

O protocolo familiar como instrumento de *governance* das empresas familiares



João Ventura
ASSOCIADO
COORDENADOR

i. Enquadramento jurídico das empresas familiares

Apesar de a literatura jurídica portuguesa sobre a disciplina das empresas familiares não ser particularmente abundante, é inegável que estas prestam um contributo decisivo para a economia global.

No caso concreto do tecido empresarial português, por diversos fatores históricos que se prendem, sem limitar, com a reduzida escala relativa do nosso mercado interno ou com a acentuada concentração populacional e geográfica da riqueza produzida, as empresas familiares continuam a assumir um peso particularmente impressionante. Apesar da ausência de estudos suficientemente detalhados e atualizados, de acordo com os dados disponibilizados pela Associação Portuguesa das Empresas Familiares estima-se que pelo menos 70% das empresas em Portugal tenham por base uma estrutura de propriedade familiar e que contribuam para cerca de 65% do PIB nacional.

Em face da abrangência deste conceito, não existe um consenso alargado acerca da definição de empresa familiar ¹. Para efeitos do presente estudo, e tomando por referência várias formulações apresentadas por diferentes autores ², adotaremos a seguinte proposta: *“a empresa cuja propriedade seja maioritariamente controlada por uma ou mais unidades familiares e em*

¹ European Commission (Directorate-General for Enterprise and Industry), MANDL, IRENE, Overview of Family-Business-Relevant Issues: Research, Networks, Policy Measures and Existing Studies, Final Report of the Expert Group, November 2009, p. 8.

² Para um alargado elenco de definições de “empresa familiar”, vide MATIAS, CLÁUDIA, Conselho e Protocolo Familiar no Planeamento da Sucessão: Estudos de Caso em Empresas Familiares Portuguesas, Tese para obtenção do Grau de Doutor em Gestão, Novembro 2018, p. 13 e ss.

que as decisões de gestão sejam diretamente influenciadas por membros de tais unidades familiares”. Parece-nos tratar-se de uma construção satisfatória na medida em que condensa as principais características das empresas familiares, i.e. a propriedade e a gestão de negócio como requisitos cumulativos e integrados na esfera do controlo familiar.

Como será de antecipar, numa disciplina relativamente à qual a uniformização peca por escassa, também o seu tratamento jurídico acaba por ser bastante variável consoante o ordenamento em causa. Estas discrepâncias são inclusivamente notórias a nível europeu.

A título exemplificativo, em Itália, a realidade jurídica das empresas familiares encontra-se expressamente prevista e definida na lei ³, à qual se vieram a somar reformas no sentido de conceder um tratamento diferenciado à temática, permitindo uma maior autonomia na construção dos estatutos destas sociedades e consagrando a figura dos protocolos familiares (“*patto de famiglia*”) ⁴.

Também em Espanha se encontra prevista, desde há duas décadas, a possibilidade de serem definidas as condições, a forma e os requisitos para a publicidade dos “*protocolos familiares*” ⁵, isto para além da existência de diversos diplomas avulsos que reconhecem as empresas familiares como uma tipologia específica.

Já em Portugal, caso que nos merece maior atenção, não se verificou até à data um verdadeiro reconhecimento legislativo do fenómeno das empresas familiares, quer em termos de sistematização da disciplina, quer em eventuais referências legais de plano setorial ou avulso.

Na realidade e não obstante os esforços desenvolvidos por alguns autores ⁶, prevalece o *status quo* de inexistência de um sistema formal de gestão das relações familiares no âmbito das estruturas societárias (o comumente designado “*Family Governance*”).

³ Artigo 230.º-bis do Codice Civile (Italiano).

⁴ Artigos 768.º-bis a 768.º do Codice Civile (Italiano).

⁵ Como resulta do Real Decreto 171/2007 (Espanhol), de 9 de fevereiro.

⁶ Em concreto e no sentido de apresentar uma proposta de regime jurídico do governo da família empresária, vide XAVIER, RITA LOBO e COSTA, ANTÓNIO NOGUEIRA DA, *O reconhecimento legal das estruturas de gestão da família empresária institucionalizada*, “Roadmap” para Empresas Familiares Portuguesas, Centro Interdisciplinar de Ciências Sociais, Outubro 2018 (171-188), p. 177 e ss.

A nosso ver, a ausência deste sistema faz-se especialmente sentir nos casos de famílias que, através de empresas familiares (e em certos casos de maior escala, através de grupos de empresas familiares) se assumem como detentoras de ativos relevantes e com exposição a múltiplos *stakeholders*.

É precisamente a partir da dicotomia entre uma gestão familiar centralizada focada no objetivo de preservação de património para gerações futuras vs. a progressiva complexidade de estruturas societárias que atuam em mercado competitivo, que nascem os maiores desafios para as empresas familiares. Em suma, os potenciais conflitos entre propriedade e gestão são tendencialmente agudizados em contexto familiar.

Na ausência de tratamento legislativo, estes desafios decorrentes da própria natureza das empresas familiares têm vindo a ser casuisticamente tratados com recursos a figuras normativas de carácter genérico, tais como os deveres dos administradores, as normas de conflitos de interesse, a boa-fé e a desconsideração da personalidade coletiva ⁷.

Não sendo objeto do presente estudo uma análise de mérito sobre um eventual regime próprio das empresas familiares, entendemos que pelo menos o reconhecimento de certos instrumentos contratuais específicos (mormente do protocolo familiar) na ordem jurídica nacional potenciaria a construção de uma estrutura de *governance* mais eficiente para aquelas empresas. ^{CS'}

ii. Natureza e metodologia do protocolo familiar

No contexto das empresas familiares, tem vindo a afirmar-se a tendência de celebração de um instrumento contratual específico que, no panorama nacional e após importação linguística a partir de outras jurisdições estrangeiras, usualmente dá pelo nome de “protocolo familiar”.

Parece-nos adequado definir a figura do protocolo familiar como um pacto regulador das relações estabelecidas (e a estabelecer) entre a empresa familiar (no sentido estrito da entidade jurídica) e as unidades familiares com aquela entidade diretamente relacionadas, focando-se

⁷ Também nesse sentido cfr. GONÇALVES, DIOGO COSTA, *Breves Notas sobre o Governo das Sociedades Familiares*, ROA 81, I/II, Janeiro/Junho 2021 (41-56), p. 42.

habitualmente em matérias de governo societário, sucessão e transmissão das participações que compõem a empresa familiar.

Uma vez mais, em face da ausência de regulamentação deste fenómeno no ordenamento jurídico nacional, resta qualificar o protocolo familiar como um contrato atípico a celebrar no âmbito do princípio da autonomia privada, na vertente da liberdade contratual, nos termos do disposto no artigo 405.º do Código Civil.

Na prática, e ainda que o escopo possa variar consoante o alcance desejado, o conteúdo do protocolo familiar costuma ser formado por normas de carácter expositivo (referências históricas, princípios ou boas práticas orientadoras da família) e por normas de carácter obrigacional com eficácia jurídica entre as partes (como requisitos qualitativos para o desempenho de cargos de administração ou limitações na transmissão de participações sociais entre ramos da família).

Ora sempre que do protocolo constem estas normas de carácter obrigacional com a pretensão de regular aspetos atinentes ao bom governo de uma empresa familiar, tornam-se inevitáveis as semelhanças do protocolo familiar com o próprio contrato de sociedade (que sobre aquele sempre terá primazia) e, especialmente, com os acordos parassociais, previstos no artigo 17.º do Código das Sociedades Comerciais. Mais adiante, teremos oportunidade de comentar brevemente os desafios que decorrem da conciliação destes instrumentos contratuais.

Recuando ao seu início, nomeadamente ao momento da construção deste instrumento, parece-nos indiscutível ⁸ que a metodologia a observar no processo de elaboração do protocolo familiar assume uma especial preponderância. Tratando-se de um documento que visa refletir a interseção entre diferentes sensibilidades pertencentes a uma (ou mais) unidades familiares e o aparelho corporativo que prossegue a atividade económica, é fundamental que se proceda ao desenho de um modelo casuístico, puramente singular e personalizado.

⁸ No mesmo sentido, cfr. USSMAN, ANA MARIA, *Empresas Familiares*, Edições Sílabo, Janeiro 2004, p. 98

Neste sentido, julgamos recomendável que este processo (em contínuo) de construção do protocolo familiar se divida em três fases distintas, sinteticamente descritas do seguinte modo:

1	Avaliação	<ul style="list-style-type: none"> • Entrevistas com membros da família para aferição de principais preocupações e objetivos • Análise da estrutura societária existente e de limitações legais ou setoriais aplicáveis • Integração do protocolo familiar com restantes instrumentos contratuais
2	Implementação	<ul style="list-style-type: none"> • Preparação de protocolo familiar em processo interativo com membros da família • Apresentação de cláusulas típicas e construção de cláusulas <i>ad hoc</i>
3	Atualização	<ul style="list-style-type: none"> • Revisão de conteúdo por prazo determinado e/ou em função de eventos posteriores

De acordo com a metodologia proposta, pretende-se lograr a obtenção de um instrumento contratual suficientemente robusto, que possa assim contribuir positivamente para enfrentar os desafios de *governance* de uma empresa familiar. ^{CS'}

iii. Função do protocolo familiar no *governance* das empresas familiares

À exceção de empresas constituídas para prossecução de uma finalidade conjuntural (sociedades veículo ou vocacionadas para projetos de prazo limitado), as sociedades de capitais típicas, independentemente da sua tipologia, são constituídas tendo em vista a obtenção do lucro através da prossecução de uma atividade económica por tempo indeterminado.

Ora geralmente as empresas familiares acrescentam a este desafio, já por si ambicioso, a tarefa adicional de garantia da continuidade da empresa sob o controlo de uma ou mais unidades familiares, desejavelmente sem ruturas. É na conciliação desses objetivos que nos parece especialmente útil convocar a figura do protocolo familiar.

O protocolo familiar é o documento que visa cristalizar um diálogo, inevitável e necessário, entre a família e a empresa, ou se preferirmos, entre a propriedade e a gestão em contexto familiar, evitando que ambas as esferas se confundam ou contaminem. Num exercício algo paradoxal mas igualmente pragmático, é através do protocolo familiar que se “autolimita” o poder da família em prol dos interesses da empresa familiar, o que acaba por ser do interesse económico da própria família como um todo ⁹.

Com isto não significa que, nas empresas familiares, os riscos sejam necessariamente diferentes daqueles que incidem sobre as empresas não familiares (e restantes sociedades comerciais) – antes que estes assumem contornos específicos e potencialmente mais gravosos quando existe uma dimensão familiar subjacente à empresa.

Conforme acima já mencionado, a elaboração do protocolo familiar terá de levar em consideração uma tarefa de articulação com os restantes documentos que governam o funcionamento da empresa familiar, em particular com o contrato de sociedade e o acordo parassocial. Em rigor, também não nos parecem existir razões que obstem à integração do protocolo familiar no próprio acordo parassocial. Claro está que outro dos fatores a considerar nesta conciliação ou integração de instrumentos será a existência (ou não) de alinhamento subjetivo, nomeadamente nos casos frequentes em que surgem no protocolo outros membros da família que não assumem a qualidade de sócios.

Para efeitos de orientação sistemática, a seguinte tabela resume as principais diferenças formais tendo em conta os principais objetivos que são habitualmente prosseguidos por estes instrumentos jurídicos:

Contrato de Sociedade	Acordo Parassocial	Protocolo Familiar
Eficaz perante signatários e terceiros (<i>erga omnes</i>)	Eficaz apenas entre signatários (<i>inter partes</i>)	
Natureza pública	Natureza confidencial	
Celebrado apenas por sócios	Celebrado por sócios* (não se excluindo a possibilidade de intervenção de não sócios)	Celebrado por sócios e não sócios* (ex: outros membros da família)

* Apesar de discutível, não será ainda de excluir a possibilidade de a própria sociedade ser signatária.

⁹ LOPES, INÊS, *Sociedades Familiares (Conflitos familiares/societários)*, Dissertação de Mestrado em Ciências Jurídico-Empresariais, Julho 2016, p. 98.

Desta tabela decorre, necessariamente, uma tendência (arriscaríamos quase inevitável) de sobreposição de algumas matérias comumente abordadas no acordo parassocial e no protocolo familiar. Em rigor, os protocolos familiares incluirão, maioritariamente, cláusulas de natureza parassocial ¹⁰, pelo que a opção pelo seu tratamento autónomo ou integrado justificar-se-á nuns casos e noutros não.

Independentemente do formato, entendemos que a tarefa primordial do protocolo consiste na inclusão de matérias de *governance* que assumem um verdadeiro carácter familiar e que por isso devem atender aos mencionados desafios de compatibilização da empresa familiar com a família empresária.

Do conteúdo material que integra o protocolo familiar poderão constar, sem limitar, as seguintes matérias: i) constituição e funcionamento de órgãos de carácter familiar extra societários (ex: assembleia ou conselho de família); ii) requisitos de experiência para exercício de cargos sociais e regras de representatividade entre membros/ramos da família; iii) exercício de direito de voto; iv) negócios entre a sociedade e membros da família; v) condições de elegibilidade para detenção de participações sociais; ou vi) limitações à transmissão de participações sociais.

Daqui se depreende a importância das matérias que poderão ser tratadas em sede de protocolo familiar para a gestão organizativa da sociedade. Sem descurar a relevância funcional dos restantes instrumentos societários, entendemos existir efetivamente um escopo adicional de matérias especialmente sensíveis naquelas empresas e que nos parece adequado acomodar através do protocolo familiar.

Para efeitos de clarificação, note-se finalmente que à semelhança do sucedido para os restantes instrumentos societários, quaisquer matérias a incluir no protocolo encontrar-se-ão também sujeitas ao respeito pelos limites decorrentes da lei geral aplicável (desde logo e a título exemplificativo, no que respeita à proibição de pactos sucessórios ou às limitações na transmissão de participações sociais, consoante o tipo societário ¹¹). CS'

¹⁰ MARTINS, ALEXANDRE DE SOVERAL, *Pais, filhos, primos e etc., Lda: as sociedades por quotas familiares (uma introdução)*, Direito das Sociedades em Revista, Outubro 2013, Ano 5, Vol. 10 (39-74), p. 70.

¹¹ Desenvolvendo alguns exemplos em matéria de transmissão de quotas, vide LACERDA, BERNARDO, *As empresas familiares em Portugal – o conceito e a sua regulação*, Revista de Direito das Sociedades XIII (2021) 1 (143-152), p. 150 e ss.

iv. Conclusões

Chegados a este ponto, e após uma breve reflexão acerca da utilidade prática da figura do protocolo familiar, traçamos as seguintes conclusões:

- Observada a prática de mercado, tem-se evidenciado uma tendência crescente, por parte das empresas familiares, de recurso a instrumentos contratuais específicos que visam regular uma conciliação de interesses entre a empresa (detida) e a família (detentora), nomeadamente através da celebração do denominado protocolo familiar;
- O processo de preparação do protocolo familiar pressupõe, por um lado, um trabalho de diálogo ativo entre todos os membros da família e os seus assessores, bem como, por outro lado, uma integração adequada dos seus termos tendo em conta os restantes documentos societários, em particular o contrato de sociedade e o acordo parassocial;
- O protocolo familiar incluirá, tipicamente, normas de carácter expositivo e normas de carácter obrigacional, revestindo-se estas últimas de eficácia jurídica entre as partes relativamente a matérias sensíveis de governo societário; e
- De entre as diferentes funções para o qual poderá ser concebido, entendemos que a principal mais-valia do protocolo consiste na integração de temas de *governance* de carácter familiar no funcionamento da empresa, visando conjugar os objetivos de obtenção do lucro empresarial com a garantia de manutenção do controlo da empresa no seio familiar.