paulo: Atlas, 2004.

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. A arbitragem no sistema jurídico brasileiro. **Jurisprudência Mineira**, v. 47, n. 137/138, p. 1-13, jul./dez. 1996.

TOMAZETTE, Marlon. **Curso de direito empresarial: teoria geral e direito societário**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2013. v. 1.

TONDO, Cláudia (org.). **Desenvolvendo a empresa familiar e a família empresária**. Porto Alegre: Sulina, 2008.

VASCONCELOS, Carlos Eduardo. **Mediação de conflitos: e práticas restaurativas**. 2. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2012.

VERGARA, Sylvia Constant. Sobre a intuição na toma da de decisão. **Revista de Administração Pública**, Rio de Janeiro, v. 27, n. 2, p. 130-157, abr./jun. 1993

WERNER, René Alfonso Isaac. Teoria e prática da governança familiar: aspectos tangíveis e intangíveis *In: PRADO, Roberta Nioac (coord.). Empresas familiares: governança corporativa, governança familiar e governança jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 175-199 (Série GV Law – Direito, Gestão e Prática).

YU, Howard H. Por que o lucro importa tão pouco para a Amazon. **Meio e mensagem**. Tradução de Salvador Strano. Disponível em: <http://www.meioemensagem.com.br/home/opiniao/2017/08/23/por-que-o-lucro-importa- tao-pouco-para-a-amazon.html>. Acesso em: 02 set. 2018.

ZORZANELLI, Giovani. **Tipos de Empresa Familiar**. Publicado em 09 de janeiro de 2011. Disponível em: <http://www.administradores.com.br/informe-se/artigos/tipos-de-empresa-familiar/51129/>. Acesso em: 22 set. 2018.