

27.O DIREITO DE CO-DETERMINAÇÃO E A TEORIA INSTITUCIONALISTA DA EMPRESA

Sérgio Marcos Carvalho de Ávila Negri

Gabriel Coutinho Galil

Palavras-chave: Co-determinação. Teoria Institucionalista. Direito Empresarial.

A empresa é um fenômeno multifacetário, podendo ser compreendida de diversos prismas, como subjetivo, objetivo e institucional (ASQUINI, 1996). Sendo o Direito Empresarial o ramo do Direito que disciplina o fenômeno empresarial, deve ele se ocupar da empresa em todas suas faces. Apesar de o Código Civil, pela redação do artigo 966, ter dado preferência ao entendimento da empresa como atividade, não se pode olvidar de seus outros perfis. Nesse prisma, entender a empresa como instituição implica no direcionamento das normas de Direito Empresarial não somente para as atividades econômicas, mas também para as pessoas físicas que realizam tal atividade, com especial atenção aos trabalhadores. Assim, os institutos de direito empresarial não devem preocupar-se somente com os interesses dos sócios, mas de todas as partes envolvidas.

A desconstrução da visão mercantil clássica, que concebia o Direito como instrumento de tutela do lucro perpassa, necessariamente, a discussão sobre o conceito do interesse social da empresa. A temática foi alvo de discussão doutrinária, dividindo-se em dois grandes eixos: o contratualismo e o institucionalismo (SALOMÃO FILHO, 2015). A primeira é adotada pelo Código Civil italiano e tem como base a ideia de que a sociedade é formada por um contrato de execução continuada, tendo como partes os sócios, que ditarão os interesses a serem perseguidos pela empresa. Assim, o interesse social encontra o seu limite subjetivo naqueles sócios que compõem a sociedade. Parte mais progressista da doutrina contratualista chega a considerar o interesse de sócios futuros como parte integrante da função social. O ponto mais ilustrativo de tal teoria é a hipótese de uma sociedade unipessoal, onde não haveriam dois interesses, um do sócio e um da empresa, mas apenas o primeiro. A chamada teoria contratualista moderna muda o referencial do interesse social, colocando-o

como o interesse dos acionistas (*shareholdersvalue*). Assim, o interesse social não estaria contido na vontade dos sócios ou administradores, mas na persecução da valorização máxima das ações da sociedade anônima. Este reflexo da integração das sociedades anônimas com o mercado de capitais pode ser considerado ainda mais preocupante, uma vez que pode incentivar condutas ainda mais danosas para sociedades (em relação à coletividade) para a busca de valorização das ações em um “mercado” que possui traços comportamentais completamente desconhecidos.

Em contrapartida, a doutrina econômica e jurídica alemã intitulada de institucionalismo, surgida no pós-guerra e muito influenciada por tal contexto, enxergava na empresa um instrumento para a reconstrução econômica do país. Tal tese, passou a ser adotada pelo ordenamento alemão, que positivava a defesa do *Unternehmeninteresseamsich* que era o interesse social autônomo, passível de defesa pela administração independentemente da assembleia de acionistas. Tal entendimento, no entanto, foi criticado uma vez que não havia na lei acionária de 1937 instrumentos para a efetivação desse interesse social de caráter mais publicístico. Esta situação seria modificada com a promulgação da nova lei acionária alemã em 1960.

Nos anos que precederam esta promulgação, o institucionalismo avançou com a aprovação de diversas leis que garantiam a participação operária nos órgãos diretivos nas sociedades anônimas. Tal garantia de participação operária no âmbito diretivo ilustra o ponto alto da teoria, que é a de um interesse social autônomo e independente dos interesses contrapostos dos sócios. Nessa situação, a sociedade empresária deveria exercer uma função dentro da coletividade e, a partir dessa função, se extrairia o conteúdo do interesse social. A teoria institucionalista organizativa, que surgiu como alternativa à primeira corrente institucionalista, adotada até 1937, conferiu maior concretude ao pensamento empresarial alemão à medida que restringiu a incidência do interesse social como produto dos interesses das partes efetivamente atuantes, que para eles restringiam-se aos sócios e aos operários da sociedade.

É exatamente no contexto germânico, sobre a influência do institucionalismo, que surge o direito de co-determinação nas sociedades empresárias alemãs. São previstos dois níveis de co-determinação: o de chão de fábrica e o conselho administrativo.

A co-determinação no chão de fábrica (*Betriebliche Mitbestimmung*) é exercida por meio dos conselhos de trabalhadores. Instituída pela *Betriebsverfassungsgesetz* (ALEMANHA, 1972) cada local de trabalho que funcione com pelo menos 5 trabalhadores deve eleger um conselho. Caso a sociedade exerça atividade em diferentes locais, cada um deve ter seu próprio conselho local, sem prejuízo de um conselho geral. Esse conselho é titular do direito de informação, consulta e participação sobre assuntos que envolvam diretamente a rotina dos trabalhadores, como horário de trabalho, métodos de pagamentos, contratações e demissões. A ausência de consulta à esses conselhos pode resultar na invalidação das decisões.

Se a sociedade funciona com mais de 100 funcionários é necessária a formação de um comitê econômico, eleito pelo conselho dos trabalhadores. Esse comitê deve ser informado de toda a matéria administrativa da sociedade, como balanços financeiros, situação produtiva e investimentos.

O outro nível de co-determinação ocorre no conselho de administração, que no ordenamento alemão existe nas sociedades limitas (*GmbHs*) e anônimas (*AGs*). Nas sociedades que contam com mais de 500 funcionários aplica-se a previsão de que um terço do conselho administrativo deve ser formado por representantes eleitos pelos trabalhadores. Nas sociedades que empregam mais de 2.000 funcionários a co-determinação ocorre pela eleição de metade do conselho administrativo por trabalhadores. Existe, ainda, a previsão de um cargo na diretoria da sociedade do *Arbeitsdirektor*, responsável exclusivamente por assuntos sociais e trabalhistas. Para a contagem dos funcionários, considera-se também aqueles que estão alocados em subsidiárias de um grupo empresarial.

Na indústria do carvão, ferro e metal existem algumas peculiaridades, como a da aplicação da co-determinação também nos conselhos das holdings que tenham sociedades desse ramo como subsidiárias e da exclusividade dos representantes dos trabalhadores de destituir o *Arbeitsdirektor*.

Existe uma dificuldade dos representantes dos trabalhadores de compor a maioria nas deliberações, não só nos casos em que são somente um terço do conselho, mas também quando representam metade desse. Isso porque, no caso de empate, o *chairman* eleito pelos acionistas ou sócios é responsável pelo “voto de

minerva”. No entanto, a participação dos trabalhadores no processo deliberativo já possibilita certa influência e pontencializa a representação dos trabalhadores (WIRTH *et ali*, 2006).

No que tange à alienação da sociedade existe apenas o dever de informar o conselho econômico, não sendo essas operações sujeita ao direito de co-determinação de forma direta. Mas, nos casos de mudanças operacionais provocadas por alienação, o conselho de trabalhadores da sociedade que está sendo alienada tem o direito de negociar com a outra parte um plano social, pelo qual os efeitos adversos são financeiramente compensados. Esse plano social não é dispositivo, obrigando a parte que adquire a sociedade.

Apesar de terem sido feitas previsões que a co-determinação dificultaria a possibilidade de tomadas de decisões nas sociedades, colocando-as em déficit com outras que não estivessem submetidas a esse regime, alguns estudos econômicos demonstraram que a co-determinação não diminui a capacidade de inovação da empresa (KRAFT *et. ali*, 2009).

O direito de co-determinação influenciou outros ordenamentos jurídicos, como ocorreu na Lei das Sociedades Anônimas (BRASIL, 1976), que coloca, timidamente, normas de caráter institucionalista em um ordenamento tipicamente contratualista (SALOMÃO FILHO, 2002). Na redação do parágrafo único do artigo 140, o estatuto da sociedade poderá prever a participação dos trabalhadores no conselho de administração. Assim, trata-se de norma dispositiva, ao contrário do que ocorre na Alemanha, dependendo da vontade dos acionistas para sua implementação.

Em um cenário globalizado onde as decisões tomadas por uma sociedade empresária pode afetar profundamente um coletivo de pessoas cada vez maior (Pode-se tomar como exemplo as decisões tomadas pelo Lehman Brothers e suas repercussões mundiais), não se pode conceber, principalmente a luz do parágrafo único do artigo 116 da LSA, a exclusão de uma parte diretamente afetada pela atividade empresária do processo decisório. Desse modo, o trabalho a ser desenvolvido pretende buscar as causas da falta de efetividade da co-determinação no cenário brasileiro, assim como suas consequências.

REFERÊNCIAS

ASQUINI, Alberto. *Perfis da empresa*. Revista de direito mercantil, industrial, econômico e financeiro, São Paulo, v. 35, p. 109-126, outubro/dezembro 1996. n. 104.

KRAFT, Kornelius *et al.* Co-determination and innovation. **Cambridge Journal of Economics**. 2011, n. 35, p. 145–172

SALOMÃO FILHO, Calixto. *Teoria Crítico-Estruturalista do Direito Comercial*. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2015

_____. *Novo Direito Societário*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

WIRTH, Gerhard; ARNOLD Michael; MORSHÄUER, Ralf *et al.* *Corporate Law in Germany*. 2. ed. Munique: Beck, 2010.