

4 A MEDIAÇÃO COMO INSTRUMENTO DE GOVERNANÇA E PRESERVAÇÃO DAS EMPRESAS FAMILIARES E DAS FAMÍLIAS EMPRESÁRIAS

4 MEDIATION AS A PRESERVATION INSTRUMENT OF FAMILY OWED COMPANIES AND ENTREPRENEUR FAMILIES

César Calo Peghini¹
Gustavo Pires Ribeiro²
Sérgio Murilo Sabino³

Recebido em:	21/05/2021
Aprovado em:	13/06/2021

RESUMO: As empresas familiares representam parte substancial da economia brasileira, sendo importante fonte de geração de empregos, riqueza e tributos, exercendo papel essencial no ambiente empresarial. No entanto, apenas aproximadamente 30% das empresas familiares conseguem fazer a transição da primeira para a segunda geração de sócios. Neste estudo analisaremos como a organização da governança da empresa familiar e da família empresária, com o apoio da mediação como instrumento para resolução de conflitos, pode contribuir para a redução da taxa de mortalidade destas empresas e a preservação do relacionamento entre os seus sócios e os demais membros da família.

56

PALAVRAS-CHAVE: Mediação. Empresas Familiares. Governança.

ABSTRACT: Family owed companies represent a substantial part of Brazilian economy, being an important source of jobs generation, wealthy and taxes, performing an essential role in the business environment. Nonetheless, only approximately 30% of family owed companies can make the transition from first to second generations of partners. In this study we will analyze how organizing the governance of family owed companies and the entrepreneur family as well can contribute to reduce the mortality rate of referred companies and to preserve the relationship between its partners and the other family members.

KEYWORDS: Mediation. Family Owed Companies. Governance.

¹ Pós-doutorando em Direito pela Università degli Studi di Messina. Doutor em Direito Civil pela PUC/SP. Mestre em Função Social do Direito pela Faculdade Autônoma de Direito FADISP. Graduado em Direito pelo Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas - FMU. Professor Titular permanente do Programa de Pós-graduação Stricto Sensu (mestrado) da Faculdade Escola Paulista de Direito - EPD. Professor dos Cursos de Pós-Graduação Lato Sensu da Escola Paulista de Direito - EPD; Advogado e consultor jurídico.

Endereço Lattes: <http://lattes.cnpq.br/9161418107804194>

² Mestrando pela Escola Paulista de Direito - EPD - São Paulo - SP - Brasil. Pós-graduado em Direito Tributário pela Fundação Getúlio Vargas - GVLaw (2005). Graduado em Direito pela Universidade Paulista (2001).

Endereço Lattes: <http://lattes.cnpq.br/1270581380922013>

³ Mestrando pela Escola Paulista de Direito - EPD - São Paulo - SP - Brasil. Pós-graduado em Direito Penal e Processual Penal pelo Centro Universitário Fieo de Osasco (UNIFIEO). Pós-graduado em Direito Ambiental pelo Centro Universitário Salesiano de São Paulo (UNISAL). Graduado em Direito pela Universidade Paulista (UNIP - 2007).

Endereço Lattes: <http://lattes.cnpq.br/1327634213274173>

INTRODUÇÃO

Quando analisamos as relações humanas e sua dinâmica de funcionamento, verificamos que o diálogo é um componente essencial para que duas ou mais partes consigam conviver por determinado, por mais curto que ele seja. Entenda-se por diálogo não apenas a comunicação verbal, mas também a interação através da linguagem escrita, por sinais e até mesmo a linguagem corporal.

Em se tratando da relação entre entes familiares, quanto maior a convivência, maior é a necessidade de diálogo para que os interesses e necessidades individuais de cada um sejam alinhados com os dos demais membros, criando-se direitos e obrigações comuns que devem ser observados e dão origem as regras que nortearão o relacionamento entre as partes envolvidas.

No Brasil, segundo levantamento realizado em 2016 pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE e o Serviço Brasileiro de Apoio às Micro e Pequenas Empresas – SEBRAE (2020), aproximadamente 90% das empresas são familiares. Nesse contexto, a capacidade de dialogar das partes torna-se essencial, uma vez que tanto a família quanto a empresa são prejudicados quando não se consegue construir adequadamente esse ambiente de confiança e comunicação.

Embora possa parecer simples estabelecer as regras de convivência dos membros da família empresária, a tarefa não é nada fácil. Uma razão óbvia é que os comportamentos que são esperados, ou até mesmo tolerados, no ambiente familiar não são exatamente os mesmos na esfera empresarial. Não se pode esquecer, também, que a quantidade de membros que se beneficia dos resultados da empresa familiar, usualmente, é superior a quantidade de membros que contribuem para o desenvolvimento do negócio. Logo, é até natural que exista desalinhamento de entendimento acerca de questões financeiras, operacionais e estratégicas entre os membros da família que atuam na empresa familiar e aqueles que dedicam o seu tempo a outras atividades, mas que têm na empresa familiar a fonte primária ou secundária de rendimentos.

Não é por acaso que apenas cerca de 30% das empresas familiares conseguem fazer a transição da 1ª para a 2ª geração (REVISTA APOLICE, 2018), e somente aproximadamente 10% conseguem chegar à 3ª geração. Essa taxa de mortalidade está diretamente relacionada a dificuldade que as famílias empresárias têm em dialogar sobre questões pertinentes a participação de seus membros nas atividades da empresa, seja como sócio ou colaborador, a

destinação dos resultados oriundos da empresa familiar e as regras de sucessão, dentre outras questões relevantes.

Assim, criar ambientes de diálogo é essencial para que seja assegurada a perenidade das empresas familiares, através da preservação do relacionamento dos membros da família empresária. A existência de litígio entre os sócios é uma das principais causas da alta taxa de mortalidade das empresas familiares. Os litígios societários, quando não terminam em acordo, podem durar muitos anos, gerando grande tensão para a família empresária e prejuízos para a empresa familiar, que podem ser substanciais a depender do tema em discussão e/ou do nível de envolvimento das partes litigantes na gestão do negócio.

Nesse contexto, a mediação pode ser uma poderosa ferramenta para a preservação das relações familiares e societárias. Eleger uma ou mais pessoas de confiança das partes para facilitar o diálogo, assim como criar um ambiente neutro onde as partes sintam-se seguras para expor as suas visões sobre o(s) tema(s) objeto da discórdia e explorarem alternativas para que seus interesses individuais e coletivos sejam atendidos pode significar grande economia de tempo e recursos que teriam de ser dispendidos numa eventual disputa judicial ou arbitral, sem mencionar o desgaste emocional que uma disputa societária gera aos envolvidos direta e indiretamente no litígio.

58

Na mediação não existe a dualidade da vitória e derrota. Enquanto uma sentença, seja arbitral ou judicial, pode trazer uma solução para a controvérsia totalmente desalinhada com os interesses da empresa familiar (ou dos demais membros da família), priorizando-se os interesses individuais de uma das partes. Na mediação esses interesses são avaliados e endereçados de forma conjunta, do contrário é improvável que elas consigam chegar ao acordo.

Porém, verificamos que a mediação é utilizada de forma tímida no contexto das empresas familiares e na dinâmica das famílias empresárias. Se a utilização desta ferramenta tem o potencial de trazer tantos ganhos, faz-se necessário entendermos quais razões têm impedido maior disseminação do seu uso.

Nesse sentido, abordaremos nesse estudo as principais características das empresas familiares, das famílias empresárias e da mediação, e posteriormente como a última pode ser utilizada na governança das duas primeiras.

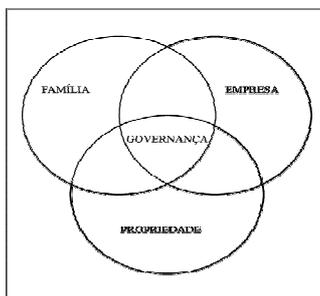
1. AS EMPRESAS FAMILIARES E AS FAMÍLIAS EMPRESÁRIAS

As empresas familiares são um dos grandes propulsores do desenvolvimento da atividade econômica nacional e global. Em levantamento realizado, em 2019 (FAMCAP, 2020), apurou-se que o faturamento anual das 750 maiores empresas familiares do mundo é da ordem de USD 9 trilhões. No Brasil, onde estima-se que as empresas familiares sejam responsáveis por 40% a 60% do Produto Interno Bruto, a depender da metodologia do levantamento.

Cabe pontuarmos que não há entre os estudiosos do tema uma definição unânime dos requisitos que devem estar presentes para que uma empresa seja considerada familiar. A discussão sobre este tema não é recente. Já em 1997, quando foi publicada a primeira edição de “Generation to Generation” (GERSICK; HAMPTON; LASBERG, 1997), uma das principais obras literárias até hoje produzidas sobre as empresas familiares, de autoria de John A. Davis e outros doutrinadores da prestigiada escola de negócios de Harvard, nos Estados Unidos da América, criou-se o “modelo de 3 círculos” – propriedade, gestão e família, que descreve o sistema das empresas familiares como 3 subsistemas independentes, mas que estão entrelaçados, conforme abaixo.

Figura 1: modelo de três círculos

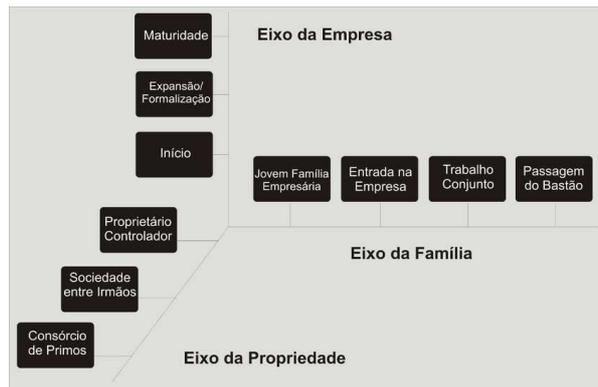
59



Fonte: GERSICK; HAMPTON; LASBERG, 1997.

Esse modelo foi o alicerce para que o mesmo grupo de estudiosos criasse, posteriormente, o modelo tridimensional, que mostra o desenvolvimento das empresas familiares ao longo do tempo de acordo com o seu estágio evolutivo em 3 eixos: (i) da propriedade das quotas ou ações; (ii) do momento da família; e (iii) do momento da empresa.

Figura 2: Estágio evolutivo em 3 eixos



Fonte: Fonte: GERSICK; HAMPTON; LASBERG, 1997.

Na obra “Governança Corporativa em Empresas Familiares”, publicada em 2011 pelo Instituto Brasileiro de Governança Corporativa – IBGC (FONTES FILHO; LEAL, 2011), entidade que é uma das referências nacionais na discussão da temática da governança das empresas, incluindo as familiares, são apontados os conceitos utilizados com maior recorrência para a classificação de uma empresa como familiar, quais sejam:

- A empresa familiar é aquela que se identifica com uma família há pelo menos duas gerações, pois é a segunda geração que, ao assumir a propriedade e a gestão, transforma a empresa em familiar;
- É familiar quando a sucessão da gestão está ligada ao fato hereditário;
- É familiar quando os valores institucionais e a cultura organizacional da empresa se identificam com os da família;
- É familiar quando a propriedade e o controle acionário estão preponderantemente nas mãos de uma ou mais famílias. Alguns ainda sustentam que se a família é só investidora, sem qualquer participação na gestão, a empresa não é familiar. E outros afirmam que a empresa de fundador, sem herdeiros, não é familiar, e sim “pessoal”.

60

No nosso entendimento, embora as empresas familiares possuam características comuns, sobretudo em relação ao seu início e controle, a definição mais apropriada dependerá do tema objeto de estudo. Para os fins da análise do tema ora proposto, consideraremos por empresa familiar a sociedade cuja mais da metade do capital social votante é detido por pessoas unidas por laços de consanguinidade e/ou convivência, sendo que ao menos uma delas está diretamente envolvida na gestão dos negócios sociais, e há a intenção clara de seus sócios em transmitir aos seus herdeiros, por doação ou sucessão, a participação detida no capital social da empresa, sendo admitido o ingresso dos últimos na sociedade.

Importante esclarecermos que por família empresária entender-se-á não apenas os sócios da empresa familiar, mas também os seus respectivos cônjuges ou companheiros, ascendentes e descendentes, ou seja, todos aqueles membros do mesmo núcleo familiar que,

direta ou indiretamente, possuem alguma relação afetiva e/ou de consanguinidade com os sócios da empresa familiar e/ou dependam das atividades desenvolvidas na sociedade ou do patrimônio construído com os resultados desta para a sua subsistência.

2. A MEDIAÇÃO

Assim como ocorre em relação às empresas familiares, não há unanimidade entre os doutrinadores quanto ao conceito de mediação, embora não exista discordância no tocante aos seus requisitos. O ponto de divergência reside na caracterização da mediação como um método autocompositivo de resolução de conflitos.

No entendimento do Professor Luiz Fernando do Vale de Almeida Guilherme (2018, p. p. 38), os métodos autocompositivos são aqueles em que a solução do conflito se dá sem que as partes envolvidas se utilizem de uma terceira pessoa para contribuir ou definir o seu desfecho. Concordamos com a parte final do raciocínio em relação a definição do desfecho, ou seja, nos métodos autocompositivos de solução de conflitos não é cabível que as partes deleguem a um terceiro a solução da disputa, tal como ocorre na arbitragem ou no poder judiciário. Entretanto, contar com o auxílio de um terceiro que atue como facilitador na resolução do conflito, no nosso entendimento, não descaracteriza a natureza autocompositiva da mediação, uma vez que o poder de decidir a disputa permanece com as partes. Pelo contrário, a autocomposição, no nosso entendimento, está diretamente relacionada com o protagonismo das partes em buscar soluções que atendam os seus interesses mutuamente. Contar com o apoio de terceiros para esse fim não desvirtua essa característica.

61

Nessa linha, parece-nos mais apropriada a definição de autocomposição adotada por Diogo A. Rezende de Almeida e Fernanda Medina Pantoja (2016, p. 87 e 88), conforme segue:

Segundo o critério da autoria da solução, os métodos classificam-se em (i) autocompositivos; (ii) impositivos; (iii) híbridos ou mistos. No primeiro grupo, encontram-se aqueles em que a decisão é tomada pelos próprios implicados no litígio, ainda que com a participação de terceiros na tomada de decisão. Tem como característica a manutenção da autoria, subsistindo a responsabilidade dos envolvidos em apresentar uma solução. A adesão dos interessados ao método é facultativa, mas, uma vez obtido o acordo, podem ser geradas obrigações – ou ao menos compromissos – que devem ser cumpridas. Nesse grupo, estão inseridas a negociação, a mediação e a conciliação.

Sendo a mediação um processo de negociação assistida, parece-nos oportuno então que primeiro entendamos o que é uma negociação. Aqui pode surgir um equívoco bastante comum, confundir negociação com disputa. Para esclarecer esse ponto vamos nos

socorrer dos ensinamentos de Deepak Malhotra (2016, p. 5), outro reconhecido doutrinador da escola de Harvard. No seu livro “Negociando o Impossível”, o autor esclarece:

Negotiation, regardless of the context or the issues involved, is fundamentally about human interaction. (...) How might we engage with other human beings in a way that leads to better understandings and agreements? (...) Negotiation, then, is the process by two or more parties perceive a difference in interests or perspective attempt to reach agreement.

A negociação é uma forma de interação humana que busca, essencialmente, a construção do consenso, enquanto a disputa visa primordialmente estabelecer qual posição que prevalecerá entre duas ou mais partes incapazes de interagir. Na negociação as partes identificam a possibilidade de se chegar a um acordo e interagem tendo esse objetivo com bússola. Na disputa as partes delegam a um terceiro, que pode ser um juiz ou árbitro, a solução do impasse.

Quanto mais longo for o conflito societário, maior será o risco de continuidade da empresa objeto da disputa em razão dos diversos reflexos que a briga entre os sócios pode causar na gestão do negócio. Porém, quando tratamos de empresas familiares, há uma preocupação natural das partes em evitar que o conflito interfira negativamente no ambiente da família, criando espaço para que a mediação seja o instrumento adequado para a resolução da controvérsia através do diálogo e da cooperação mútua.

No ordenamento jurídico brasileiro o procedimento de mediação está regulado na Lei 13.140, de 26 de junho de 2015 (Lei de Mediação), que assim o define:

“Art. 1º, Parágrafo único, considera mediação a atividade técnica exercida por terceiro imparcial sem poder decisório, que, escolhido ou aceito pelas partes, as auxilia e estimula a identificar ou desenvolver soluções consensuais para a controvérsia.”

Na definição legal acima transcrita está presente aquela que, no nosso entendimento, é a principal característica da mediação: o protagonismo das partes. A mediação nasce quando as partes se recusam a transferir a terceiros a responsabilidade de solucionar a controvérsia.

Entretanto, as partes podem contar com a contribuição de alguém de sua confiança para auxiliá-las na construção do consenso através do diálogo, o mediador. O artigo 15 da Lei de Mediação⁴ sugere que, quando recomendável em razão da natureza e complexidade do conflito, mais de um mediador atue no mesmo procedimento.

⁴ Lei 13.140/2015. “Art. 15. A requerimento das partes ou do mediador, e com anuência daquelas, poderão ser admitidos outros mediadores para funcionarem no mesmo procedimento, quando isso for recomendável em razão da natureza e da complexidade do conflito.”

É importante lembrarmos que, além do mediador, as partes poderão socorrer-se durante a mediação do apoio de outros profissionais, como os advogados, por exemplo. Porém, não é incomum a mediação restar infrutífera em razão do envolvimento de assessores externos não familiarizados com os princípios do procedimento, incluindo aqueles elencados no artigo 2º da Lei de Mediação⁵, pelos quais os mediadores e as partes devem se conduzir no decorrer do procedimento.

Em relação ao mediador extrajudicial, este poderá ser qualquer pessoa que tenha a confiança das partes e seja capacitada para conduzir o procedimento, conforme determina a Lei de Mediação. Embora a missão de construir o consenso tenha como protagonistas as partes envolvidas na disputa, o mediador pode e deve ser um importante facilitador nesse processo, devidamente capacitado para desempenhar esse papel.

A mediação é um método de resolução de conflitos que pode ser aplicado na resolução de disputas envolvendo temas como questões conjugais, familiares, trabalhistas, societárias e comerciais, apenas para citar alguns. É essencial que o mediador tenha familiaridade e domínio do processo de mediação, entendendo a postura que é esperada que ele tenha no decorrer do procedimento e qual é a cronologia de atos que deve ser seguida na sua condução.

63

Sobre a postura do mediador, além dos princípios contidos na Lei de Mediação, podemos citar alguns outros que têm a capacidade de influenciar diretamente os rumos do procedimento. O primeiro deles é a investigação. Em qualquer disputa é comum as partes terem percepções distintas sobre os fatos (passados, presentes e futuros), o que as leva a assumir posições opostas. Aí surge um dos principais problemas que deve ser superado na resolução de qualquer conflito: distinguir posições de interesse.

Muitas vezes as partes se escondem atrás de suas posições para esconder os seus verdadeiros interesses, e descobrir quais são eles requer habilidade, seja da outra parte ou de qualquer terceiro que esteja envolvido na resolução da disputa, como o mediador.

Na obra “The Mediator’s Handbook”, as autoras Jennifer E. Beer e Caroline C. Packard (2012, p. 144) trazem interessante reflexão sobre posições. Segundo as autoras, a maioria das posições são soluções tendenciosas ou prematuras para um problema compreendido de forma incompleta⁶. A falta de informações completas sobre a outra parte

⁵ Art. 2º A mediação será orientada pelos seguintes princípios: I - imparcialidade do mediador; II - isonomia entre as partes; III - oralidade; IV - informalidade; V - autonomia da vontade das partes; VI - busca do consenso; VII - confidencialidade; VIII - boa-fé.

⁶ BEER, Jennifer E. PACKARD, Caroline C. The Mediator’s Handbook. New Society Publishers. Rev. and expanded 4th edition, 2012. P. 144. “Most positions are one-sided or premature solutions to a half-understood problem. Because the

fazem com que as soluções inicialmente apresentadas para a solução da disputa sejam irrealistas ou simplesmente inaceitáveis para a outra parte.

Considerando a mediação como um processo de negociação assistida, ao tratarmos da descoberta dos interesses das partes como forma de escaparmos da armadilha da negociação focada em posições, são de grande utilidade os ensinamentos difundidos pelos diversos autores que fazem parte do *Program on Negotiation - PON*. O *PON* tem a sua origem no *Harvard Negotiation Project - HNP*, iniciativa da Escola de Direito de Harvard liderada pelos professores Roger Fisher, William Ury e Bruce Patton, os quais iniciaram esse projeto em 1979 com a missão de aprimorar a teoria, a didática e a prática da negociação na resolução de disputas. Em 1983, a iniciativa de Harvard passou a contar com a participação dos alunos, professores e staff da *Massachusetts Institute of Technology - MIT*, da *Tuffs University* e da *Brandeis University*, todas situadas na região de Boston, de tal modo que o *HNP* deu origem ao *PON*, consórcio universitário que é referência na capacitação e formação de negociadores e mediadores de todas as partes do mundo.

A essência do “método de Harvard”, atualmente difundido no *PON*, é a negociação centrada nos interesses das partes. São inúmeras as obras acadêmicas que estudam a negociação adotando essa abordagem, sendo uma das mais famosas o livro “*Getting to Yes: Negotiation Agreement Without Giving In*”, de autoria dos fundadores do *HNP* acima citados, cuja primeira edição foi publicada em 1981. Na citada obra os autores ressaltam que os interesses mais poderosos de qualquer pessoa são as suas necessidades humanas básicas, como segurança, bem-estar financeiro, senso de pertencimento, reconhecimento e controle do próprio destino. Nessa linha, os autores esclarecem:

In searching for the basic interests behind a declared position, look particularly for those bedrock concerns that motivate all people. If you can take care of such basic need, you increase the chance both of reaching agreement and, if an agreement is reached, of the other side's keeping to it. (...) Negotiations are not likely to make much progress as long as one side believes that the fulfillment of their basic human needs is being threatened by the other. (...) You can hardly expect the other side to listen to your interests and discuss the options you suggest if you don't take their interests into account and show yourself to be open to their suggestions. Successful negotiation requires being both firm and open. (FISHER; URY; PATTON, 2011, p. 50, 51 e 57.

Conforme vimos acima, todos temos diversas necessidades básicas, algumas comuns a todos nós, como a necessidade de alimentação, afeto e segurança, e outras que são

parties are operating on incomplete information about the other parties, the proposed solutions are likely to be unrealistic. Or they may be designed to fix a problem that proves not to be the real problem after all.”

específicas e individuais de cada pessoa. Nossos interesses podem ser de curto, médio ou longo prazo; públicos ou privados (ou até mesmo secretos); individuais ou coletivos; emocionais ou racionais.

Equívocos que ocorrem frequentemente em negociações são: uma das partes presumir que os interesses da outra parte são semelhantes aos seus; ignorar que diversos interesses podem estar envolvidos em uma única negociação, e não apenas um interesse primordial; uma parte não explorar suficientemente quais são os interesses da outra parte na tentativa de construir o consenso ou desconsiderá-los na proposta de acordo.

É dever de cada uma das partes explicar a outra o quão importante e legítimo são os seus interesses, preferencialmente com exemplos concretos e específicos que deem credibilidade aos seus pleitos. É a partir da descoberta dos interesses das partes que o mediador conseguirá criar um ambiente colaborativo, que desperte nos mediandos o interesse em desenvolver soluções que atendam suas necessidades recíprocas. Nesse sentido, através de perguntas circulares (abertas e exploradoras) realizadas de forma apropriada, o mediador poderá tirar os mediandos de sua zona de conforto (as posições), convidando-os a colocarem-se no lugar da outra parte, a explorar as consequências que advirão caso o conflito não seja resolvido e a propor múltiplas soluções para a sua resolução.

65

Em se tratando de conflito que envolva pessoas com autoridade para construir um acordo sem que seja necessário obter o consentimento prévio de terceiros, tal como tende a ocorrer em conflitos envolvendo sócios de uma empresa, o procedimento de mediação divide-se em três etapas essenciais: a preparação, o entendimento da situação e a construção de soluções.

Preparação

Na preparação as partes envolvidas na disputa definem onde a mediação será realizada, quem será o mediador e quais serão as regras básicas que dever ser observadas durante o procedimento.

Sendo a mediação decorrente de obrigação contratual que estabeleceu o procedimento para a resolução de controvérsia entre as partes, usualmente as partes elegem uma câmara onde o procedimento será realizado. Caso as partes não tenham eleito uma câmara de mediação para a condução do procedimento e prefiram que a mediação seja conduzida num local mais informal, é recomendável que esse local seja um lugar neutro, que ofereça às

partes privacidade, aonde elas sintam-se confortáveis e acolhidas, longe de distrações e interrupções.

No tocante a escolha do mediador, independentemente de a mediação ser voluntária ou compulsória, deverão ser observados os requisitos da Lei de Mediação. É fundamental que as partes tenham a percepção da isenção do mediador escolhido.

Em se tratando de conflitos em empresas familiares, entendemos ser recomendável que as partes envolvidas no conflito sejam assessoradas por especialistas, sejam eles advogados, assessores financeiros, contadores, psicólogos ou qualquer outro profissional que possa contribuir na análise de todas as variáveis decorrentes do conflito e suas consequências. Os sócios da empresa familiar podem se utilizar do apoio destes profissionais para assumirem o protagonismo na construção da solução do conflito visando a criação de alternativas que não apenas encerrem o conflito societário, mas que, sobretudo, preservem o relacionamento familiar.

Embora a mediação seja um procedimento pautado pela informalidade, pode ser recomendável que o mediador e as partes definam, no início da sessão de mediação, as regras que nortearão o procedimento, tais como as obrigações de confidencialidade, os temas que serão tratados e sua ordem de prioridade, os documentos que deverão ser apresentados, as datas e horários das sessões e a forma de divisão dos custos.

66

Considerando que a mediação pode ser um procedimento com elevada carga emocional para os mediandos, é importante que o mediador tenha domínio do método e o conduza de forma estruturada, ainda que uma certa dose de improviso seja necessária conforme o desenvolvimento do procedimento. Ter uma agenda definida e clareza de qual é o momento de falar, de ouvir e de refletir gera nos mediandos a percepção de que o procedimento será igualitário e inclusivo, mitigando os riscos de conclusões precipitadas e apresentação prematura de soluções. Cadência também é importante pois dificilmente questões complexas, tais como os conflitos societários em empresas familiares, são resolvidas rapidamente, ainda que a construção da solução esteja nas mãos das partes que, geralmente, têm melhores condições de resolver o conflito: os mediandos.

Um detalhe que pode parecer pequeno, mas que pode ter grande impacto na mediação é organizar o ambiente onde os mediandos irão interagir. Na mediação o mais recomendável é que os mediandos sentem-se lado a lado ou em círculo, criando-se um ambiente de colaboração. Se não houver clima para instituir esse formato desde o início, o layout do ambiente pode ser ajustado no decorrer do procedimento.

Entendimento da Situação

A etapa de entendimento da situação consiste, inicialmente, em cada uma das partes expor a sua visão sobre o conflito, trazendo ao conhecimento de todos os fatos e informações que elas entendam relevantes para que fique demonstrado o seu entendimento das questões envolvidas na disputa, sem questionamentos ou comentários da outra parte ou do mediador, salvo se houver de fato dificuldade em entender o que está sendo dito. A escuta ativa é essencial nesse estágio do processo, podendo surgir novos fatos que até então não eram de conhecimento de uma das partes.

O próximo passo é a troca de informações entre as partes. Aqui as partes passam a interagir de forma direta, explorando todos os aspectos envolvidos na disputa. É comum as partes reviverem situações do passado para analisarem o seu impacto no presente, antes de discutirem sobre o futuro. Esse processo pode ser emocionalmente desgastante, mas também libertador. Ao mediador cabe assegurar que esse intercâmbio de visões se desenvolva num ambiente de respeito e cordialidade, podendo intervir caso alguma das partes comporte-se de forma inapropriada ou desrespeitosa com a outra. Não podemos perder de vista que o foco principal é entendermos quais são os interesses das partes que estão camuflados por suas posições.

67

Dada a carga emocional que é inerente aos conflitos nas empresas familiares, em alguns casos pode ser necessário que o mediador se auxilie do apoio de profissionais da área de psicologia para a melhor compreensão dos efeitos que o conflito possa estar causando não apenas sobre os mediandos, mas sobre os seus respectivos núcleos familiares. Descobrir os interesses das partes passa por entender também como o conflito pode estar interferindo no relacionamento dos mediandos com pessoas de seu convívio que não estão participando da mediação. Nas negociações, de forma geral, não é incomum descobrirmos que obstáculos relevantes para a construção do consenso estão situados fora da mesa de negociação, mas os interesses desses “fantasmas” podem ser cruciais para a viabilização do acordo, não sendo prudente nem recomendável ignorá-los.

Construção de Soluções

Chegamos ao estágio crucial do procedimento: a construção de soluções para o conflito. Ainda que os mediandos tenham sido colaborativos e demonstrado interesse genuíno na resolução da disputa, o trabalho até então realizado no desenvolvimento do procedimento

terá sido em vão caso as partes não consigam construir alternativas para terem os seus interesses individuais e coletivos atendidos; se não todos, ao menos parte deles. Esse é um detalhe muito importante: nem sempre todos os interesses dos mediandos serão endereçados de forma simultânea, podendo ser necessário, em alguns casos, que a construção e implantação do acordo seja de forma gradual ou por etapas. É melhor acordar sobre alguns temas do que não ter acordo algum.

O primeiro estágio da etapa de construção da solução do conflito consiste em estabelecer a lista de questões que os mediandos se propõem a resolver, preferencialmente definindo uma ordem de prioridade dos temas. Esse é um importante passo do procedimento pois cabe aos mediandos, e não ao mediador, definir tais questões, embora o mediador possa auxiliar as partes na organização dos temas por categorias e na checagem se a lista de tópicos que serão tratados abrange todos os temas que são relevantes para as partes e se a redação da lista está clara e adequada. O interesse das partes em dar continuidade ao procedimento estará diretamente relacionado à percepção individual de cada uma de que os seus argumentos estão sendo levados em consideração.

Aqui surge uma questão importante relacionada à escuta ativa. Definir a lista dos tópicos que serão tratados na mediação exige, previamente, que cada parte escute com atenção o relato da outra parte sobre a sua visão do conflito, respeitando argumentos que possam parecer irracionais ou sem fundamento. É importante que os mediandos tenham em mente que eles não estão num tribunal, onde se espera que todas as questões trazidas por uma parte sejam rebatidas pela outra. Na mediação a abordagem deve ser diferente.

68

Definir a lista de tópicos que serão tratados ajuda a trazer maior clareza quanto aos objetivos da mediação. A partir do momento que ambas as partes concordam com os temas que serão tratados, deixa de existir a preocupação de que algo relevante está sendo deixado de fora ou de que novos temas serão incluídos na pauta a qualquer momento.

Recomenda-se que a lista de tópicos não seja muito extensa, com no máximo 5 a 7 itens, podendo haver subtópicos. Cada tópico deve representar uma necessidade a ser atendida, um valor a ser preservado ou uma ação a ser tomada. Os subtópicos serão questões que deverão ser discutidas para que o objetivo do tópico seja atingido. A definição da lista de tópicos trará clareza aos mediandos também sobre o tempo estimado que a mediação deverá ter para cada um dos itens seja discutido e construída uma solução a seu respeito.

Em relação a ordem de discussão dos temas, pode ser interessante iniciar com os temas de menor complexidade, aumentando a confiança das partes na sua capacidade de

solucionar as divergências entre si. O mediador deve auxiliar os mediandos na elaboração da lista de tópicos e definição da ordem de discussão dos temas.

A conclusão com sucesso da lista de tópicos pode causar relevante impacto psicológico nas partes, pois indica que os mediandos estão conseguindo dialogar de forma adequada e trabalhar em conjunto, mesmo que ainda estejam tratando apenas de questões procedimentais da mediação e não do mérito da disputa.

O próximo estágio desta etapa do procedimento é explorar as alternativas para solução de cada um dos pontos de divergência, devendo as partes usar sua criatividade para construir soluções que atendam seus interesses individuais e coletivos, abandonando a postura defensiva ou agressiva, típicas do contexto adversarial, e adotando uma postura colaborativa, assumindo compromissos e fazendo concessões. Quando as partes adotam essa mentalidade, concessões deixam de ser derrotas individuais e passam a significar soluções parciais da disputa, que somadas constroem um acordo com maiores chances de ser cumprido. Nessa linha, as autoras Jennifer E. Beer e Caroline C. Packard (2012, p. 70) trazem uma reflexão interessante: *“Commitment is an emotional decision, not just a calculated one. No matter how good people feel about a reconciliation, they may also feel some sense of loss.”*

69

Para cada item da lista de tópicos definida, os mediandos devem apresentar as ideias que surgirem para endereçar a questão, sem qualquer julgamento. Soluções instintivas surgirão e muitas delas serão descartadas posteriormente, mas nesse momento o foco é em obter o máximo de sugestões possíveis de cada parte. Apresentadas todas as propostas para solução de determinado tema, avalia-se os prós e contras de cada alternativa, as suas implicações para ambas as partes (e para eventuais terceiros envolvidos na disputa), assim como a validade jurídica do que está sendo proposto.

É necessário que o mediador esteja atento a duração das sessões de mediação, dado que o cansaço interfere diretamente na capacidade cognitiva dos mediandos. Recomenda-se intervalos periódicos e sessões com prazo máximo de duração previamente acordado.

Na validação das soluções apresentadas, os mediandos devem avaliar a sua condição individual de cumprir com o que está sendo proposto. Além disso, se a solução apresentada é justa e balanceada. O primeiro passo para um acordo ser cumprido é as partes terem a percepção de que elas serão melhor beneficiadas cumprindo-o do que rompendo-o.

Além de balanceada, a solução sustentável de determinada questão do conflito deve ser durável. Assim, as partes devem avaliar se possuem os recursos e apoio necessários para a implantação ao longo do tempo da solução proposta. Caso a resposta seja negativa não

significa obrigatoriamente que aquela alternativa de solução da questão em discussão tenha de ser descartada, mas deve estar claro para as partes que ela será transitória, o que pode não ser o mais recomendável.

Formalização do Acordo

Uma vez definida a solução para determinada questão, o ideal é que as partes formalizem por escrito o que foi acordado, o que será útil para confirmar se todos estão cientes das obrigações que estão sendo pactuadas, as quais devem ser escritas de forma clara, específica e completa. A formalização por escrito facilita qualquer discussão futura sobre o que ficou pactuado e gera nos mediandos maior senso de comprometimento em cumprir as obrigações assumidas, o que também pode ser estimulado através da instituição de penalidades por descumprimento. O acordo por escrito torna tangível o resultado da mediação, sendo o produto do trabalho das partes em conjunto.

Uma vez elaborado o acordo, o mediador deverá lê-lo em voz alta, preferencialmente projetando-o para visualização dos mediandos e de eventuais assessores que estejam participando da mediação, para que os mediandos confirmem se a redação do acordo reflete o que foi pactuado entre eles. Recomenda-se que no acordo estejam contidas disposições sobre a confidencialidade dos seus termos, assim como o pagamento dos honorários do mediador e assessores que participaram da mediação.

70

Por último, mas não menos importante, o mediador deve parabenizar os mediandos pelo acordo por eles construído, convidando-os a refletir sobre as razões que tornou isto possível. No contexto das empresas familiares, a tendência é que o relacionamento entre os mediandos enquanto sócios perdure por muitos anos após a mediação, salvo se o acordo por eles construído na mediação tiver como objeto justamente estabelecer os termos da saída de um dos mediandos da sociedade, o que pode ser a forma de preservação da empresa em alguns casos extremos. Assim, a constante manutenção do canal de comunicação entre os sócios é medida fundamental para evitar que novas disputas surjam no futuro.

Nesse sentido, analisaremos a seguir como a mediação pode contribuir na dinâmica da governança da família empresária e da empresa familiar.

3. A GOVERNANÇA DA FAMÍLIA EMPRESÁRIA

A organização da atividade produtiva iniciou-se em famílias que trabalhavam para a sua subsistência. Com a evolução dos meios de produção, passou-se a ter a comercialização

dos bens produzidos como objetivo maior, surgindo os primeiros contornos das atividades empresariais. Com o advento da Revolução Industrial nos séculos XVIII e XIX, e a substituição do trabalho artesanal pelo trabalho assalariado, com o uso intensivo de máquinas, a produção deixou de ser a extensão dos lares, com o surgimento dos parques fabris.

Nessa nova realidade em que passaram a ser exigidos investimentos de maior relevância por parte da família empresária, em muitos casos além de sua capacidade financeira, houve necessidade também de desenvolver-se um novo sistema de gestão, com a definição dos papéis de cada um dos envolvidos na gestão do negócio, regras de condução e organização dos processos de produção. Surge o conceito inicial do que hoje entendemos por “governança corporativa”.

Ocorre que as regras de condução da empresa não são suficientes para endereçar todas as questões que envolvem a família empresária, seus valores, sua evolução, as relações interpessoais entre seus membros, a ampliação natural do núcleo familiar e a interação com o negócio (IBGC, 2016, p. 9). Assim, além da governança corporativa, torna-se necessário instituir a governança familiar.

Para melhor compreensão do que se trata a governança familiar, faz-se oportuno trazeremos as considerações do IBGC sobre o tema:

“Mas o que é, afinal, governança familiar? Em termos simples, pode-se dizer que é o sistema pelo qual a família desenvolve suas relações e atividades empresariais, com base em sua identidade (valores familiares, propósitos, princípios e missão) e no estabelecimento de regras, acordos e papéis. A governança familiar acontece, na prática, por meio de estruturas e processos formais. Seu objetivo é obter informações mais seguras e mais qualidade na tomada de decisões, auxiliar na mitigação ou eliminação de conflitos de interesse, superar desafios e propiciar a longevidade dos negócios.”

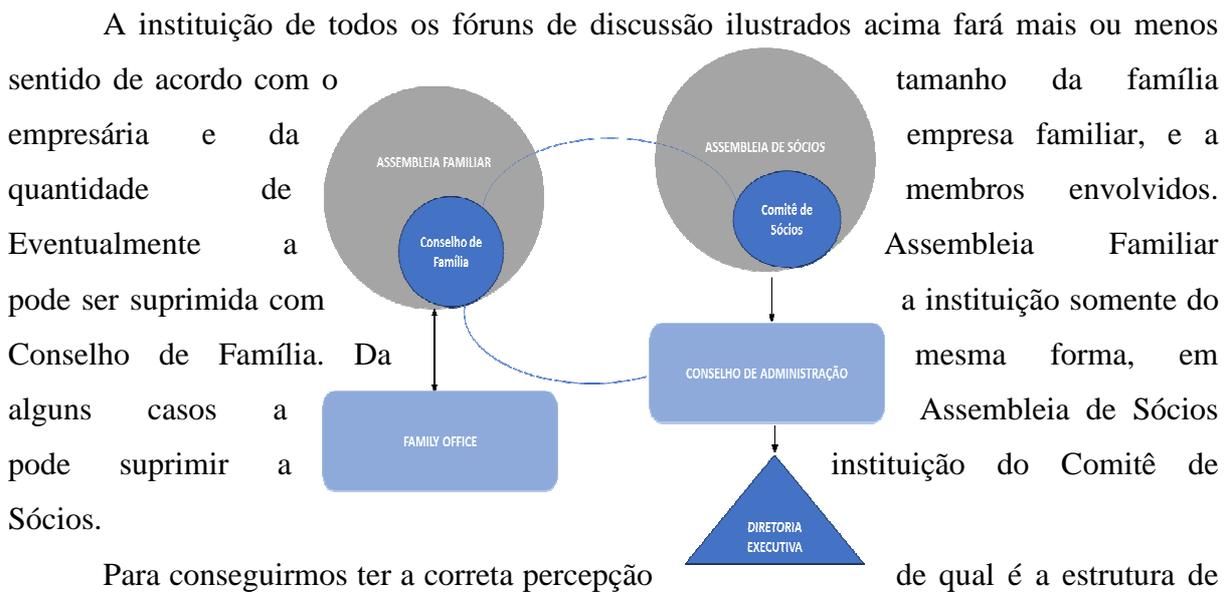
Deste modo, enquanto a governança corporativa está focada na empresa, na proteção de seus ativos, imagem e reputação, assim como na relação desta com as partes afetadas por suas atividades, o escopo da governança familiar é maior, abrangendo também as relações familiares fora do contexto empresarial e a gestão do patrimônio construído com o resultado das atividades da empresa.

Conforme já demonstrado anteriormente, as relações dos membros da família empresária podem ocorrer para tratar de três esferas de interesse distintas: as relações familiares, a gestão da empresa e a gestão do patrimônio. Ocorre que nem sempre é claro para as partes envolvidas que é saudável tratar destas questões em fóruns de discussão distintos,

sendo necessário criar uma estrutura de governança familiar que organize a dinâmica das discussões entre os membros da família empresária.

No lado esquerdo da imagem abaixo, está ilustrada aquela que seria a estrutura de governança mais completa de uma família empresária, e do lado direito, a estrutura de governança da empresa familiar:

Figura 3: estrutura de governança de uma família empresária



Fonte: CAMBRIDGE FAMILY ENTREPRISE GROUP, 2015.

governança mais indicada para determinada família empresária, de acordo com o seu momento, porte e complexidade, faz-se necessário entendermos quais são as atribuições de cada um dos referidos órgãos.

Assembleia Familiar

A Assembleia Familiar é o maior fórum de interação dos membros da família empresária, do qual podem participar não apenas os entes unidos por laços de consanguinidade, mas também seus cônjuges e agregados, conforme regras que devem ser instituídas pela própria família, inclusive quanto a idade mínima para participação, seja como membro ouvinte ou votante. Através da integração dos membros procura-se disseminar os valores da família, transformando-os em legado a ser transmitido de geração para geração.

A Assembleia Familiar deve ser, acima de tudo, um momento de celebração da convivência familiar. Sem prejuízo, o momento de reunião pode ser aproveitado, também, para promover atividades específicas direcionadas aos membros da família conforme a sua faixa etária, engajando desde cedo os mais novos e capacitando-os para participar futuramente das discussões mais estratégicas.

Os encontros da Assembleia Familiar geralmente ocorrem semestralmente ou anualmente, para tratar de questões como: atualização sobre as atividades desenvolvidas durante o ano; prestação de anual de contas (orçado x realizado); comunicados sobre a empresa, a propriedade e outras atividades da família; avaliação das atividades das diferentes estruturas de governança familiar; discussão e definição de diretrizes, planos e políticas familiares; e eleição do Conselho de Família. (IBGC, 2016, p. 33 e 34).

73

Conselho de Família

O Conselho de Família é um grupo reduzido de familiares, eleitos pela Assembleia Familiar para representá-los perante os demais órgãos de governança e organizar as atividades da família.

Dentre as atribuições do Conselho de Família, no nosso entendimento, a principal delas é a elaboração, atualização e aplicação do “Protocolo de Família”, também denominado “Estatuto Familiar” ou “Constituição Familiar”, documento que estabelece quais são os princípios, a missão, a visão, os objetivos e os valores compartilhados pela família. No Protocolo de Família são definidas as diretrizes que devem ser observadas nos

relacionamentos dos membros da família empresária entre si, a relação destes com seus negócios e seu patrimônio e sua evolução ao longo do tempo.

Um objetivo fundamental do Protocolo de Família é a preservação, seja das relações familiares, da empresa familiar ou do patrimônio construído pela família ao longo do tempo. É natural que conforme a família cresce surjam interesses distintos entre os seus membros. Essa dinâmica de desalinhamento de interesses pode ser administrada mediante a elaboração de Protocolo de Família que torne explícitos quais são os valores familiares (história, cultura e visão compartilhada) que devem ser preservados, o legado.

Outras atribuições relevantes do Conselho de Família são: decidir sobre os recursos financeiros familiares e sua destinação, levando em consideração o interesse fundamental de preservação do patrimônio familiar; analisar a performance dos negócios familiares e oportunidades de investimento; administrar o processo sucessório na empresa familiar e o desenvolvimento de sucessores, através da análise de vocação e competências, da realização de estudos, planos e atividades voltadas ao desenvolvimento dos familiares, de forma a habilitá-los como executivos, como conselheiros e como sócios; promover o processo de integração e informação de todos os membros da família no que diz respeito aos negócios familiares; promover a visão da empresa familiar como fator de agregação e continuidade da família; definir limites entre os interesses da família empresária e da empresa familiar; zelar pelo cumprimento do Acordo de Sócios; e comandar o *family office*, se houver.

74

Family Office

Um problema recorrente nas empresas familiares é a utilização de seus recursos para atender as necessidades pessoais dos sócios e demais membros da família, sem que os envolvidos tenham percepção dos impactos jurídicos que essa prática pode ter sob o patrimônio da família empresária ao configurar, em muitos casos, confusão patrimonial, tornando possível a desconsideração da personalidade jurídica da empresa e a consequente responsabilização ilimitada de seus sócios pelos atos praticados na gestão do negócio.

Para evitar o problema descrito acima, torna-se necessário criar uma estrutura, a parte da empresa familiar, para conduzir a gestão do patrimônio da família e atender as necessidades pessoais de seus membros. Essa estrutura é denominada por *Family Office*, e pode assumir diferentes formatos e tamanhos.

Usualmente o *Family Office* é subordinado ao Conselho de Família, e pode ser composto por membros da família e/ou terceiros. A sua atuação é pautada de acordo com os

objetivos traçados no Conselho de Família, os quais devem estar alinhados com os princípios, a missão, a visão, os objetivos e os valores compartilhados pela família e refletidos no Protocolo de Família.

O papel primordial do Family Office é administrar o patrimônio comum dos membros da família empresária, incluindo imóveis, ativos financeiros e participações societárias em empresas que não integram o grupo econômico da família, ou seja, controladas por terceiros. Em alguns casos estruturas sofisticadas como a constituição de fundo de investimento fechado, com a participação restrita aos membros da família empresária, são implantadas e geridas através do Family Office.

3.1. A Mediação na Governança da Família Empresária

É salutar e prudente que exista a preocupação da família empresária em evitar que as questões familiares influenciem negativamente a gestão de seu patrimônio e das atividades da empresa familiar. Nesse sentido, resolver consensualmente as controvérsias oriundas do ambiente familiar, no fórum apropriado, é medida recomendável para prevenir a contaminação do ambiente empresarial por questões familiares.

75

Considerando que os conflitos são inerentes às relações humanas, é importante estabelecer no Protocolo de Família regras que tratem da resolução de controvérsias na família empresária, tal como ocorre no Acordo de Sócios em relação às discussões envolvendo a empresa familiar.

Aqui surge a oportunidade de instituir a mediação como instrumento de resolução de disputas, devendo o Protocolo de Família prever a forma de escolha do mediador, o qual não necessita necessariamente ser uma pessoa externa à família, dado que em muitos casos é mais recomendável que um membro da família exerça esse papel em razão do seu conhecimento das particularidades que envolvem a dinâmica da família, desde que seja alguém da confiança das partes, com capacidade para estimular o diálogo e que possa contribuir para a resolução da disputa adotando uma posição de neutralidade.

Um tema bastante sensível na governança da família empresária é a gestão do patrimônio. Via de regra, o patrimônio da família empresária tem como principal fonte de contribuição para a sua formação os resultados advindos das atividades exploradas na empresa familiar. Assim, naturalmente, o interesse inicial dos membros da primeira geração é de manter tais recursos alocados no negócio que comprovadamente já demonstrou ser um bom investimento.

Ocorre que, ao longo do tempo, as condições de mercado podem sugerir que, por prudência, dilua-se o risco de alocação do patrimônio da família mediante a diversificação de investimentos. Além disto, pode haver membros na família que tenham interesse em desenvolver atividades diversas daquelas exploradas na empresa familiar original.

Conciliar esses interesses pode ser algo complexo e demorado considerando a quantidade de pessoas envolvidas no processo. O Protocolo de Família serve como bússola, mas pode ser necessário ajustas as suas regras periodicamente, conforme os interesses da família mudarem e ela crescer.

A depender do nível de desalinhamento entre os membros da família em relação a gestão do seu patrimônio, a divergência de interesses pode resultar na ruptura de relacionamentos, prejudicando a dinâmica da família empresária. Para que isto seja evitado, faz-se necessário monitorar o surgimento das divergências e a capacidade das partes em construir um formato de alocação do patrimônio que atenda os interesses da família como um todo. Havendo dificuldades nesse processo, a mediação é uma alternativa viável para que sejam preservados os relacionamentos e corretamente endereçadas as necessidades dos membros da família, senão de todos, ao menos da sua maioria.

76

Outro tema sensível que merece ser citado são as regras para participação de membros da família na gestão da empresa familiar. Em muitos casos há um descompasso entre a capacidade de crescimento da empresa familiar e a velocidade de reprodução dos membros da família empresária. Em outras palavras: a capacidade de procriação da família tende a ser maior do que a capacidade de crescimento da empresa familiar.

Nesse cenário, ao longo do tempo torna-se impossível acomodar todos os membros da família na estrutura da empresa familiar, sendo necessário estabelecer critérios para a admissão, avaliação e promoção ou substituição dos familiares envolvidos nas atividades da empresa, especialmente aqueles que ocupem cargos de gestão, assim como alternativas para o desenvolvimento dos membros da família fora do contexto da empresa familiar. O Protocolo de Família é o instrumento adequado para tratar deste tema, que será refletido nos instrumentos contratuais societários de gestão da empresa familiar (Acordo de Sócios, Contrato Social, Regulamento do Conselho de Administração etc.).

Estes critérios devem acompanhar as exigências do mercado de trabalho e a realidade da empresa familiar. Muitas famílias empresárias estabelecem, por exemplo, que um membro somente estará apto a assumir posição de gestão na empresa familiar após um período mínimo de experiência em outras empresas. Exigência quanto a formação acadêmica também

é comum. Aqui novamente podem surgir divergências no decorrer do tempo, tornando necessário o uso da mediação para que sejam construídas soluções alinhadas com os valores da família e as necessidades de seus membros.

Poderíamos citar diversos outros temas sensíveis na estruturação e manutenção da governança familiar, mas cremos que os exemplos acima são suficientes para tornar claro que as necessidades da família empresária não são imutáveis, pelo contrário, de tal modo que a mediação pode ter valiosa contribuição na construção do Protocolo de Família e revisão periódica de seus termos.

4. A GOVERNANÇA DA EMPRESA FAMILIAR

Para termos a percepção correta de qual é a estrutura de governança mais indicada para determinada empresa familiar, de acordo com o seu momento, porte e complexidade, faz-se necessário entendermos quais são as atribuições de cada um dos referidos órgãos de governança ilustrados na imagem anterior.

77

Assembleia de Sócios

A Assembleia de Sócios é o órgão máximo de deliberação de qualquer sociedade, independente da sua natureza jurídica. Nas sociedades limitadas com menos de 10 sócios a Assembleia de Sócios é substituída pela Reunião de Sócios, não havendo diferenças relevantes de ordem prática entre os dois formatos de conclave. Nas sociedades anônimas tais encontros são denominados Assembleias Gerais de Acionistas.

Para os fins do presente estudo, entenda-se por “assembleia” o conclave entre os detentores de participação societária com direito a voto na empresa familiar, e por “sócios” tais pessoas, independente da natureza jurídica da empresa em questão.

Sobre a característica soberana da Assembleia de Sócios, faz-se oportuno trazemos os comentários do doutrinador Modesto Carvalhosa (2014, p. 883):

A assembleia geral, em nosso Direito Societário, continua sendo órgão necessário, que não pode faltar em nenhuma companhia, nem ser substituído quanto à sua competência e funções, por qualquer outro. Trata-se, embora formalmente, apenas de órgão supremo e soberano da companhia, uma vez que seu poder não emana nem deriva de nenhum outro órgão.

Importante ficar claro que a Assembleia de Sócios, embora órgão máximo das sociedades, não tem poder discricionário para tomar qualquer decisão que lhe provir, conforme os ensinamentos de Alfredo de Assis Gonçalves Neto (2005, p. 157):

É comum dizer-se que a Assembleia Geral é o órgão soberano da sociedade por ações, pelo qual ser manifesta a vontade social. Mas ela não pode tudo. Não pode, por exemplo, suprimir ou modificar os direitos essenciais do acionista, não pode deliberar sobre certas matérias sem que haja aprovação de acionistas que representem uma maioria qualificada ou que componham a unanimidade.

O conceito que é importante fixarmos, para os fins do presente estudo, é de que a Assembleia de Sócios é o órgão máximo na governança da empresa familiar, não sendo possível que a deliberação emanada dos sócios seja sobreposta por decisão proveniente de qualquer outro órgão da gestão da sociedade, seja ele de caráter fixo ou temporário.

Conforme a empresa familiar cresce ao longo do tempo, assim como a complexidade de suas operações, torna-se necessário estruturar a sua governança de tal modo que as questões estratégicas e as operacionais sejam discutidas em fóruns distintos. Fazer essa alocação de competências de forma apropriada, mediante a definição de papéis, regras e processos, é missão da governança corporativa, que deve ter como princípios básicos a transparência, equidade, prestação de contas e responsabilidade corporativa.

78

Assim, surge a necessidade de criação de outros órgãos, além da Assembleia de Sócios, para a discussão de temas relacionados a gestão da empresa familiar, conforme veremos a seguir.

Comitê de Sócios

Além da Assembleia de Sócios, nas sociedades que possuem grande quantidade de sócios, inclusive não familiares, pode haver outro fórum restrito aos sócios para discussões de temas da empresa: o Comitê de Sócios (também denominado Conselho de Sócios). Recorremos novamente ao IBGC para trazermos maiores esclarecimentos sobre esse órgão:

Trata-se de um órgão sem papel deliberativo, no qual o grupo controlador discute, por meio de seus representantes, temas tipicamente societários ou que dizem respeito somente aos sócios. As recomendações do comitê são levadas à assembleia de sócios (da holding ou da empresa principal), que as aprova ou formaliza. Desta maneira, o órgão tem o papel de preparar e orientar a atuação na assembleia geral da empresa. Por exemplo, ele pode tratar da entrada ou saída de grandes negócios, da política de distribuição de dividendos e das transações acima de certo patamar (definido com base em percentual do patrimônio do grupo). . (IBGC, 2016, p. 36).

O comitê também pode ter a tarefa de desenvolver ou atualizar o acordo de sócios do grupo controlador (da família), oferecendo recomendações ao grupo de sócios que serão signatários do documento. (IBGC, 2016, p. 36).

Um aspecto essencial do Comitê de Sócios é a ausência de poder de vinculação de suas decisões aos sócios não participantes de suas reuniões. Na Assembleia de Sócios, as deliberações aprovadas vinculam todos os sócios da empresa, desde que, obviamente, tenha sido observado o quórum legal exigido para a aprovação da respectiva matéria. Aos sócios dissidentes é assegurado o direito de retirada, ou seja, de optar por não mais fazer parte da sociedade e desta sair mediante a apuração e pagamento de seus haveres, sendo igual direito assegurado aos sócios ausentes que também divergirem da deliberação aprovada; porém, os efeitos da deliberação recaem sobre todos os sócios.

Já no Comitê de Sócios as deliberações tomadas vincularão somente os seus membros, condicionado, ainda, ao que estiver previsto no instrumento que formalizar a criação e funcionamento deste órgão, seja o contrato ou estatuto social da empresa ou eventual Acordo de Sócios, se existente, podendo neste último caso o Comitê de Sócios estar revestido sob o formato de Reunião Prévia, cujas deliberações vincularão todos os signatários do referido instrumento, os quais deverão votar na Assembleia de Sócios de acordo com o que tiver sido decidido preliminarmente na Reunião Prévia.

79

Poderá haver sobreposição dos temas deliberados no Comitê de Sócios e na Assembleia de Sócios, devendo ficar claro que a deliberação tomada no primeiro fórum sempre dependerá de ratificação dos mesmos sócios no segundo, do contrário não surtirá qualquer efeito perante a sociedade e os demais sócios.

Conselho de Administração

O Conselho de Administração é provavelmente o órgão mais estratégico de todos. Ele é a ponte entre a Assembleia de Sócios e a Diretoria Executiva (a qual nas sociedades limitadas é representada na figura dos administradores), alimentando os sócios com relatórios e recomendações que lhes sirvam de apoio na tomada de decisão, assim como monitorando e fiscalizando a atuação dos diretores da empresa. Em alguns casos, inclusive, é possível delegar ao Conselho de Administração competências que originalmente cabiam aos sócios, observadas as limitações impostas na legislação aplicável.

O Conselho de Administração é um órgão típico das sociedades anônimas, expressamente previsto e regulamentado na Lei das Sociedades por Ações, nos artigos 140 a 142. (BRASIL, 2976). No Código Civil em vigor (BRASIL, 2002), norma que regulamenta

as sociedades limitadas, não há previsão expressa quanto a existência deste órgão, gerando divergência doutrinária sobre a possibilidade de instituí-lo ou não nesta modalidade de sociedade.

No nosso entendimento, considerando que o parágrafo único, do artigo 1.053 do Código Civil, prevê expressamente que “o contrato social poderá prever a regência supletiva da sociedade limitada pelas normas da sociedade anônima”, parece-nos possível que uma sociedade limitada possua Conselho de Administração, desde a citada regência supletiva conste de seu contrato social e que a competência de eleger os administradores seja mantida com os sócios.

Na realidade brasileira, em que levantamentos de mercado indicam que aproximadamente 8% dos empreendimentos são constituídos sob a forma de sociedades limitadas (SERASA EXPERIAN, 2020), a quantidade de sociedades anônimas é substancialmente menor. Portanto, o Conselho de Administração ainda é uma ferramenta de governança sofisticada para a grande maioria dos empresários brasileiros, especialmente nas empresas familiares.

Além de o Conselho de Administração ser um órgão típico das sociedades anônimas, pesa também o fato de que as boas práticas de governança indicam que esse órgão, para melhor desempenhar as suas atribuições, deve ser composto por ao menos um conselheiro independente; ou seja, alguém sem vínculo prévio de qualquer natureza com a sociedade. Se por um lado essa prática, salutar, diga-se de passagem, abre espaço para que a empresa familiar seja oxigenada pela visão de pessoas sem qualquer nível de dependência do negócio, por outro essa visão externa pode recair sobre más práticas enraizadas na cultura da empresa familiar, muitas vezes reflexo das políticas instituídas pelos fundadores e cultivadas por anos pelos mesmos e os demais membros da família envolvidos na gestão do negócio. Nesses casos, pode haver relevante resistência das pessoas envolvidas na gestão da empresa em aprimorar a governança.

Uma alternativa para superar essa resistência é estabelecer que o Conselho de Administração, por determinado período, funcionará como órgão meramente consultivo, servindo a iniciativa como o pontapé inicial da empresa na construção de uma cultura de governança. Nesse estágio, se necessário, pode-se prever, inclusive, que não haverá a participação de conselheiro independente no primeiro momento, até que os sócios se acostumem com a dinâmica deste novo fórum de discussão. Sem prejuízo, um membro

externo à família, com experiência em governança, mas não necessariamente independente, pode ser útil para assessorar a empresa familiar na implantação do novo órgão.

Posteriormente, com boas as práticas de governança já consolidadas, o Conselho Consultivo pode ser convertido em Conselho de Administração, com a participação de membro independente, o que pode ser acompanhado da transformação da empresa familiar em sociedade anônima, caso ela ainda esteja revistada sob a forma de sociedade limitada, tornando mais eficaz o funcionamento do novo órgão da administração.

Independentemente do formato de atuação, seja como Conselho de Administração ou Conselho Consultivo, o essencial é que os sócios da empresa familiar possam contar com o apoio de um órgão que reflita estrategicamente sobre a gestão dos negócios, avalie periodicamente o desempenho operacional da sociedade e fiscalize os atos de seus Diretores (ou administradores).

Diretoria Executiva

Como o próprio nome indica, a Diretoria é o órgão responsável pela execução das atividades operacionais da sociedade, representando-a perante terceiros. Nas sociedades anônimas, ela deverá ser composta por dois ou mais membros, eleitos pelo Conselho de Administração, se existente, ou pela Assembleia de Sócios. O mandato de seus membros é limitado ao prazo máximo de três anos.

No Código Civil, não há previsão da existência de Diretoria nas sociedades limitadas, no formato de órgão colegiado tal como ocorre nas sociedades anônimas, sendo a sociedade limitada representadas por seus Administradores, sócios ou não-sócios, eleitos pelos sócios para mandato por prazo indeterminado ou determinado (sem a limitação de três anos). Não obstante, é comum as sociedades limitadas cujo contrato social estabeleça a regência supletiva pela Lei das Sociedades Anônimas instituírem a Diretoria para realizar a gestão da sociedade, ficando a eleição de seus membros a cargo dos sócios, conforme citado anteriormente.

Os Diretores podem ser destituídos de seu cargo a qualquer tempo, de forma justificada ou injustificada.

Um aspecto relevante da governança corporativa de qualquer empresa, incluindo a familiar, é instituir mecanismos que possibilitem estabelecer objetivos claros aos gestores e acompanhar o cumprimento das metas estabelecidas. Nas sociedades em que os Diretores são os próprios sócios (ou familiares destes) fazer essa substituição, mesmo que justificada em

desempenho insatisfatório, pode ser um relevante desafio, ainda que exista um sócio detentor da maioria do capital votante.

Assim, instituir uma cultura de governança, amparada em instrumentos adequados de regulação do relacionamento entre os sócios e mecanismos de controle das atividades sociais, é providência determinante para assegurar a perenidade da empresa familiar.

4.1. A Mediação na Governança das Empresas Familiares

Se o Protocolo de Família é instrumento primordial na governança da família empresária, na governança da empresa familiar cumpre ao Acordo de Sócios desempenhar esse papel.

Seja a empresa familiar revestida sob o formato de sociedade anônima ou limitada, os seus atos constitutivos devem ser arquivados na Junta Comercial competente para que a empresa seja legalmente constituída, tornando público o conteúdo de seu respectivo estatuto ou contrato social. Apenas esse aspecto seria suficiente para justificar a necessidade da celebração do Acordo de Sócios, dado que é recomendável manter em sigilo diversas questões referentes ao relacionamento dos sócios, incluindo, apenas para citar algumas, o exercício do direito de voto, as restrições à alienação de quotas ou ações, a nomeação de administradores e as regras para participação de herdeiros na gestão da sociedade.

82

Porém, outro aspecto relevante deve ser considerado: o Acordo de Sócios traz estabilidade nas relações societárias, uma vez que, usualmente, o seu prazo de vigência é longo, e como se trata de um contrato, qualquer alteração aos seus termos somente será possível mediante a concordância de todos os signatários. Já o contrato ou estatuto social podem ser alterados a qualquer tempo, desde que observado o quórum legal exigido para a alteração (caso quórum superior não esteja previsto no próprio instrumento).

Nesse sentido, é pertinente trazemos os ensinamentos do doutrinador Marcelo Marco Bertoldi (2006) sobre o tema:

O acordo de acionistas é um instrumento amplamente utilizado pelos acionistas das sociedades anônimas que procuram, por meio dessa espécie contratual, regular seu relacionamento recíproco no que se refere ao exercício dos direitos sociais. Sua importância transcende os interesses particulares dos sócios que fazem uso desse acordo e alcança a própria companhia. Isso se dá por conta da estabilidade proporcionada aos grupos de acionistas, sejam eles detentores do poder de controle, que pelo próprio acordo, regulam a forma com tal controle se dará, sejam eles representantes de uma minoria que se organiza em torno do acordo para exercer os direitos típicos outorgados aos minoritários.

Considerando que não há no Código Civil previsão expressa quanto a instituição de Acordo de Sócios no âmbito das sociedades limitadas, mas somente vedação no parágrafo único do artigo 997⁷ de que seja celebrado pacto em separado contrário ao disposto no contrato social, houve no passado debate na doutrina especializada quanto a possibilidade de utilização desta modalidade de pacto parassocial o nas sociedades limitadas. No entanto, essa questão já está totalmente superada na doutrina e na jurisprudência, sendo o Acordo de Sócios amplamente utilizado nas sociedades limitadas, uma vez que a mera previsão da regência supletiva pela Lei das Sociedades Anônimas no contrato social, que prevê no artigo 118 a existência do Acordo de Acionistas, já é suficiente para sanar qualquer controvérsia a esse respeito.

Nas empresas familiares a elaboração do Acordo de Sócios pode ser uma valiosa experiência de reflexão de como os valores da família podem influenciar positiva ou negativamente a condução dos negócios sociais. Em determinadas famílias pode ser necessário instituir regras provisórias até que a cultura de governança esteja sedimentada. Práticas como a contratação de auditoria independente, restrições à contratação com partes relacionadas dos sócios ou instalação do Conselho de Administração podem não ser imediatas, com a previsão de um período de adaptação ou transição.

83

A família empresária deve ter clareza quanto aos mecanismos de governança que estão a sua disposição e quais são os mais apropriados para a realidade da empresa e da família em determinado momento. A governança corporativa deve ser uma jornada contínua a ser percorrida pela família empresária na gestão da empresa familiar.

Outro grande benefício de ter um Acordo de Sócios em vigor é estabelecer de antemão a forma de resolução dos conflitos que surgirem entre os sócios. Tratar de temas como definição de competências dos sócios, políticas de cargos e salários, avaliação de desempenho, ingresso de herdeiros na gestão é um desafio para qualquer sociedade, mas nas empresas familiares todas essas questões podem vir acompanhadas de denso conteúdo emocional, tornando necessária muita habilidade na condução destes temas.

Com a consolidação da arbitragem como método adequado de resolução de conflitos no Brasil, seja pela sobrecarga e morosidade do Poder Judiciário ou pela especialização que os árbitros escolhidos para julgar a controvérsia podem ter sobre a matéria objeto da disputa,

⁷ Art. 997. A sociedade constitui-se mediante contrato escrito, particular ou público, que, além de cláusulas estipuladas pelas partes, mencionará: (...) Parágrafo único. É ineficaz em relação a terceiros qualquer pacto separado, contrário ao disposto no instrumento do contrato.

cada vez mais os sócios têm escolhido essa alternativa para resolver as disputas entre si, mediante a inclusão de cláusula compromissória no Acordo de Sócios.

Porém, a adoção da arbitragem não é algo condizente com a realidade financeira de muitas empresas familiares, dados os elevados custos envolvidos. Ademais, as arbitragens societárias, embora mais céleres do que as demandas judiciais, raramente demoram menos do que dois anos para serem finalizadas, prazo que pode ter impacto relevante na condução da gestão da empresa familiar, a depender da gravidade do conflito. Blindar a empresa familiar dos efeitos do conflito entre sócios não é tarefa simples.

Não menos importante: a arbitragem é uma forma adversarial de resolução de disputas. Sócios, que até então eram parceiros, tornam-se adversários, trazendo graves consequências para a empresa familiar, e para a família empresária em muitos casos. Não conseguindo as partes chegar a um acordo, ao final do procedimento arbitral invariavelmente haverá um vencedor e três perdedores: o sócio derrotado, a empresa e a família. É nesse contexto que a mediação surge como interessante alternativa para evitar que uma controvérsia acabe se transformando em disputa arbitral ou judicial.

Caso a mediação esteja expressamente prevista no Acordo de Sócios como medida anterior à instauração da arbitragem ou ingresso de demanda judicial, sua realização será obrigatória. Não havendo Acordo de Sócios, nada impede que tal dispositivo esteja previsto no contrato ou estatuto social da empresa, mas essa previsão não é requisito obrigatório para que as partes possam realizar a mediação, caso seja de seu interesse, dada a natureza autocompositiva do procedimento.

84

O sucesso da mediação está diretamente relacionado à vontade das partes em buscar a autocomposição. É claro que a realização do procedimento de mediação em decorrência de obrigação contratual ou estatutária pode ser, em alguns casos, um estímulo forçado necessário para que as partes tentem a autocomposição com o auxílio do mediador, mas o ideal é que essa vontade de resolver o conflito de forma pacífica esteja presente em cada um dos sócios envolvidos na controvérsia e não lhes seja imposta.

Um grande diferencial que a mediação pode ter na gestão da governança das empresas familiares é evitar que eventuais posições divergentes se transformem em disputas societárias. A partir do momento que em se verifica um desalinhamento recorrente e relevante de posições e/ou visões entre os sócios, com potencial para prejudicar o desenvolvimento das atividades sociais e/ou o relacionamento dos sócios no âmbito da empresa e da família, qualquer dos sócios pode sugerir que seja realizada a mediação para

que sejam descobertos e explorados os interesses que estão encobertos pela divergência, possibilitando às partes envolvidas debater, de forma pacífica e construtiva, alternativas para a solução do impasse.

Assim, a cultura do diálogo e da busca pelo consenso através da autocomposição, manifesta através da mediação, pode ser uma ferramenta valiosa de governança corporativa e preservação do relacionamento entre os sócios.

5. CONCLUSÃO

As empresas familiares formam um relevante ecossistema de desenvolvimento da atividade econômica no mundo e no Brasil em especial. No entanto, assegurar a perenidade e continuidade destas empresas é um desafio complexo sob a perspectiva societária, que fica evidenciado no reduzido percentual de empresas que conseguem fazer a transição da 1ª para a 2ª geração, de apenas 30% aproximadamente.

Para que esse desafio seja superado com êxito, é necessário que a família empresária se organize e faça a gestão adequada de seu patrimônio, da empresa e das relações familiares. Estabelecer fóruns apropriados para tratar destes temas é medida essencial, assim como a elaboração de instrumentos que possibilitem aos membros da família empresária regular o seu relacionamento enquanto sócios e como integrantes do mesmo núcleo familiar.

Nesse contexto, o Protocolo de Família e o Acordo de Sócios são dois instrumentos essenciais na governança da família empresária e da empresa familiar, respectivamente, pois materializam a vontade da família sobre diversos temas de seu interesse, trazendo estabilidade às relações familiares e societárias.

Embora as boas práticas de governança sejam comprovadamente eficazes na preservação dos relacionamentos das partes nos dois âmbitos em questão (da família empresária e da empresa familiar), divergências de entendimentos e interesses são inevitáveis em qualquer relação de longo prazo, sendo necessário estabelecer mecanismos adequados para a solução de controvérsias.

A utilização da mediação como instrumento de governança pode ser de grande valia na preservação da família empresária e da empresa familiar. Muitos conflitos nascem na família e acabam por impactar a empresa familiar, e vice-versa. Adotar como cultura a utilização de procedimento de autocomposição, com é o caso da mediação, a medida em que as divergências relevantes surjam, é uma alternativa que, se adequadamente praticada, tem grande potencial para resultar em economia de tempo, recursos e desgaste emocional.

Os conflitos são inerentes à condição humana. Porém, a boa governança evita que eles sejam recorrentes e oferece mecanismos adequados para a sua resolução, como a mediação.

REFERÊNCIAS

CARVALHOSA, Modesto. **Comentários à Lei de sociedades anônimas.** artigos 75 a 137. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014. V. 2.

BEER, Jennifer E. PACKARD, Caroline C. **The Mediator's Handbook.** Rev. and expanded 4. ed. New Society Publishers, 2012.

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

GERSICK, Kelin. DAVIS, John. HAMPTON, Marion. LASBERG, Ivan. **Geração para Geração: Ciclos de Vida das Empresas Familiares.** Harvard Business School Press, 1997. Tradução da Negócio Editora, SP, 2001.

GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. **Lições de Direito Societário.** São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2005. Vol. II.

GOVERNANÇA da família empresária: conceitos básicos, desafios e recomendações. **Instituto Brasileiro de Governança Corporativa.** São Paulo, SP: IBGC, 2016.

FISHER, Roger. URY, William. PATTON, William. **Getting to Yes: Negotiation Agreement Without Giving In.** Penguin Books, 1983. Update and revised edition, 2011.

FONTES FILHO, Joaquim Rubens. CÂMARA LEAL, Ricardo Pereira. **Governança Corporativa em Empresas Familiares.** São Paulo: Saint Paul Editora, 2011.

MALHOTRA, Deepak. **Negotiating the impossible: how to break deadlocks and resolve ugly conflicts (without money or muscle).** Harvard Business School, 2016.