

**RESUMO:** Objeto deste *paper* é o estudo do instituto da Cogestão dos trabalhadores no órgão de fiscalização de algumas sociedades comerciais, cotejando o ordenamento jurídico tudesco com o português. A abordagem, para além de incidir sobre a sua regulamentação legal e testar a força das críticas (positivas e negativas), pretende-se de pendur utilitarista, a fim de encontrar um argumento capitalista apologista dessa construção. Escrutinaremos – de dentro para fora – os temas da (in) eficiência da função fiscalizadora e da (in)eficiência de empresa cogerida.

**Palavras-chave:** cogestão; (representantes dos) trabalhadores; conselho de supervisão; implementação legal da cogestão; (in)eficiência; (im)pres-tabilidade para Portugal.

**ABSTRACT:** The theme of this *paper* is the Codetermination of workers in the supervisory body of some commercial companies, comparing Germany's and Portugal's legal system. Besides analyzing its legal regulation and testing the strength of positive and negative reviews, we shall endeavor to take an utilitarian approach, in order to find a capitalist argument in favour of that construction. We will also emphasise the (in)efficiency of the supervisory role and the code-termined company itself.

**Keywords:** codetermination; workers(' representatives); supervisory council; legal implementation of codetermination; (in)efficiency; usefulness/uselessness for Portugal.

TOBIAS HAMANN\*

## Da Cogestão dos trabalhadores no órgão de fiscalização das sociedades anónimas e das sociedades por quotas – um instituto prestável?\*

*Vertrauen ist gut, Kontrolle ist besser*<sup>1</sup>

### I. Introdução

O tema que nos propomos abordar nestas páginas é o da *Codeterminação*, *Codecisão* ou *Cogestão* dos trabalhadores no *Aufsichtsrat*<sup>2</sup> das sociedades

\* Mestrando e Monitor da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

\*\* Texto submetido a revisão por pares (*peer review*).

<sup>1</sup> "A Confiança é boa, [mas] o Controlo é melhor". Provérbio russo (atribuído a Lenine) frequentemente utilizado no alemão.

<sup>2</sup> O *Aufsichtsrat* (Conselho de Supervisão) na Alemanha prossegue fundamentalmente – mas não exclusivamente – funções de fiscalização.

Da Cogestão dos trabalhadores no órgão de fiscalização das sociedades anónimas e das sociedades... 149

DSR, ano 10, vol. 20 (2018): 149-189

*anónimas e das sociedades por quotas alemãs e, cotejando o ordenamento jurídico alemão com o nosso, aferir sobre a viabilidade ou razoabilidade de uma transposição (da ideia por detrás) da regulamentação tudesca para o ordenamento português.*

*A análise será então de pendor comparativo, porque é pela comparação de modelos efetivamente existentes que se deve tentar encontrar aquilo que é realmente justo*<sup>3</sup>. A nossa pesquisa incidirá sobre o modelo alemão da *Mitbestimmung*, pelo facto de a terra tudesca<sup>4</sup> ser considerada “o paradigma do < sistema co-decisório >”<sup>5</sup>. Não se deve, contudo, seguir cegamente o exemplo alemão, sem antes sopesar racionalmente os prós (idealmente económicos) e contras daquele instituto (*exemplo plus quam ratione vivimus*).

Ao longo do trabalho estaremos em constante diálogo com a doutrina e jurisprudência da Alemanha e de Portugal, tal como com a jurisprudência ao nível da União Europeia. Em Portugal não há previsão legal que imponha a Cogestão nas sociedades comerciais<sup>6</sup> e, entre nós, o tema não tem recebido muita atenção por parte da doutrina, mas há quem que se tenha debruçado sobre o assunto<sup>7</sup> e mesmo dado resposta negativa à questão de saber se a transposição do instituto é recomendável ou razoável<sup>8</sup>. A discussão em países ultra-pirinéus tem sido rica e controversa desde há décadas, havendo doutrina para os dois lados, não faltando mesmo doutrina que propugne que a Cogestão “não é um bom artigo de exportação”<sup>9</sup>.

Procuraremos desmistificar o instituto para que possamos encontrar resposta às perguntas que de momento nos inquietam: A previsão da codificação entre nós seria um *plus*? Em caso afirmativo, a implementação

<sup>3</sup> Ensina-nos o vencedor do Prémio Nobel da Economia AMARTYA SEN, *A Ideia de Justiça*, Penguin Press, Tradução Nuno Castello-Branco Bastos, Revisão Madalena Requiça, Almedina SA, 2012, pp. 162 e ss e 536-538, que se deve prestar maior atenção a uma dimensão comparativa do que transcendental (procura do ideal).

<sup>4</sup> Terra tudesca e não Alemanha nem República Federal Alemã pelo simples facto de a história do instituto remontar até muito antes da criação da Alemanha e mesmo antes do Império Alemão, em 1871.

<sup>5</sup> M. Nogueira SERENS, “<Co-Gestão> – Que Futuro?”, Separata do número especial do Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra – “Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Teixeira Ribeiro” – 1979.

<sup>6</sup> Coutinho de ABREU, *Governança das Sociedades Comerciais*, 2.<sup>a</sup> ed, Almedina, Coimbra, 2010, p.54, nota 128.

<sup>7</sup> Vide MÁRIO PINTO e AMÂNDIO DE AZEVEDO “A participação dos trabalhadores na empresa: a Legislação alemã de co-decisão” in Separata da “Rev. Análise Social”, vol. VIII, n.ºs 30-31, 1970, e SERENS, *ob.cit.*, 1979.

<sup>8</sup> SERENS, *ob. cit.* pp. 42 e ss,

<sup>9</sup> V. OTTO WOLF VON AMEROGEN, “Révue Politique et Parlementaire”, Fevereiro, 1970-1, *apud* N. Serens *ob. cit.* p. 19. in (nota 32).

deveria ser facultativa ou obrigatória para as empresas? Se enveredássemos pela segunda alternativa, *i.e.*, a dever existir, deveria existir tão-só nas grandes empresas ou também no âmbito das PME's?

## II. Algumas linhas de pensamento

### 2.1. Delimitação do tema

(i) Abordaremos tão-só a participação dos trabalhadores (através de representantes) *no órgão de fiscalização*, na Alemanha conhecido por *Aufsichtsrat*. Por sua vez, a nossa atenção recai apenas sobre essa participação no seio da *sociedade anónima e da sociedade por quotas*, por serem essas as formas/vestes jurídicas mais presentes em Portugal<sup>10</sup> (as sociedades por quotas representam 91,8% e as sociedades anónimas 5,9% do total de sociedades não financeiras<sup>11</sup>).

A cogestão num *plano funcional*: não podemos deixar de fazer referência à principal ideia que veio na base da escolha deste tema. Se muitas vezes há que a favor da *Mitbestimmung* dos trabalhadores invocam razões ancoradas em ideais marxistas e em valores democráticos<sup>12</sup> (designadamente o valor da democratização da relação de emprego, o *stakeholder-value*<sup>13</sup>, etc.), o que verdadeiramente queremos enfatizar é a (possível) existência de razões capitalistas que julgamos erguerem a voz pela cogestão (sem perder de vista a possível existência de desvantagens relevantes) – *aprioristicamente* diríamos que o trabalhador quer que a empresa se perpetue, donde a sua participação no Conselho de Supervisão (*Aufsichtsrat*) seja, via de regra, em favor da empresa em si, numa perspetiva de longo prazo, ao contrário por exemplo dos administradores *lato sensu* (especialmente quando não sejam sócios), que poderão (quicá) sentir-se tentados a guiar a sua atuação por motivações egoístas, considerando a limitação temporal do seu mandato (e a possível remuneração com base em ações). Os admi-

<sup>10</sup> E é por assim quereremos proceder que bastará, a partir de então, utilizar o termo "sócio(s)" para nos referirmos aos proprietários (de parcelas) do capital, os "Anteilseigner" de que falam as Leis sobre a Cogestão, quando na verdade este termo abrange também os membros das cooperativas.

<sup>11</sup> FICHA TÉCNICA "Empresas em Portugal 2016", do Instituto Nacional de Estatística, I.P., ISBN 978-989-25-0438-4, p.27.

<sup>12</sup> Para uma abordagem minuciosa das razões por detrás do instituto *vide* M. Nogueira SERENS, ob. cit., 1979, p.3.

<sup>13</sup> John T. ADDISON e Claus SCHNABEL, *Worker Directors: A German Product that Didn't Export?*, Estudos do Grupo de Estudos Monetários e Financeiros, n.º2, 2009, p.6.

nistradores no *Vorstand* alemão são monitorizados e controlados pelo *Aufsichtsrat*. Se os administradores, em teoria, são mais facilmente seduzidos pelas referidas tentações, os trabalhadores no Conselho de Supervisão contrabalançariam essa tendência. Se assim for, a sua participação será em favor da propriedade, em favor do lucro e forjado estaria um argumento capitalista. Facto é que uma abordagem minimamente razoável do tema não passa por cima de uma análise dos efeitos económicos da Cogestão.

(ii) A Cogestão dos trabalhadores no órgão de fiscalização na Alemanha só passa a ser imposta quando a empresa emprega um número de trabalhadores que ultrapasse um certo limiar. Ora, antes de mais duas notas. Primeiro, é de referir que, de facto, os termos sociedade e empresa não se confundem, mas que entre eles intercede uma estreita ligação. Referimo-nos à cogestão da sociedade, mas a (co)gestão da sociedade pode abarcar e significar também (ou pelo menos repercutir-se sobre a) (co)gestão da empresa, podendo, aliás, a sociedade ser constituída precisamente para explorar a empresa<sup>14</sup>. Doravante, utilizaremos sinonimicamente “empresa” e “sociedade”.

Em segundo lugar vale olhar para a *praxis*. Seguimos de perto Ricardo COSTA que propugna ser fenomenologicamente típico no tráfico jussocietário as PME<sup>15</sup> serem exploradas por “sociedades PME” e as grandes empresas por “grande[s] sociedade[s] por quota[s]” e por “grande[s] sociedade[s] anónima[s]”<sup>16</sup>. Deste modo, tomando em consideração que a cogestão no órgão de fiscalização na Alemanha só passa a ser imposta a partir do momento em que a empresa empregue um certo número de trabalhadores (a partir de 501 ou 2001 consoante a lei), parece-nos que não é disparatado afirmar que a Cogestão no órgão da fiscalização não é um instituto típico das PME, *rectius* das “sociedades PME”, mas sim um instituto típico das grandes empresas, *rectius* das “grandes” sociedades por quo-

<sup>14</sup> Como nos ensina Coutinho de ABREU, Curso de Direito Comercial das Sociedades, 5.ª ed., Vol. II, Almedina, Coimbra, 2015, p. 36 e ss, “uma sociedade é em regra constituída para a exploração de uma empresa; (...) Mas são formulações [aqui não referidas] insuficientes e não inteiramente corretas (...)”.

<sup>15</sup> A classificação em micro, pequenas e médias empresas decorre da Recomendação 2003/361/CE da Comissão, de 6 de maio de 2003, que serviu para obviar à existência de incoerências geradas por diferentes definições das mesmas. Diz o art. 2.º do Anexo à Recomendação que *micro empresa* é aquela que emprega menos de 10 trabalhadores e não ultrapassa os 2 milhões de euros de volume de negócios ou de balanço total anual; *pequena empresa* é aquela que emprega mais de 50 pessoas e não ultrapassa os 10 milhões de Euros naqueles indicadores; *média empresa* é aquela que emprega menos de 250 pessoas e tem um volume de negócio inferior a 50 milhões de Euros ou cujo balanço total anual não é superior a 43 milhões de Euros.

<sup>16</sup> COSTA, Ricardo, *O Sócio Gestor – A administração da sociedade PME e o sócio gestor/sócios como administradores de facto das “suas” sociedades*, Almedina, Coimbra, 2017, p. 8;

tas e das “grandes” sociedades anónimas<sup>17</sup>. Os resultados de um estudo alemão (baseado num novo índice desenvolvido pelo Centro de Ciência de Berlim para investigação social para aferição da consolidação da cogestão nas empresas alistadas no DAX, MDAX, SDAX e TECDAX e em outras empresas cotadas na bolsa ou com cogestão paritária nos anos de 2006 a 2013) confirmam-no<sup>18</sup>.

Outro ponto relevante: os indicadores económicos do INE de 2016 mostram claramente que uma *considerável* parte da riqueza nacional é produzida por *grandes empresas* (embora em termos relativos representem apenas 0,1% das empresas)<sup>19</sup>, notadamente por *Grandes Sociedades por Quotas e Grandes Sociedades Anónimas*<sup>20</sup>.

(iii) Em suma e respondendo a *uma* das questões que nos inquietava: A cogestão no órgão de controlo das sociedades comerciais é, na Alemanha, um instituto *típico* das grandes empresas, *rectius* das *Grandes Sociedades*. As *Grandes Sociedades em Portugal* são cruciais, embora numericamente sejam poucas. E é por o seu contributo para a economia nacional ser considerável, que fica demonstrado que *pelo menos a discussão sobre uma eventual introdução do sistema da cogestão dos trabalhadores no órgão de fiscalização das Grandes Sociedades portuguesas não é completamente desprovida de sentido, se de facto se vier a provar que a cogestão pode redundar em resultados económicos positivos*.

<sup>17</sup> *Ibidem*.

<sup>18</sup> A consolidação da cogestão em pequenas empresas (e em empresas especializadas em alta-tecnologia) é muito inferior ao que sucede nas médias e grandes empresas (e nas empresas tecnológicas mais amplas). Vide SCHOLZ, Robert e VITOLS, Sigurt, „Der Mitbestimmungsindex MB-IX/Wirkung der Mitbestimmung für die Corporate Governance nachhaltiger Unternehmen“, *Mitbestimmungs-Report Nr.22*, 2016, p.14.

<sup>19</sup> Quanto à dimensão das empresas: do total das empresas não financeiras 99,9% são PME (PME inclui as micro empresas), e apenas 0,1% são grandes empresas. Mas só estas poucas grandes empresas não financeiras contribuem em 39,3% para o total volume de negócios anual e em 36,5% para o VAB anual de todas as empresas não financeiras. Por sua vez, no que toca ao volume de negócios e VAB criado pelo total de sociedades não financeiras – nestas se concentra o grosso do volume de negócios e do VAB do total de empresas não financeiras, que por sua vez são responsáveis por grande parte do volume de negócios e VAB do sector empresarial português –, aprox. 41% daquele volume de negócios e 39,4% desse VAB são criados por *sociedades grandes*. Fizemos esta leitura com base na FICHA TÉCNICA “*Empresas em Portugal 2016*”, do Instituto Nacional de Estatística, I.P., ISBN 978-989-25-0438-4.

<sup>20</sup> Merece atenta leitura a análise de Menezes CORDEIRO, “Evolução do direito europeu das sociedades”, in *Revista da Ordem dos Advogados*, 2006, ano 66, Vol.I.

## 2.2. Aktiengesellschaften e GmbHs – seus homólogos portugueses

A “GmbH alemã” (sociedade por quotas) é regulada fundamentalmente pelo *Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung* (doravante GmbHG) que remete múltiplas vezes para o *Aktiengesetz* (doravante AktG). Os órgãos sociais necessariamente existentes da “GmbH” são a “Gesellschafterversammlung”<sup>21</sup> e a “Geschäftsführung”<sup>22</sup>. Quanto ao órgão de fiscalização e controlo da GmbH alemã: ao contrário da sociedade anónima alemã (AG), que tem *sempre* um Conselho de Supervisão por imposição da lei, a sociedade por quotas alemã (GmbH) não tem necessariamente um Conselho de Supervisão. A constituição de um Conselho de Supervisão não é, em regra, obrigatória, mas sim facultativa, através de previsão estatutária. É o que resulta do §52 do GmbHG (Lei sobre Sociedades por Quotas), que acrescenta que nesse caso variadas normas do AktG serão aplicáveis, se o contrato social da sociedade não dispor em sentido diferente. Exceções à regra da facultatividade são precisamente aquelas situações (que veremos) em que a *Lei sobre a Cogestão em Terça Parte* impõe a participação dos trabalhadores no Conselho de Supervisão, nomeadamente quando a GmbH empregue mais de 500 trabalhadores. Se a participação do trabalhador se torna obrigatória num órgão que até então não existia, a criação deste órgão justifica-se tanto mais (*rectius* impõe-se). A eleição dos seus membros é efetuada pelos sócios e trabalhadores.

Em Portugal as sociedades por quotas estão reguladas no nosso conhecido CSC. Entre nós, elas também têm sempre a *possibilidade* de ter um conselho fiscal ou um fiscal único, se os seus estatutos assim o prevederem; regendo-se pelas regras “a esse respeito para as sociedades anónimas [413.º]” – 262.º/1 e 413.º/1a) do CSC. Eis a regra. A facultatividade é excecionada a partir do momento em que as sociedades ultrapassem certa dimensão (262.º/2), momento a partir do qual se exige que elas tenham

<sup>21</sup> Assembleia de Sócios, órgão decisor máximo da sociedade onde estão representados todos os sócios e com poderes para decidir sobre todos os assuntos da sociedade [§45 GmbHG] que não sejam da competência própria da Gerência; os sócios podem determinar os gerentes logo no momento da criação da sociedade, nos estatutos, ou posteriormente através de deliberação; ademais controlam a Gerência.

<sup>22</sup> Gerência: a sociedade tem um ou mais gerentes que “dirigem” ou “guiam” [führen] os negócios da sociedade “seguindo as instruções da reunião de sócios” e de acordo com a lei e os estatutos; ademais representam a sociedade perante terceiros; aos terceiros não é por exemplo oponível ter havido instruções no interior da sociedade, ou seja os poderes de representação dos gerentes são aqui ilimitados – §6 + §37 + §35 GmbHG. *Duden* 2015, Bibliographisches Institut GmbH, ISBN 978-3-411-72613-4, p. 210.

“conselho fiscal ou fiscal único, a menos que designem revisor oficial de contas para proceder à revisão legal das contas (art. 262.º/2, 3)”<sup>23</sup>.

A Sociedade Anónima alemã (*Aktiengesellschaft*) estrutura-se segundo o paradigmático modelo dualista/germânico<sup>24</sup>. Em Portugal a Sociedade Anónima pode apresentar uma de três estruturas organizatórias diferentes, previstas no 278.º do CSC: o modelo tradicional (alínea a)), o modelo anglo-saxónico (alínea b)) e o modelo dualista/germânico (alínea c)). Um maior aprofundamento seria uma enfatiante repetição do que já foi bem elucidado por outros<sup>25</sup>.

### 3. Plano Estrutural

#### 3.1. O Conceito de Cogestão

O nosso escopo é abordar o tema de forma objetiva e concisa, pelo que prescindiremos de considerações longas sobre a história da Cogestão na Alemanha<sup>26-27</sup>.

Facto é que na política, na economia e na sociedade da Alemanha de hoje o instituto continua a ser visto como uma aquisição cultural e social

<sup>23</sup> Coutinho de ABREU, *ob. cit.*, 2015, p. 64.

<sup>24</sup> Coutinho de ABREU, *Governança (...)*, 2010, pp.35 ss.

Para além da Assembleia Geral de sócios (órgão deliberativo-interno composto por todos os acionistas, previsto nos §§118 a 149 da AktG; órgão comparativamente mais fraco do que a Reunião de Sócios da GmbH, ratio: §119 (2), segundo o qual a Assembleia Geral só pode mesmo decidir em questões de gestão da sociedade se o Conselho de Administração assim o solicitar/exigir; há uma rígida separação entre gestão e capital), a sociedade anónima terá necessariamente um Conselho de Administração (Vorstand – §§76 (1) a 94) e um Conselho de Supervisão (com fortíssimos poderes, §§ 95 a 116 – *infra*).

<sup>25</sup> Para uma análise minuciosa *vide* Coutinho de ABREU, *ob. cit.*, 2015, pp. 64 e ss. e Coutinho de ABREU, *Governança das Sociedades Comerciais*, 2.ª ed, Almedina, Coimbra, 2010, pp.35 ss

<sup>26</sup> Para uma abordagem da história por detrás da Cogestão *vide*, entre nós, M. Nogueira SERENS, *op. cit.*, 1979, pp.3-11. Sobre a importância da Revolução de 1848 na *linha vermelha* de desenvolvimento da cogestão, *vide* Walter GRAB (Hg.), *Die Revolution von 1848/49. Eine Dokumentation*, Stuttgart, 1998, p. 115.

<sup>27</sup> Digno de referência é, porém, Hans Böckler, muitas vezes aclamado como sendo o “pai da cogestão” (M. Nogueira SERENS, *ob. cit.*, 1979, p. 41) paritária na indústria do carvão, ferro e aço, pelo facto de, num panorama já favorável à cogestão e depois de uma conversa “épica” com o Chanceler Konrad Adenauer, ter conseguido a aprovação da Lei da Cogestão naquele sector em 1951. Hoje a *Fundação-Hans-Böckler* carrega o seu nome, enquanto instituição de promoção da cogestão, investigação e estudo da confederação alemã de sindicatos (DGA).

importante e a “pedra basilar da economia social de mercado, tendo contribuído para ultrapassar o antagonismo clássico entre capital e trabalho”<sup>28</sup>. Para o próprio Tribunal Constitucional Alemão, numa decisão de 1979 crucial para a Cogestão, a Cogestão servia o *bem-estar da generalidade/da sociedade*<sup>29</sup>.

Quanto ao conceito em si, a tradução literal mais fiel que do termo “*Mitbestimmung*” podemos fazer é a de *Codeterminação*. Quem em alemão “*bestimmt*” em português determina (ou dita). Na língua inglesa utiliza-se igualmente o termo “*codetermination*”<sup>30</sup>. Porém, os termos *Codecisão* (seria *Mitentscheidung*) ou *Cogestão* (seria *Mitgeschäftsführung*) são mais frequente e pacificamente utilizados entre nós<sup>31</sup>. Utilizaremos, por isso, o termo *Cogestão*<sup>32</sup>.

Uma singela caracterização de *Cogestão* no contexto jussocietário é a que encontramos no DUDEN e que começa por dizer que a *Mitbestimmung* consiste numa “forma de participação de pessoas e grupos de pessoas em decisões societárias”<sup>33-34</sup>. No fundo, a *codecisão* é o trabalhador (mediante representantes) *ter uma palavra a dizer* (em inglês costuma aqui falar-se da “*workers’ voice*”) e não ser mero vendedor de força de trabalho, é uma forma de colmatar a rígida separação entre capital e trabalho.

<sup>28</sup> Professor Dr. Walter Bayer, *Die Erosion der deutschen Mitbestimmung*, NJW 2016, beck-online.

<sup>29</sup> “dem Wohl der Allgemeinheit”. BVerfG · Urteil vom 1. März 1979 · Az. 1 BvR 532/77, 1 BvL 21/78, 1 BvR 419/78, 1 BvR 533/77, consulta em <https://openjur.de/u/177323.html> (11-02-2018).

<sup>30</sup> Vale referir que na Inglaterra, há 2 anos, a temática da cogestão dos trabalhadores foi colocado em cima da mesa, “Mrs May has repeatedly stated her intention to reform corporate governance such that workers and consumers are represented on boards, to “reform capitalism so it works for everyone – not just the privileged few.”, vide “*Codetermination in Germany – a role model for the UK and the US?*”, <http://bruegel.org/2016/10/codetermination-in-germany-a-role-model-for-the-uk-and-the-us/> (3-03-2018).

<sup>31</sup> Parecendo preferir o termo *Cogestão*, por exemplo, M. Nogueira SERENS, *ob. cit.*, 1979; Coutinho de ABREU, *ob. cit.*, 2015, p. 265; utilizando o termo *co-decisão* vide, por exemplo, MÁRIO PINTO e AMÂNDIO DE AZEVEDO, *ob. cit.*

<sup>32</sup> Embora na verdade cogestão não seja o termo inteiramente correto (*codeterminação* é mais correto): os trabalhadores estão representados no órgão fiscalização ao qual, como veremos, não são (nem podem ser) atribuídos poderes de gestão (salvo quando a lei assim o disponha); a sua participação é que influencia o processo de tomada de decisões no seio da sociedade. Mas num sentido indireto ele cogere...

<sup>33</sup> *Duden* 2015, *ob.cit.*, p. 315.

<sup>34</sup> Ao nível europeu, a Diretiva 2001/86/CE do Conselho de 8/10/2001 (que completa o estatuto da Sociedade Europeia no que respeita ao envolvimento dos trabalhadores) fala de um “modo de participação dos representantes dos trabalhadores no processo de decisão das empresas” (considerando 5).

O discurso político apologista da cogestão tem aproveitado para considerá-la uma *maneira de inserir a democracia nas empresas e com isso complementar a legitimidade económica que lhes é naturalmente inerente*<sup>35</sup>.

Tudo gira em torno da posição relativa de subordinação do trabalhador<sup>36</sup>. A Cogestão serve de contrapeso à posição *heterodeterminada* do trabalhador. Heterodeterminação que é característica do contrato de trabalho *intuitu personae*<sup>37</sup>. Historicamente, assistiu-se a uma alteração da “forma de perceber a relação *dialéctica* trabalhador-empresa”<sup>38</sup>. Entre muitas das vias de resolução alternativamente propostas (v.g. controle operário, participação do trabalhador nos lucros da empresa<sup>39</sup>), surge então a “co-decisão”<sup>40</sup>.

Numa tentativa de enquadramento do instituto na temática do(s) interesse(s) social(ais) da sociedade (a prosseguir por sócios, a servir de guia aos administradores e membros dos órgãos de fiscalização) e seguindo de perto Coutinho de ABREU, a cogestão poder-se-ia enquadrar numa teoria *dualística* (em que na gestão da sociedade se atenda aos interesses dos trabalhadores, “nomeadamente através da co-gestão”<sup>41</sup>) ou numa teoria *pluralística* (que inclua o interesse público) ou, mais concretamente, numa teoria que atenda aos *stakeholder-values* (isto é a tomada em consideração de todos os grupos de interesses, especialmente os interesses da “workers’ voice”) no contexto de uma *Sustainable Company*<sup>42-43</sup>.

35 RIEBLE, Volker, *Mitbestimmung zwischen Legitimationslast und Modernisierungsdruck*, pp.10 e ss. Consulta em [www.zaar.uni-muenchen.de](http://www.zaar.uni-muenchen.de) (08-04-2018); John T. ADDISON e Claus SCHNABEL, *ob.cit.*, 2009, p.6.

36 MÁRIO PINTO e AMÂNDIO DE AZEVEDO, *ob. cit.* pp. 467 e ss.

37 Menezes CORDEIRO, *apud* citação em Ac. do STJ de 12-10-2017 (processo: 1333/14.4TTLSB.L2.S2).

38 Vide, entre nós, M. Nogueira SERENS, *ob. cit.* – 1979, p.6.

39 *Ibidem*. Exemplo paradigmático foi a “Lei Chéron” de 1917, na França, que instituiu a participação nos lucros. Não surtiu efeito prático, pois “não suscitou interesse aos trabalhadores” e “também não contribuiu para a paz social”.

40 *Ibidem*. Esta “co-decisão”, ao contrário do que se poderia pensar, “não tem, ou pode não ter, verdadeiramente um fim substitutivo [substituição da gestão pertencente ao capitalista], i.e., tendencialmente é estática na sua dinâmica. Teríamos uma “instituição do Estado de Direito Social”. M. Nogueira SERENS, *ob. cit.* – 1979, p.6.

41 Cfr. Coutinho de ABREU, *ob. cit.*, 2015, pp. 263 e ss.

42 Robert SCHOLZ e Sigurt VITOLS, *ob. cit.*, p. 4.

43 Alguns autores defendem a compatibilidade entre o modelo centrado no *shareholder-value* e a previsão de um sistema de cogestão dos trabalhadores. CHARREAUX, Gérard e Philippe DESBRIÈRES, “Corporate governance stakeholder value versus shareholder value”, in *Journal of Management and Governance*, 5 (2), 2001, p. 107-128.

### 3.2. A Cogestão no Ordenamento Jurídico Alemão

Na Alemanha a Cogestão dá-se principalmente nas grandes empresas e processa-se em três grandes níveis dignos de menção: (1) ao nível do Conselho do Estabelecimento (*Betriebsrat*), regulada pelo *Betriebsverfassungsgesetz*; (2) ao nível da Empresa fundamentalmente através da participação no Conselho de Supervisão (*Unternehmensmitbestimmung im Aufsichtsrat*), regulada pela Lei sobre a Cogestão dos trabalhadores nos conselhos de supervisão e nos órgãos de administração da indústria mineira de extração de hulha e produção de ferro e aço de 1951, Lei orgânica do Estabelecimento, Lei de 1956 que complementa a lei de 1951, Lei sobre a Cogestão de 1976, Lei sobre a Participação em Terça Parte de 2004, Lei para efetivação das disposições sobre cogestão dos trabalhadores numa fusão de sociedades de capitais de diferentes Estados-Membros de 21.12.2006, Lei das Sociedades Anónimas, Livro das Leis do Comércio, Lei relativa à sociedade por quotas<sup>44</sup>; e (3) ao nível da participação coletiva através dos sindicatos (*Kollektive Beteiligung durch Gewerkschaften*). A Lei da Cogestão de 1976 e a Lei da Cogestão-Montanheira preveem a existência de um Diretor de Trabalho (*Arbeitsdirektor*) no seio do órgão de administração (*Vostand*), a lei de 2004 já não<sup>45</sup>.

A *Cogestão da Empresa*<sup>46</sup> (*Unternehmensmitbestimmung* – aquela que nos interessa) é muito mais ampla do que a *Cogestão do Estabelecimento*:

<sup>44</sup> *Gesetz über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer in den Aufsichtsräten und Vorständen der Unternehmen des Bergbaus und der Eisen und Stahl erzeugenden Industrie*, ou tão-só *Montanmitbestimmungsgesetz von 1951*; doravante abreviadamente Lei sobre a Cogestão-Montanheira; *Betriebsverfassungsgesetz*; *Mitbestimmungsergänzungsgesetz* de 1956; *Mitbestimmungsgesetz von 1976*; *Drittelbeteiligungsgesetz von 2004*; *Gesetz zur Umsetzung der Regelungen über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer bei einer Verschmelzung von Kapitalgesellschaften aus verschiedenen Mitgliedstaaten (MgVGEinfG)*; *Aktiengesetzbuch* (doravante AktG); *Handelsgesetzbuch*; *GmbHG*.

<sup>45</sup> GEFERS, Jennifer Sarah, *Deutsche Mitbestimmung als Erfolgsfaktor der Automobilindustrie im internationalen Vergleich*, Band 16, Kassel University Press, Insitut für Arbeitswissenschaft, 2016, p. 29

<sup>46</sup> Antes de mais, uma nota. Na língua alemã os termos *Unternehmen* e *Betrieb* não se confundem. Em Portugal sobre a questão do emprego sinonímico desses vocábulos “a resposta costumava ser afirmativa. Nos tempos mais recentes, porém, parece dominar a posição contrária”. Coutinho de ABREU tende para a sua utilização sinonímica e justifica legalmente essa sua posição (mostrando que “as leis não se opõem a tal equipolência”. Coutinho de ABREU, *Curso de Direito Comercial*, 10.<sup>a</sup> ed., Coimbra, Almedina, 2016, pp. 215-216. Para efeitos da cogestão, utilizaremos o termo *empresa* para o *Unternehmen* e *estabelecimento* para o *Betrieb*, enquanto “unidade técnica de produção” (MÁRIO PINTO e AMÂNDIO DE AZEVEDO, *ob. cit.* p. 470). Embora, não poucas vezes, os termos sejam utilizados para significar uma e a mesma coisa, há situações em que a distinção ganha “relevo prá-

enquanto nesta são tratadas questões sociais e de pessoal e algumas questões económicas suscetíveis de afetar o estabelecimento e, com isso, a posição do trabalhador; naquela (na *Cogestão da Empresa*) os trabalhadores, representados no Conselho de Supervisão, participam na direção/gestão das atividades mais elementares da empresa, na resolução de todos os problemas com os quais a empresa se depara e que sejam tratados no tal Conselho de Supervisão. A cogestão ao nível do estabelecimento está presente em variados países da União Europeia e o modelo alemão contribuiu para a formulação da Diretiva europeia relativa à instituição de um Conselho de Empresa Europeu ou de um procedimento de informação e consulta dos trabalhadores nas empresas ou grupos de empresas de dimensão comunitária (hoje é a Diretiva 2009/38/CE do parlamento europeu e do conselho de 6 de Maio de 2009<sup>47</sup>).

Na Cogestão da Empresa distingue-se entre a cogestão simples e a cogestão paritária<sup>48</sup>, consoante os representantes dos sócios no órgão de fiscalização estejam em maioria ou em número igual aos representantes dos trabalhadores (situação de paridade).

### 3.2.1. *Lei sobre a Cogestão de 1976 (Mitbestimmungsgesetz von 1976)*

A referida lei aplica-se a toda a empresa com sede na Alemanha<sup>49</sup> que tenha, em regra<sup>50</sup>, *mais de 2000 trabalhadores* e que seja explorada sob a forma jurídica de<sup>51</sup> sociedade anónima (AG), sociedade em coman-

tico”, designadamente quando “vários estabelecimentos, tecnicamente autónomos, integrem uma única empresa, sempre que concorram para a realização dum fim económico comum” (M. PINTO e A. DE AZEVEDO, *ob. cit.*, p. 471). A empresa como um todo de que o(s) estabelecimento(s) faz(em) parte.

<sup>47</sup> Transposta para o ordenamento jurídico português através da Lei n.º 96/2009, de 3 de Setembro.

<sup>48</sup> *Duden* 2015, *ob.cit.*, p. 315.

<sup>49</sup> Não são suscetíveis de cogestão as sociedades com sede no estrangeiro. *Vide* a decisão BAG (tribunal federal do trabalho, de 14.02.2007 – 7 ABR 26/06, consulta em: <https://lexetius.com/2007/1524>.

<sup>50</sup> A expressão “em regra” serve para excluir da contagem aqueles trabalhadores que trabalham só passageiramente/temporariamente na empresa e que depois do fim do contrato não são substituídos por outros trabalhadores. Ou seja atende-se ao número de trabalhadores num espaço temporal mais alargado. *Vide* Stephan GITTERMANN, “AktG §96”, in *Der Aufsichtsrat §§95-116, 161, 170-172, 394 und 395 AktG Kommentar*, publicação de Dr. Kersten v. SCHENCK, Verlag C.H. Beck/Verlag Franz Vahlen, München 2015, ISBN 9783800647903, pp. 15 e 18.

<sup>51</sup> Vimos *supra* que as sociedades são normalmente criadas para explorar empresas.

Da Cogestão dos trabalhadores no órgão de fiscalização das sociedades anónimas e das sociedades... 159

DSR, ano 10, vol. 20 (2018): 149-189

dita por ações (KGaA), sociedade por quotas (GmbH), cooperativa (“*Genossenschaft*”)<sup>52</sup>. É uma cogestão paritária. A consequência que a ultrapassagem do limiar (*Schwellenwert*) de 2000 trabalhadores acarreta é a de se impor uma certa composição do Conselho de Supervisão: o órgão tem de ser constituído por representantes dos trabalhadores em número igual ao número de representantes dos sócios. Ou seja, 50% dos lugares cabe àqueles e outros 50% a estes<sup>53</sup>.

Quais os trabalhadores que relevam para efeitos do limiar de 2000 trabalhadores?

(1) Usámos a expressão “em regra” propositadamente, porque excluem-se da contagem aqueles trabalhadores que trabalham só passageiramente/temporariamente na empresa e que, depois do fim do contrato, não são substituídos por outros trabalhadores. Atende-se ao número de trabalhadores num espaço temporal mais alargado<sup>54</sup>; mas os formandos/estagiários também são considerados para esse efeito. Por sua vez, atende-se apenas àqueles trabalhadores cujo contrato de trabalho esteja em execução, e não em modo de suspensão<sup>55</sup>.

(2) Para aferição (e só para a aferição) do número de trabalhadores da sociedade contam-se não só os trabalhadores internos, *i.e.* os trabalhadores que trabalhem em estabelecimentos (*Betriebe*) da sociedade situados na Alemanha, mas também todas as pessoas que estejam a trabalhar em estabelecimentos estrangeiros da sociedade alemã<sup>56</sup>; ou seja são também contabilizados os trabalhadores das filiais e instalações de produção situadas no estrangeiro; mas já não são contabilizados os trabalhadores de sociedades-filhas estrangeiras (filhas da sociedade-mãe alemã). Até agora tudo bem. Outra questão completamente diferente é a de saber se os trabalhadores de estabelecimentos estrangeiros podem votar ou ser eleitos para o Conselho de

<sup>52</sup> Excetua-se desta previsão todas as “empresas de tendência” (empresas cujo empresário não se propõe tão-só a conseguir o lucro mas a prosseguir outros fins, designadamente políticos, educacionais, científicos ou artísticos [§118 (1) BetrVG]), todas as comunidades religiosas e todas as empresas abrangidas pelas disposições da Lei da Cogestão-Montanhês de 1951 e da lei de 1956 que a complementa. Merece atenta leitura o §1 da lei.

<sup>53</sup> O mesmo não quer significar total igualdade entre sócios e trabalhadores, como veremos adiante em matéria de eleições.

<sup>54</sup> Vide Stephan GITTERMANN, “AktG §96”, in *Der Aufsichtsrat §§95-116*, 161, 170-172, 394 und 395 *AktG Kommentar*, publicação de Dr. Kersten v. SCHENCK, Verlag C.H. Beck/Verlag Franz Vahlen, München 2015, ISBN 9783800647903, p. 15 e p.18; Baumbach/Hueck/Zöllner/Noack, 21. Aufl. 2017, GmbHG § 52 Rn. 150.

<sup>55</sup> MüKoAktG/*Gach* DrittelbG § 3 Rn. 2; Baumbach/Hueck/Zöllner/Noack, *ob.cit.* § 52 Rn. 147-149.

<sup>56</sup> LG Frankfurt a.M. DB 1982; Baumbach/Hueck/Zöllner/Noack, *ob.cit.* Baumbach/Hueck/Zöllner/Noack, 21. Aufl. 2017, GmbHG § 52 Rn. 271.

Supervisão da mãe. A resposta é *negativa*. Das conclusões recentíssimas do Advogado Geral Saugmandsgaard do Tribunal de Justiça da União Europeia (no caso C-566/15, *Erzberger*, conhecido por *Processo-TUI*, decisão de 18-7-2017<sup>57</sup>), de 4 de maio de 2017, decorre não violar de todo o direito europeu (nem o direito de livre circulação dos trabalhadores [art. 45.º TFUE], nem a proibição de discriminação por razões da nacionalidade [art. 45.º/2 TFUE]) o facto de só os trabalhadores empregados na Alemanha poderem eleger os representantes dos trabalhadores ou serem eleitos representantes dos trabalhadores no Conselho de supervisão. Ficam de fora (*i.e.* não têm o direito de votar ou ser votado) aqueles trabalhadores da sociedade em causa que trabalhem em sociedades-filhas/subsidiárias no estrangeiro. Em suma: *eles são contabilizados para efeitos de aferição do limiar, só que não lhes é concedido sufrágio ativo e passivo*<sup>58</sup>. Acrescenta o Advogado Geral que não há défice de legitimidade algum por haver exclusão dos empregados no estrangeiro, visto que a Cogestão dos trabalhadores deve ser vista no “contexto político nacional” em que se insere, não acarretando alargamento do âmbito de aplicação do art. 45.º TFUE<sup>59</sup>. Faz-se mister referir que com estas conclusões houve um suspiro de alívio (*Erleichterung*<sup>60</sup>) na Alemanha, pois uma decisão em sentido contrário (a considerar o direito europeu violado) teria significado que nenhuma das Leis sobre a Cogestão alemãs poderia continuar a aplicar-se a empresas e grupos alemães *com presença internacional*<sup>61</sup>.

<sup>57</sup> Vide Henning MEIER, “Europa und die Mitbestimmung – Mitbestimmungsgesetz ist europarechtskonform”, in *GmbHRundschau*, Heft 17, 1-09-2017, R 264 e R265 (são duas páginas separadas, uma no início e outra no fim da revista).

<sup>58</sup> O Código de Corporate Governance alemão quando se refere à *Societas Europaeae* dispõe que a negociação entre a direção da empresa e os trabalhadores, fixadora do alcance da cogestão, não deve pôr de parte os trabalhadores empregados noutros Estados-Membros (mas da mesma sociedade). *vide* Preâmbulo do Deutscher Corporate Governance Kodex, versão de 7. 02.2017, consulta em [http://www.dcgk.de//files/dcgk/usercontent/de/download/kodex/170424\\_Kodex.pdf](http://www.dcgk.de//files/dcgk/usercontent/de/download/kodex/170424_Kodex.pdf) (11-03-2018).

<sup>59</sup> Ou seja, basicamente o que se propugna é que o trabalhador, que se desloca duradouramente para o mercado de trabalho de um outro Estado-Membro, terá de aceitar que a partir desse momento valerão – “para bem e para mal” – as regras jus-laborais daquele Estado, mesmo que a transferência opere dentro do mesmo grupo de sociedades. *Vide* os comentários às conclusões do Advogado Geral de Prof. Rüdiger KRAUSE, “Juristischer Kommentar zu den Schlussanträgen von Generalanwalt Saugmandsgaard ØE”, in *MBF-Report Nr. 34*, de 06.2017, pp. 2 e ss.

<sup>60</sup> *Vide* Henning MEIER, *ob. cit.*, R 264 e R265.

<sup>61</sup> Consequência: todos os respetivos Conselhos de Supervisão passariam a ser compostos apenas por representantes dos sócios (dos proprietários do capital).

(3) Caso estejamos perante um *grupo de sociedades*<sup>62</sup>, os trabalhadores de sociedades dependentes (seja qual for o tipo societário destas) são contabilizados para efeitos de cálculo do número de trabalhadores da sociedade dominante (que ocupa o topo da pirâmide, figurativamente – sociedade matriz) e aferição sobre a necessidade de dotar o conselho de supervisão de representantes de trabalhadores. Basta que a sociedade dominante e as sociedades dependentes, em conjunto, tenham mais de 2000 trabalhadores (§1 (1) n.º2, §5 (1) frase 1.ª da Lei sobre a Cogestão) para que aquela (a dominante) se veja obrigada a constituir um Conselho de Supervisão cogedido pelos trabalhadores. Como se isso ainda não fosse suficiente, as próprias sociedades dependentes (não estrangeiras) que, por si só ou em conjunto com sociedades que sejam suas filhas, atinjam o limiar de 2000 trabalhadores também terão de obedecer às disposições legais sobre a cogestão<sup>63</sup>. Resultado: *num só grupo de sociedades pode dar-se uma múltipla contagem dos mesmos trabalhadores*.

Interligando o supramencionado: como muitas empresas alemãs com presença internacional (grupos alemães) veem a cogestão com maus olhos e sabendo que em “tempo de guerra [crise] qualquer buraco é trincheira [sobreviver = lucro]”, não admira que algumas delas venham a enveredar por estratégias de *fuga à cogestão, de “evitação da cogestão”*<sup>64</sup>. (i) Por um lado preferem investir nas suas *sociedades-filhas com sede no estrangeiro* ou em estabelecimentos não autónomos situados *no estrangeiro* e dotar estes de mais trabalhadores para que, por essa via, se possam furta à aplicação das disposições da cogestão nas suas empresas alemãs (porque não são contabilizados na aferição do número de trabalhadores da sociedade-mãe alemã)<sup>65</sup>. Parece não violar a proibição de discriminação prevista no direito europeu<sup>66</sup>. (ii) Podem optar por *mudar a sede* para o estrangeiro. (iii) Por fim e interligando o ponto (3) com o requisito formal do §1 da Lei sobre a Cogestão (ter de se tratar de uma sociedade anónima [AG], sociedade em comandita por ações [KGaA], sociedade por quotas

<sup>62</sup> Em geral, o *Konzern* (grupo de sociedades) é toda a agregação/todo o agrupamento de várias empresas juridicamente autónomas sob uma direção unitária. MüKoAktG/Bayer, 4. Aufl. 2016, AktG § 18 Rn. 1

<sup>63</sup> Stephan GITTERMANN, *ob. cit.*, 2015, p.18;

<sup>64</sup> Dr. Klaus OLBERTZ e Nora STURM, LL.M, “Unternehmerische Mitbestimmung. Vermeidungsstrategien für die GmbH bzw. GmbH & Co.KG”, *GmbH Rundschau*, Heft 23, 1/12/2014, pp.1233 a 1288.

<sup>65</sup> LG Frankfurt a. M. DB 1982, 1312; Baumbach/Hueck/Zöllner/Noack GmbHG § 52 Rn. 274-275a, beck-online, e as remissões em nota.

<sup>66</sup> Wansleben EWIR 2015, 245 (246); Mense/Klie DStR 2015, 1508 (1512). *Apud* Baumbach/Hueck/Zöllner/Noack, *ob. cit.*, § 52 Rn. 274-275a

[GmbH], etc.), podem aquelas preferir *mudar apenas a sua veste jurídica* (o “tipo societário”<sup>67</sup>).

Estes estratagemas fogem à *teleologia* do instituto da Cogestão<sup>68</sup>. Assim, o legislador previu, para obviar ao sucesso dos últimos dois (ii e iii), uma solução no §5 (3) da Lei sobre a Cogestão: se a sociedade-do-topo mudar a sede para o estrangeiro ou mudar a sua veste jurídica, os trabalhadores das sociedades dependentes serão (agora) contabilizados na sociedade-do-topo-imediatamente inferior (à sociedade-mãe-matriz) suscetível de entrar no âmbito de aplicação da lei (ou seja, com sede na Alemanha e com uma daquelas formas do §1 da referida lei)<sup>69</sup>.

Quanto à *composição* do Conselho de Supervisão, tal como referido, preenchidos os requisitos, as AG e as GmbH (só sobre estas recai a nossa atenção) terão que ter um Conselho de Supervisão composto paritariamente por representantes dos sócios e representantes dos trabalhadores. O número de representantes dos trabalhadores distribui-se proporcionalmente entre três grupos: os representantes dos trabalhadores (*Arbeiter*), os representantes dos empregados (*Angestellte*) e os empregados executivos ou quadros executivos (*leitende Angestellte* – segundo o §15 da Lei sobre a Cogestão). Um certo número de lugares, determinado por lei, deve ainda ser ocupado por representantes dos sindicatos, *i.e.*, pessoas propostas pelos sindicatos mas eleitas pelos trabalhadores *lato sensu*. O órgão será composto por 12 membros se o número de trabalhadores não ultrapassar os 10 mil; por 16 membros se o número for superior a 10 mil e inferior a 20 mil; e por 20 membros se o número for superior a 20 mil. É o que resulta do §7 (1) da referida lei. Consoante o órgão seja composto por 12, 16 ou 20 membros, 6, 8 ou 10 lugares, respetivamente, serão ocupados pelos representantes dos trabalhadores, designadamente por representantes dos sindicatos, dos trabalhadores e dos empregados e por pelo menos um empregado executivo/quadro executivo – §7 (2) + §15 (1) frase 2.<sup>a</sup> da Lei da Cogestão. O §7(1) permite que os estatutos imponham o número de 16 ou 20 membros quando imposto seria 12 e permite 20 quando imposto seria 16 (para mais é sempre permitido; para menos é que não). Se for composto por 12 ou 16 membros, 2 lugares e se for composto por

<sup>67</sup> Coutinho de ABREU, *ob. cit.*, 2015, p. 58.

<sup>68</sup> Um aparte: a lei conseguiu acalmar os ânimos de alguns críticos da cogestão (da parte dos proprietários do capital) ao não mexer na competência para decidir sobre questões fulcrais com os sócios, v.g. decisões de alteração do objeto social, aumentos de capital, fusões, etc.

<sup>69</sup> Stephan GITTERMANN, *ob. cit.*, 2015, p.18.

20 membros, 3 lugares serão obrigatoriamente atribuídos a representantes dos sindicatos<sup>70</sup>.

Os representantes dos sócios são eleitos por deliberação da Assembleia Geral, segundo as regras gerais da AktG (§101 (1), salvo (2))<sup>71</sup>. O Conselho de Supervisão (pré-existente) pode fazer propostas, não vinculativas para a Assembleia Geral (§124 (3), com respeito pelo §161 AktG e a recomendação do ponto 5.4 do Código de Corporate Governance alemão.

Já o processo de eleição dos representantes dos trabalhadores é regulado nos §§9 a 24 da Lei sobre a Cogestão de 1976. A eleição dos representantes dos trabalhadores (*Arbeitnehmervertreter*) pode processar-se de forma direta (eleição primária que ocorre quando o número de trabalhadores for inferior a 8 mil) ou indireta (através de delegados, *Wahlmänner*<sup>72</sup>, por eles diretamente eleitos; ocorre quando o número de trabalhadores for superior a 8 mil) – §§ 9 e 10 da referida lei; o §9 (3), no entanto, permite aos trabalhadores optarem pela eleição direta quando for de aplicar a indireta e vice-versa.

O presidente do Conselho de Supervisão e o suplente são eleitos com maioria de 2/3; se este quórum deliberativo faltar, então serão os sócios (*rectius* seus representantes) a eleger o presidente (denota-se que não se tenciona esvaziar por completo o poder dos proprietários do capital) e os trabalhadores (*rectius* seus representantes) o seu suplente.

Procedendo-se a uma votação no Conselho de Supervisão e houver empate, o presidente terá voto de qualidade (*Stichentscheid*) e este voto *não poderá ir em sentido contrário aos votos dos representantes dos sócios* – §§ 27 (2) e 29 (2) da lei. Isto mostra-nos que, embora a composição do órgão seja paritária (tratando-se então de um caso de *cogestão paritária*) e haja uma limitação legítima da gestão da propriedade (veremos infra), não se quis anular (ou pelo menos reduzir em excesso) a *garantia da propriedade* constitucionalmente concedida aos sócios-proprietários-do-capital.

Há três processos de eleição diferentes previstos num diploma do Governo Federal Alemão (de 26/08/2015), consoante a empresa tenha um estabelecimentos, vários estabelecimentos ou seja sociedade dominante ou sócio pessoalmente responsável de uma sociedade em comandita. São regras que regulam ao detalhe os processos de eleição<sup>73-74</sup>.

<sup>70</sup> *idem.*, p.21.

<sup>71</sup> Stephan GITTERMANN, *ob. cit.*, 2015, p.126.

<sup>72</sup> Duden 2015, *ob. cit.*, p. 315.

<sup>73</sup> Sobre os processos de eleição vide *Wahlordnungen zum Mitbestimmungsgesetz*, consulta em [http://www.gesetze-im-internet.de/mitbestgwo\\_1\\_2002/index.html](http://www.gesetze-im-internet.de/mitbestgwo_1_2002/index.html) (14-03-2018).

<sup>74</sup> Para sociedades cotadas a AktG e esta lei de 1976 (em virtude de uma alteração de 2015)

Empresas com 2001 a 10000 trabalhadores			
6 representantes dos proprietários do capital	1 quadro executivo	3 representantes dos trabalhadores	2 representantes de sindicatos
Empresas com 10001 a 20000 trabalhadores			
8 representantes dos proprietários do capital	1 quadro executivo	5 representantes dos trabalhadores	2 representantes de sindicatos
Empresas com 20001 ou mais trabalhadores			
10 representantes dos proprietários do capital	1 quadro executivo	6 representantes dos trabalhadores	3 representantes de sindicatos

### 3.2.2. Lei sobre a Participação num terço de 2004 (*Drittelbeteiligungsgesetz von 2004*)

Esta Lei de 2004 veio substituir a Lei Orgânica do Estabelecimento de 1952 (*Betriebsverfassungsgesetz von 1952*) na parte que regulava a cogestão no órgão de fiscalização de sociedades de capitais fora da indústria montanhês. Ela sujeita à *Partição num terço* as sociedades anónimas, sociedades em comandita por ações, sociedades por quotas, cooperativas de aquisição (visam avantajarse economicamente os seus membros, estes que desenvolvem operações comerciais de forma independente; §1I *Genossenschaftsgesetz* (GenG)), cooperativas económicas e associações seguradoras por reciprocidade (*Versicherungsvereine auf Gegenseitigkeit*, §171 VAG, Lei da Supervisão de empresas seguradoras; os tomadores de seguro são os membros da associação), *que tenham, em regra*<sup>75</sup>, *mais de 500*<sup>76</sup> *e menos de 2000 trabalhadores*. “Mais de 500” significa que se tiver exatamente 500 a lei ainda não se aplica. Excluídas deste tipo de Cogestão ficam as “empresas de tendência” e as associações religiosas (§2 (2) frase 1.ª, n.º2 e §1 (2) frase 2.ª da Lei de 2004, respetivamente).

impõem ainda quotas mínimas de sexo (no mínimo 30% mulheres 30% homens) em nome da não discriminação do sexo.

<sup>75</sup> Já vimos: para excluir os trabalhadores passageiros.

<sup>76</sup> Sociedades não familiares com menos de 501 trabalhadores mas registadas antes de 10-08-1994 também são abrangidas pela lei – §1 (1) n.º1 da lei. Ratio legis: esta desigualdade justificava-se para aumentar a atratividade das pequenas sociedades anónimas para criar uma empresa. *Vide* Stephan GITTERMANN, *ob. cit.*, 2015, p.22.

Da Cogestão dos trabalhadores no órgão de fiscalização das sociedades anónimas e das sociedades... 165

DSR, ano 10, vol. 20 (2018): 149-189

Significa que nessas sociedades o Conselho de Supervisão, com pelo menos 3 e no máximo 21 membros, terá de ser composto por representantes dos trabalhadores em um terço do total de membros do órgão – é o que impõe o §4 (1) da referida lei. Por sua vez é de realçar o facto de o §95 da AktG, na sua frase 2.<sup>a</sup>, referir que o número de membros do órgão terá de ser divisível por três se assim o exigirem as disposições das leis da Cogestão (inclusive esta de 2004).

Segundo as regras do §5 (1) da Lei de 2004, os representantes dos trabalhadores são eleitos por maioria, de forma direta, geral, secreta e igual pelos trabalhadores que, segundo §7 da Lei Orgânica do Estabelecimento, tenham legitimidade ativa para votar. Depois, o §4 (2) da lei de 2004 exige que 2 dos lugares atribuíveis a esses representantes sejam ocupados por trabalhadores *efetivamente pertencentes à empresa*. Aqui os *quadros executivos não* têm direito a eleger ou ser eleito representante dos trabalhadores.

As considerações que fizemos a propósito dos grupos de sociedades valem também, ou seja os trabalhadores das sociedades dependentes são contabilizados para aferição do número de trabalhadores da sociedade dominante. Mas: (1) só se procede a esta soma quando entre a sociedade dominante e a sociedade dependente vigorar um *contrato de subordinação* (*Beherrschungsvertrag*, previsto no § 291 (1) frase 1.<sup>a</sup>, 1.<sup>a</sup> alternativa do AktG; e que, entre nós, parece ter o seu homólogo no 493.º e ss. do CSC); a sociedade dominante não necessita de ser uma sociedade anónima (assim exigiria o §291 do AktG), podendo muito bem tratar-se de uma sociedade por quotas (GmbH) segundo o §2 (2) da Lei sobre a Cogestão em Terça Parte de 2004<sup>77</sup>, desde que o contrato de subordinação exista; (2) a referida imputação dos trabalhadores da dependente na dominante não ocorre se a sociedade dependente for apenas facticamente dependente<sup>78</sup>; (3) a lei alemã prevê ainda o chamado “*Eingliederungsvertrag*” (contrato de inclusão), prevista no §319 da AktG, que tem por consequência a incorporação da sociedade anónima na sociedade anónima dominante. Ora, para este caso os trabalhadores só são contabilizados na dominante se se tratar de duas sociedades anónimas, não no caso das sociedades por quotas<sup>79-80</sup>.

<sup>77</sup> ErfK/Oetker § 2 DrittelbG Rn. 16, beck-online.

<sup>78</sup> Baumbach/Hueck/Zöllner/Noack GmbHG § 52 Rn. 152-155, beck-online

<sup>79</sup> *Ibidem*.

<sup>80</sup> Acrescem ainda regras sobre quotas mínimas de mulheres, tema aqui não abordado. Também não vamos poder entrar em questões relacionadas com o procedimento de eleição dos membros do Conselho de Supervisão (basta o supramencionado), com a duração do mandato e a sua remuneração, nem nas especificidades em matéria de destituição.

I ESQUEMA:

Empresas com mais de 500 e menos de 2001 trabalhadores			
Conselho de Supervisão	Exemplo: opta-se por 9 membros <sup>81</sup> no total		Direito de propor pessoa para o cargo cabe aos: ↓
Se for para eleger 2 ou mais representantes dos trabalhadores, pelo menos 2 deles terão de ser efetivamente empregados da empresa		← Trabalhadores elegem	Trabalhadores e conselhos de estabelecimento com capacidade para votar; as propostas dos trabalhadores devem estar assinadas por 1/10 dos trabalhadores com capacidade para votar, mas alternativamente bastam 100 assinaturas.
		← Sócios elegem	
	Nomeia e controla ↓		
	Conselho de Administração		

### 3.2.3. O primeiro Conselho de Supervisão

As Leis sobre a Cogestão *não se aplicam ao primeiro Conselho de Supervisão*, ou seja, o primeiro Conselho de Supervisão, criado pelos sócios fundadores (§ 30 (1) AktG) é composto tão-somente por representantes dos sócios. Tão simples quanto isso. É o que resulta do §30 (2). Mas em contrapartida os primeiros membros só ficam no cargo até ao máximo de 20 meses (§30 (3) frase 1.ª, diz lá “alljährlich in den ersten acht Monaten” = no máximo 12 + 8 meses)<sup>82</sup>.

<sup>81</sup> Tem é de ser divisível por 3 – §95 3.ª frase da AktG.

<sup>82</sup> Para uma análise mais profunda e incidindo na fusão entre sociedade já cogerida com sociedade recém-nascida, *vide* Stephan GITTERMANN *ob. cit.*, 2015, p.24.

### 3.2.4. Conselho de Supervisão sem Cogestão

Depois desta breve explanação, é mister referir que em todas as sociedades que não se vejam abrangidas pelas Leis sobre a Cogestão (supramencionadas), o Conselho de Supervisão – de formação facultativa<sup>83</sup> nas GmbHs e sempre obrigatória nas AGs – será formado tão-somente por representantes dos sócios, em consonância com as disposições da AktG (§101). Segundo o §95 o órgão nas anónimas é constituído por 3 membros, podendo os estatutos prever um número superior. Quer isto dizer que se veem inteiramente livres da cogestão as “pequenas sociedades anónimas”<sup>84</sup> e outras “sociedades de capitais” (v.g. sociedade por quotas) com menos de 501 trabalhadores. Ora, com GITTERMANN<sup>85</sup> vemos corroborada mais uma vez a nossa afirmação de que o instituto da Cogestão é típico das *Grandes Sociedades* e não das *Sociedades PME*.

### 3.2.5. A Força do Conselho de Supervisão

Interessa aferir da importância desse órgão de controlo no seio da sociedade para que, a partir daí, se nos vislumbre o poder que os trabalhadores, na prática, passam a ter. Concentraremos a nossa atenção tão-só sobre o Conselho de Supervisão na Sociedade Anónima alemã e não na GmbH, pois implicaria uma extensa abordagem.

A Lei sobre a Cogestão de 1976 e a Lei sobre a Cogestão em Terça Parte de 2004, não contêm regras próprias que delimitem as funções e competências do Conselho de Supervisão (a dever ser criado no caso das sociedades por quotas, a dever ser composto por representantes de trabalhadores nas anónimas), pelo que são de aplicar as regras gerais da AktG; o que a tal lei regula são outros aspetos mais formais. Os direitos e funções do Conselho de Supervisão estão previstos no §111 da AktG, mas não exaustivamente<sup>86</sup>. Sua principal função é a de supervisionar/monitorizar o órgão administrativo da sociedade. Não se trata de um órgão

<sup>83</sup> Uma vez que a GmbH tem menos de 501 trabalhadores, e assim fica ao seu critério criar ou não órgão de fiscalização.

<sup>84</sup> *Idem*, p. 23.

<sup>85</sup> *Ibidem*.

<sup>86</sup> SCHÜTZ, Carsten, „AktG §111“, in *Der Aufsichtsrat §§95-116*, 161, 170-172, 394 und 395 *AktG Kommentar*, publicação de Dr. Kersten v. SCHENCK, Verlag C.H. Beck/Verlag Franz Vahlen, München 2015, ISBN 9783800647903, p. 422.

administrativo (ou órgão-guia-de-negócios, “*Geschäftsführungsorgan*”)<sup>87</sup>, em questões do *management* ele não se posiciona nem ao lado, nem acima do órgão de direção da sociedade<sup>88</sup>, o órgão de Administração (*Vorstand* nas AGs, *Geschäftsführung* nas GmbHs – o órgão da condução/liderança, o órgão guia-de-negócios). Aliás, é por isso que no parágrafo 4.º do §111 da AktG se proíbe a transferência de competências do órgão administrativo para o Conselho de Supervisão, salvo algumas exceções por lei. Mais, do §76 da AktG decorre que é da responsabilidade própria do conselho de administração *dirigir/gerir/guiar/liderar* a sociedade. O Conselho de Supervisão é um contrapeso da administração, está ao seu serviço como “*spar-ring partner*”, no espírito dos “*checks and balances*”<sup>89</sup>. Não pode então gerir a atividade da sociedade, salvo quando a lei assim o disponha; mas o que pode acontecer é os estatutos ou o regulamento interno atribuírem a um administrador o direito de perguntar pela opinião objetiva do Conselho de Supervisão em caso de indecisão no seio do *Vorstand*<sup>90</sup>.

Suas principais funções são: a designação e destituição de membros do *Vorstand* (para garantir a qualificação ótima dos membros da administração – §84 (1) e (3)); eventualmente pode nomear (e revogar a nomeação de) um Presidente do *Vorstand* (§84 (2) e (3) 1.ª frase); a representação da sociedade perante os administradores (§112), inclusive (tem o dever) para exigir indemnizações várias contra os administradores; tem o direito a ser informado de forma regular e abrangente sobre a vida da sociedade, os negócios, os riscos iminentes, etc.; tem a prerrogativa de poder aconselhar a administração (numa espécie de controlo *ex ante*, ou seja, a administração não pode, por exemplo, tomar decisões cruciais sem antes ouvir o órgão fiscalizador); o controlo da administração (a função clássica, indispensável e mais importante do órgão; o controlo incide sobre todas as decisões importantes da administração, *maxime* a gestão da sociedade, tendo sempre presente o desenvolvimento da situação da empresa, sua rentabilidade e os seus negócios).

O órgão tem outras funções relevantíssimas mas que aqui não abordaremos, até porque os órgãos de fiscalização portugueses também as têm *quase* todas. O “quase” foi propositado, porque ao Conselho de Supervisão alemão é ainda atribuída uma prerrogativa fortíssima: poderão ficar

<sup>87</sup> Dr. Dietrich HOFFMANN, *Der Aufsichtsrat/Ein Handbuch für die Praxis*, 3.ª ed., C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München, 1994, p.1.

<sup>88</sup> Cfr. WERDER, Axel v., “Überwachungseffizienz und Unternehmensmitbestimmung”, in *Die Aktiengesellschaft*, Heft 4/2004, ano 49, p. 168; MüKoAktG/Habersack Vor § 95 Rn1, Beck-Online.

<sup>89</sup> *Ibidem*.

<sup>90</sup> SCHÜTZ, Carsten, “AktG §111”, *ob. cit.*, p. 516.

dependentes (do consentimento) dele a realização, concretização ou execução de certos atos ou negócios por parte da administração, *se os estatutos ou o próprio Conselho de Supervisão assim o determinarem* – §111 (4). É claro que um negócio concluído sem esse consentimento será sempre eficaz para fora, mas isso acarretará consequências internas graves. Se o consentimento é negado, a administração “indignada” pode exigir uma decisão da Assembleia Geral, tomada por maioria qualificada. Faz-se mister referir que, embora mais para uns do que para outros, esta norma tem previsão semelhante no nosso CSC, no 442.º/1 do CSC Português<sup>91</sup>. Artigo praticamente idêntico, exceto na parte em que não é permitido ao próprio Conselho Geral determinar que a prática de certo ato passe a depender do seu consentimento. COUTINHO DE ABREU refere ainda que *antes* da implementação da Cogestão na Alemanha, falava-se do órgão como sendo uma “comissão da assembleia” ou “*longa manus* dos sócios”. Com a Cogestão porém, segundo LUTTER, o “*Aufsichtsrat* deixou de ser comissão dos acionistas”<sup>92</sup>.

Todos os membros do Conselho de Supervisão alemão têm os mesmos direitos e deveres, não se fazendo distinção entre representantes dos trabalhadores ou dos sócios<sup>93</sup>. Em nossa opinião, não parece que seja tão sensato permitir a participação nos lucros aos membros do Conselho de Supervisão (§113), o que inclui os representantes dos trabalhadores. Não colocará em causa a *teleologia* por detrás da cogestão? É preciso referir que, segundo Coutinho de ABREU, a remuneração deve consistir em quantia fixa para salvaguarda da independência dos membros do órgão de fiscalização<sup>94</sup>. Exemplo: dada a melhor circulação de informação conseguida com a cogestão, o órgão não teria, por exemplo, tomado uma certa decisão que, embora lucrativa a curto prazo, fosse prejudicial aos interesses dos trabalhadores; agora, com a participação nos lucros, o risco de decisões daquelas serem aprovadas (quando consentimento for exigido) pelo Conselho parece-me maior.

*Parece incontestável que, em comparação com a situação que existiria na ausência de Leis sobre Cogestão, a Cogestão na Alemanha sempre implica a*

<sup>91</sup> Coutinho de ABREU, *Governança das Sociedades Comerciais*, 2.ª ed, Almedina, Coimbra, 2010, p.54, e autores em nota.

<sup>92</sup> *Ibidem*.

<sup>93</sup> KERSTEN e SCHENCK, “AktG §113”, in *Der Aufsichtsrat §§95-116*, 161, 170-172, 394 und 395 *AktG Kommentar*, publicação de Dr. Kersten v. SCHENCK, Verlag C.H. Beck/Verlag Franz Vahlen, München 2015, ISBN 9783800647903, p.586.

<sup>94</sup> Cfr. Coutinho de ABREU, *Governança (...)*, 2010, p.189.

atribuição de fortes poderes aos (representantes dos) trabalhadores, “ultimate corporate power resides with (...) employee representatives”<sup>95</sup>.

## IV. Plano Funcional

### 4.1. Os “Prós” – breve exposição

Cabe agora referir as *principais* vantagens (algumas indiscutivelmente) atribuíveis à Cogestão. Seremos breves, pois propomo-nos a incidir mais na abordagem dos “contras”. (1) Democratização da empresa (factor legitimação). (2) Concretização dos artigos 27.º (Direito à informação e à consulta dos trabalhadores na empresa) e 28.º (Direito de negociação e de ação coletiva) da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia. (3) Melhor circulação de informação entre administração e trabalhadores, maior transparência (4) Melhor prossecução dos interesses dos trabalhadores na empresa. (5) Pacificação de conflitos de interesses em contexto de crise; a crise financeira dos anos 2008 e seguintes tem sublinhado a importância da cogestão<sup>96</sup>. (6) Instrumento de controlo do poder económico e de evitação do seu exercício abusivo<sup>97</sup>. (7) Factor da maior *motivação* dos trabalhadores. Estudos comprovam que a cogestão do Estabelecimento (*Betriebsrat*) leva a maior produtividade<sup>98</sup> (e quanto à cogestão da empresa?). A globalização e inerentes aquisições de partes das sociedades por sócios estrangeiros, fusões, cisões, deslocações de estabelecimentos para o estrangeiro, reestruturações, são matérias sobre as quais os trabalhadores querem ser informados e consultados; tanto maior é a motivação se até podem cogerir nas decisões. (8) Maiores quotas de investimento e políticas de investimento de longo prazo. (9) Contribui para uma política de remuneração dos Administradores orientada a longo prazo, evitando com que ela se oriente pela cotação das ações na bolsa<sup>99</sup>. Basicamente trata-se da velha distinção entre o modelo do *Shareholder Value* e o modelo

<sup>95</sup> FITZROY e KRAFT, “Co-Determination, Efficiency, and Productivity”, in *IZA Discussion Paper*, n.º1442 Dezembro de 2004, p.2.

<sup>96</sup> RAABE, Dr. Nico, „Grundlagen der Unternehmensmitbestimmung“, consulta em [https://www.compliancedigital.de/978-3-503-12986-7\\_3550](https://www.compliancedigital.de/978-3-503-12986-7_3550)

<sup>97</sup> GEFERS, Jennifer Sarah, *ob. cit.*, 2006, p.4

<sup>98</sup> JIRJAHN e SMITH, “Nonunion Employee Representation: Theory and the German Experience with Mandated Works Councils”, *IZA Discussion Paper* Nr. 11066, Oktober 2017, consulta em [https://www.boeckler.de/impuls\\_2018\\_06\\_7.pdf](https://www.boeckler.de/impuls_2018_06_7.pdf) (10-04-2018).

<sup>99</sup> Vide SCHOLZ, Robert e VITOLS, Sigurt, *ob. cit.*, 2016, p.4

da *Sustainable Company*<sup>100</sup>. (10) Impulsionador da prossecução de estratégias empresariais económica e socialmente sustentáveis (estabilidade, continuidade e maior competitividade (?) da empresa), estabilizador da ordem económica e social do país (assim o Ministério federal para trabalho e matérias sociais em 2012)<sup>101</sup>. A *Cogestão como instituto economicamente útil para a empresa, segundo o relatório final do grupo de peritos do Grupo Davignon, 1997(?)*.

## 4.2. Os “Contras”

Não vale a pena santificar o que não é santo. A Cogestão tem seguramente muitas desvantagens, algumas das quais cabe desmistificar. Chega a falar-se de um anacronismo, *i.e.*, o instituto ter-se-ia tornado anacrónico e obsoleto. *Nichtsdestotrotz (ainda assim)* as leis sobre cogestão existem. Existem porque houve a necessidade de implementá-las.

### 4.2.1. A partilha da gestão entre proprietários do capital e trabalhadores quando obrigatória/imposta violaria a garantia da propriedade<sup>102</sup>

A cogestão é exigir a partilha da gestão e concomitantemente a partilha do domínio sobre a empresa, prerrogativa originariamente atribuída tão-só ao(s) proprietário(s).

O Tribunal Constitucional da Alemanha (*Bundesverfassungsgericht*) já tomou posição neste ponto, na decisão de 1 de março de 1979<sup>103</sup>, afirmando que a Lei da Cogestão de 1976 (*Mitbestimmungsgesetz 1976*) não viola a garantia da propriedade. Aqui alguns pontos da decisão: (1) as limitações impostas à participação social em empresas abrangidas pela Lei da Cogestão encontram-se dentro daquilo que são os limites que traçam a *associação do direito de propriedade a uma função social* de forma constitucionalmente admissível (2) A lei da Cogestão pode não proceder a uma alteração qualitativa do direito de propriedade resultante da participação

<sup>100</sup> Para maiores desenvolvimentos VITOLS “What is the Sustainable Company” in VITOLS e KLUGE, “The Sustainable Company: a New Approach to Corporate Governance”, *Series of European Trade Union Institute (ETUI)*, Bruxelas, 2011, ISBN: 978-2-87452-219-2, pp.15–37.

<sup>101</sup> GEFERS, Jennifer Sarah, *ob. cit.*, 2016, p.4.

<sup>102</sup> Apontado também por SCHWARK, Eberhard, “Globalisierung, Europarecht und Unternehmensmitbestimmung im Konflikt”, *Die Aktiengesellschaft*, Heft 4/2004, ano 49, p.174.

<sup>103</sup> BVerfG · Urteil vom 1. März 1979 · Az. 1 BvR 532/77, 1 BvL 21/78, 1 BvR 419/78, 1 BvR 533/77, consulta em <https://openjur.de/u/177323.html> (11-02-2018)

social, mas ela significa uma *extensa limitação da posição de sócio*. Mas isto cabe no direito do legislador ordinário em “dar forma” ao sistema (*Gestaltungsrecht*), Art. 14.º/1/2.ª frase GG. A limitação justifica-se pela ampla conexão social do (e função social inerente ao) direito de propriedade. O direito do Art. 14.º só se consideraria violado se a cogestão levasse à inoperabilidade, acarretasse o não funcionamento da empresa ou levasse a empresa a um estado perto do não funcionamento, *v.g.* por o processo de formação da vontade da sociedade ser de tal modo difícil e complicado, decisões/deliberações não seriam ou seriam quase nunca tomadas. Esta dificuldade do processo de tomada de decisões só se considera em justa proporção com a utilidade social trazida pela cogestão nas grandes empresas (obedece ao Princípio da Proporcionalidade em sentido restrito) se ela for ligeira. Assim que deixar de ser, o legislador ordinário ver-se-ia na obrigação de corrigir o problema<sup>104-105</sup>.

Já tivemos oportunidade de referir o significado do voto de qualidade (*Stichentscheid*) – não se ter querido anular (ou pelo menos reduzir em excesso) a garantia da propriedade. Por fim, é de repetir mais uma vez o que SERENS nos ensina: esta “co-decisão”, ao contrário do que se poderia pensar, “não tem, ou pode não ter, verdadeiramente um fim substitutivo [da gestão pertencente ao capitalista], *i.e.*, tendencialmente é estática na sua dinâmica”<sup>106</sup>.

#### 4.2.2. *A Cogestão implica Conselhos de Supervisão demasiado grandes para garantir um bom funcionamento*<sup>107</sup>

É pacífico e inegável que o trabalho de órgãos de fiscalização menores (com menos membros) é mais eficiente ao daqueles que têm mais membros (porque cogeridos). A Comissão de *Corporate Governance* BAUMS e CROMME também apontou o problema do tamanho do órgão, mas não

<sup>104</sup> Muitos críticos servem-se deste ponto para justificarem a necessidade de reformas ou a própria abolição do instituto.

<sup>105</sup> As Fundações Bertelsmann e Hans-Böckler em 1998 juntaram-se numa comissão e realizaram um estudo. A comissão constatou “que, ao contrário do que se tinha temido, na prática a Lei sobre a Cogestão de 1976, em regra, não limitava os direitos de propriedade dos proprietários do capital”. [https://www.boeckler.de/pdf/the\\_kommission\\_mb.pdf](https://www.boeckler.de/pdf/the_kommission_mb.pdf) (4-03-2018).

<sup>106</sup> SERENS, *ob. cit.*, 1979, p.7.

<sup>107</sup> SCHWALBACH, Joachim, “Effizienz des Aufsichtsrats”, in *Die Aktiengesellschaft*, Heft 4/2004, ano 49, p.187

se pronunciou sobre custos de eficiência<sup>108</sup>. A lei tolera, assume conscientemente este entravamento da eficiência, por considerar as vantagens preponderantes. Pode parecer inesperado, mas a próprio AktG admite que os estatutos prevejam um número de membros superior ao mínimo. Outro contra-argumento: um estudo da Fundação Hans-Böckler mostra que em finais de 2002, 67% das empresas de um total de 767 empresas cogeridas tinha um conselho com 12 membros; das 152 empresas com conselhos de supervisão com 20 membros, 42% optaram *voluntariamente* por tantos membros<sup>109</sup>.

#### 4.2.3. *Falta de legitimidade, pelo facto de a cogestão nas empresas alemãs com presença internacional só se aplicar aos que trabalham em estabelecimentos alemães*

A crítica é refutável, chamando em auxílio as nossas já conhecidas conclusões do Advogado-Geral do TJUE: não viola o direito da União Europeia.

#### 4.2.4. *Um direito sem correspondentes deveres? Participam na gestão da empresa e não respondem (ou pelo menos não da mesma forma) por violação dos seus deveres de cuidado (Sorgfaltspflichten) e deveres de lealdade (Treuepflichten)*

Esta crítica é infundada. Já vimos que as prescrições legais dos §§ 93 e 116 (este remetendo para aquele; fixam-se deveres de cuidado e determina-se que os membros do conselho de supervisão são responsabilizáveis) são igualmente aplicáveis a representantes dos sócios e representantes dos trabalhadores, com fundamento no princípio da equiparação<sup>110</sup>.

#### 4.2.5. *Porquê a imposição legal da cogestão se ela é eficiente?*

*Se a Cogestão é assim tão benéfica para os stakeholder e para os trabalhadores, como é que se justifica a necessidade de existirem leis para a implementar?*

<sup>108</sup> *Ibidem*.

<sup>109</sup> Hans-Böckler-Stiftung, consulta em [https://www.boeckler.de/34601\\_34612.htm](https://www.boeckler.de/34601_34612.htm) (10-03-2018).

<sup>110</sup> *Supra* cap. 3.2.5. Vide KERSTEN e SCHENCK, "AktG §116", *ob. cit.* pp.668-669.

Formulámo-lo como pergunta mas é, na verdade, uma “resposta elegante” por parte de JENSEN e MECKLING (1979)<sup>111</sup> à pergunta de saber se a cogestão é eficiente, que aqui serve de crítica. Para os autores, a cogestão da empresa só pode ser prejudicial para os sócios, porque não é por eles abraçada<sup>112</sup>. No mesmo sentido vão PEJOVIC, VON WEIZSÄCKER<sup>113</sup> e também BAUMS quando este desafia a cogestão a tentar a sua sorte no mercado da concorrência<sup>114</sup>. A própria *existência* das leis sobre a cogestão acabaria por provar a *ineficiência* do objeto dessas leis (a cogestão)<sup>115</sup>.

Facto é que as negociações voluntárias de uma estrutura de cogestão, na prática, não ocorrem, embora permitidas e seja também permitida a extensão da cogestão para lá do que são os mínimos impostos pela lei<sup>116</sup>. E pior, muitas empresas e sindicatos de empregadores chegam mesmo a recorrer à via judicial ou a desenvolver estratégias sofisticadas para se furtarem à aplicação das regras da cogestão (alguns já abordados *supra*)<sup>117</sup>. Se ADDISON e SCHNABEL, em 2009, baseando-se num estudo de KELLER e WERNER (2008) ainda eram da opinião que, mesmo com o surgimento da nova forma da Sociedade Europeia, não havia fuga da cogestão<sup>118</sup>, a rea-

<sup>111</sup> Cfr. JENSEN e MECKLING *apud* Martin HÖPNER, “Unternehmensmitbestimmung unter Beschuss. Die Mitbestimmungsdebatte im Licht der sozialwissenschaftlichen Forschung”, *Industrielle Beziehungen*, ano 11, Revista (Heft) 4, 2004, p. 353.

<sup>112</sup> Cfr. JENSEN e MECKLING *apud* John T. ADDISON e Claus SCHNABEL, *ob.cit.*, p. 7

<sup>113</sup> PEJOVIC, VON WEIZSÄCKER *apud* SADOWSKI, JUNKES, LINDENTHAL, „Gesetzliche Mitbestimmung in Deutschland: Idee, Erfahrungen und Perspektiven aus ökonomischer Sicht“, *in* ZGR, 2001, pp. 115.

<sup>114</sup> *Ibidem*. “Wenn Mitbestimmung eine gute Idee ist, soll sie sich auch im Wettbewerb bewähren und behaupten können”.

<sup>115</sup> Os próprios ensinamentos clássicos da economia, sobre uma “mão invisível” reguladora do mercado e da “motivação egoísta” (embora haja mais em Smith...) dos participantes de mercado (A. Smith e D. Ricardo), explicariam e fariam esperar (de um empresário sensato) a implementação voluntária da Cogestão no seio da sociedade comercial se esta pudesse previsivelmente redundar em resultados economicamente vantajosos. Para mais AMARTYA SEN, *A Ideia de Justiça*, Penguin Press, Trad. N. Castello-Branco Bastos, Revisão Madalena Requiça, Almedina SA, 2012, pp. 162 e ss. e 536-538.

<sup>116</sup> Vide o comentário de Stephan GITTERMANN, *ob. cit.*, 2015, pp.24 e ss.

<sup>117</sup> Antigamente procedia-se à redução do número de trabalhadores, recorrendo a trabalhadores emprestados, mas com a Lei AÜG-*Novelle* de 2016 estes passaram a valer para efeitos de contabilização. Vide ASZMONS, HOMBORG, GERUM, “Auswirkungen der AÜG-*Novellen* auf das Mitbestimmungsrecht”, *in* *GmbH Rundschau*, Heft 3, 1.02.2017, p. 130.

Outras estratégias: limitação do número de trabalhadores; deslocação de trabalhadores para estabelecimento de sociedade-filha estrangeira; criação de uma  *Holding* estrangeira; mudar da roupagem jurídica, etc. (*supra*), Vide OLBERTZ, STURM, *ob. cit.* 2014, pp. 1255 e ss.

<sup>118</sup> “O sistema alemão da cogestão parece afinal ser melhor do que a sua reputação no estrangeiro faz aparentar”, John T. ADDISON e Claus SCHNABEL, *ob.cit.*, p. 26.

lidade coeva parece apontar em sentido contrário: a nova moda é hoje a criação de uma *Societas Europaeae*<sup>119</sup>, por as regras da cogestão aqui se orientarem tão-só pelo *status quo*<sup>120</sup>. Uma das razões pelas quais esta fuga sucede é a de *não estar legalmente prevista uma verdadeira sanção* para as sociedades que, abrangidas pelo âmbito de aplicação das leis, não adotem Conselho de Supervisão cogedido<sup>121-122</sup>. Como se explica este fenómeno de fuga<sup>123</sup>?

<sup>119</sup> Regulamento (CE) n.º2157/2001 do Conselho, de 8 de outubro de 2001, relativo ao estatuto da sociedade europeia (SE) + Diretiva 2001/86/CE do Conselho, de 8 de outubro de 2001, que completa o estatuto da sociedade europeia no que respeita ao envolvimento dos trabalhadores.

<sup>120</sup> Explicando: a empresa que ainda não atingiu o limiar de 500, tencione empregar mais trabalhadores mas que não queira ser cogerida pode transformar-se em SE e assim nunca será cogerida; empresa que já tenha 500 mas pouco menos de 2000 e é portanto cogerida (mas só em 1/3), queira empregar mais mas sem entrar no âmbito de aplicação da Lei de 1976 (cogestão paritária), pode criar uma SE e *congelar* o nível de cogestão. Vide OLBERTZ, STURM, *ob.cit.* 2014, p. 1257.

<sup>121</sup> Estudos mostram que pelo menos 600 empresas, que seriam abrangidas pela Lei da Cogestão de 2004, preferiram, por exemplo, mudar a sua veste jurídica para GmbH & Co. KG ou para AG & Co.KG (junção de tipos societários) para se verem, com sucesso, fora do âmbito de aplicação da lei. Pelo menos 150 empresas conseguem furtar-se à cogestão paritária, o que abrange cerca 800 mil trabalhadores. Grande parte das empresas com 501 a 2000 trabalhadores abrangidas pela lei de 2004 não são cogeridas (por evitação ou simples não cumprimento das imposições legais). Assim BAYER, Walter, *Die Erosion der deutschen Mitbestimmung*, NJW 2016, 1930.

<sup>122</sup> Em 2002 ainda havia 762 empresas cogeridas ao abrigo da Lei de 1976 (>2000 trabalhadores), em finais de 2015 já só eram 635. Numa amostra de 444 empresas abrangidas pela Lei de 2004 (>500), apenas metade cumpria a imposição legal de prever 1/3 dos membros Conselho com representantes dos trabalhadores. Vide TORNAL, Joachim F., „Wie sich Unternehmen davonstehlen“ Magazine Mitbestimmung, Ausgabe 03/2016, da Fundação Hans-Böckler;

<sup>123</sup> Por volta dos anos 70', havia muitas vozes (de políticos e empresários) contra a cogestão da empresa, temendo que ela fosse uma "escala/interposto no caminho para uma economia de um Estado socialista". Vide "Gefahr einer gewerkschaftlichen Machtergreifung in Wirtschaft, Gesellschaft und letztlich im Staat" escreveu o Presidente dos empregadores SCHLEYER. Vide Der Spiegel 14/1973, do dia 01.04.1974; consulta em <http://www.spiegel.de/spiegel/print/d-41784296.html>. E hoje? Um estudo realizado por GLAUM (ainda) em 1998 vem demonstrar que ¾ (75%) dos *managements* das empresas (generalização com base numa amostra) eram *contra* uma limitação da cogestão (atenuação das regras da cogestão). Os administradores de sociedades cotadas no DAX foram interrogados e apenas 23% votou a favor da extinção da cogestão ao nível da empresa (i.e., no Conselho de Supervisão). Assim GLAUMS, Martin *apud* HÖPNER, Martin, *ob.cit.*, p.356.

Menos otimista parece ser o Relatório da Comissão BIEDENKOPF intitulado "Regierungskommission zur Modernisierung der deutschen Unternehmensmitbestimmung" de 2006, porque na pronúncia dos membros representantes dos empregadores mostrou-se que os

### Por que motivo não há implementação voluntária de um sistema de cogestão?

Para HÖPNER as soluções eficientes consolidarem-se numa concorrência desregulada é algo que só acontece na teoria<sup>124-125</sup>. É preciso ir mais longe.

Um estudo minucioso realizado por SADOWSKI, JUNKES e LINDENTHAL<sup>126</sup> numa perspetiva microeconómica, procurou responder a várias questões, de entre as quais nos interessaram especialmente as seguintes: (1) “Será que as leis conseguem ser mais eficientes do que as soluções de mercado?”<sup>127</sup> (2) Se a cogestão no conselho de supervisão tem resultados positivos em termos de eficiência? Para aferir dum estado de eficiência servem-se: (1) do Critério do *Ótimo de Pareto* e (2) do Critério de *Kaldor-Hicks*<sup>128</sup>: um certo estado (a Cogestão) é *Pareto*-eficiente se ninguém consegue avançar-se afastando-se daquele estado (da Cogestão); um certo estado (a Cogestão) é *Kaldor-Hicks*-eficiente quando maximiza a soma das utilidades de todos os participantes, abstraindo/não tomando em conta a distribuição da utilidade por cada um individualmente considerado.

Ora, com a primeira questão os autores procuram, em simultâneo, refutar a tal ideia de JENSEN e MECKLINGS (para *quê* lei se ela é eficiente?)<sup>129</sup> e explicar a fuga. Aliás, se fogem é porque julgam o *ótimo de Pareto* não

empregadores eram contra praticamente todo o relatório (apologista da Cogestão e da sua modernização). Consulta do seu resumo em [https://www.boeckler.de/pdf/bb\\_zusammenfassung\\_BiKo\\_deutsch.pdf](https://www.boeckler.de/pdf/bb_zusammenfassung_BiKo_deutsch.pdf) (10-03-2018).

<sup>124</sup> O autor remata com este caricato exemplo: o código da estrada é inegavelmente um conjunto de regras vantajosas para os condutores, mas seria utópico esperar que todos as cumprissem voluntariamente. Ora, talvez o autor esteja a ir demasiado longe; aliás, este exemplo foge à questão propriamente dita de saber se a Cogestão é eficiente: as regras da circulação na estrada servem o bem dos participantes na estrada é pacificamente aceite, ninguém o contesta; a cogestão ser benéfica para os *stakeholders* e para os proprietários do capital já é, pelo menos, discutível/“debatível”.

<sup>125</sup> FURUBOTN propõe a seguinte explicação: os trabalhadores julgam ficar melhor posicionados se for por lei, e não por negociação, que se implementa a cogestão. FURUBOTN, Eirik G, “Codetermination and the modern theory of the firm: a property rights analysis”, *In Journal of Business*, 61 (2), 1988, pp.165-181.

<sup>126</sup> SADOWSKI, JUNKES, LINDENTHAL, „Gesetzliche Mitbestimmung in Deutschland: Idee, Erfahrungen und Perspektiven aus ökonomischer Sicht“, *in ZGR*, 2001, pp. 110-145.

<sup>127</sup> Para evitar estranheza, a 1.ª questão a Cogestão tematiza a Cogestão da Empresa, mas também a Cogestão do Estabelecimento. Portanto alguns argumentos serão quiçá mais favoráveis a esta.

<sup>128</sup> SADOWSKI, JUNKES, LINDENTHAL, *ob cit.*, pp. 122 e ss.

<sup>129</sup> Parece lógico que a refutação seria conseguida encontrando justificações alternativas plausíveis para a necessidade de haver leis a implementar a cogestão.

Da Cogestão dos trabalhadores no órgão de fiscalização das sociedades anónimas e das sociedades... 177

DSR, ano 10, vol. 20 (2018): 149-189

se verificar (se julgassem ele verificar-se, saberiam que sem cogestão não estariam melhor).

*Teoria da Redução dos Custos de Transação:* (1) As negociações individuais com os trabalhadores são dispendiosas. (2) a Cogestão permitiria introduzir a negociação coletiva. (2) Mas a própria implementação da Cogestão acarreta custos. (3) Se acarreta custos, a introdução voluntária da Cogestão é improvável. (4) Logo: *a implementação legal da cogestão justifica-se*<sup>130</sup>.

*Teoria de LEVINE/TYSON:* (1) Existe uma assimetria na distribuição de informações entre empresa e trabalhadores. (2) Antes de contratar um certo trabalhador, a empresa não sabe avaliar a produtividade daquele trabalhador. (3) O trabalhador menos produtivo sente-se atraído pelo modelo da cogestão, por lhe atribuir mais direitos. (4) A produtividade de cada trabalhador individualmente considerado aumenta em virtude da cogestão (+motivação; também segundo estes autores). (5) O problema é que a implementação voluntária da cogestão (por iniciativa da empresa) atrairia os trabalhadores menos produtivos. (6) Já se a cogestão fosse legalmente obrigatória *para todos* (que tenham  $x$  trabalhadores), o efeito seria o oposto: a distribuição de trabalhadores produtivos e não produtivos pelas empresas seria a mesma que existia antes da implementação da cogestão. (7) Problema *Dilema dos Prisioneiros* (assenta na Teoria dos Jogos desenvolvida por John Nash<sup>131</sup>): sem imposição legal, nenhuma empresa vai dar o primeiro passo e implementar a cogestão, mesmo sabendo que a situação mais eficiente (e lucrativa) para todos seria aquela em que todos adotassem a cogestão. Logo: I) *a implementação legal da cogestão justifica-se.* II) *Explica porque é que as empresas "vão" a tribunal para se verem excluídas do âmbito de aplicação das leis sobre cogestão.* III) *Não consegue explicar o porquê de algumas empresas atacarem o instituto em si, suscitando questões de inconstitucionalidade: isso aboliria o instituto para todos.*

*Teoria da eliminação da assimetria informacional pós-contratual de FREEMAN/LAZEAR:* Esta teoria é bastante complexa e mereceu muita atenção da nossa parte. Vamos tentar desmistificá-la. (1) Em tempo de crise empresarial uma concessão/cedência por parte dos trabalhadores (ao nível de salários, por ex.) é vantajosa para a empresa (e sua sobrevivência). (2) Os trabalhadores se acreditam na iminência de uma crise empresarial fazem

<sup>130</sup> Essas leis deveriam assim ser recebidas de mãos abertas por parte dos empregadores. Não se percebe então (e não se consegue explicar por aqui) por que motivo é que tantas empresas enveredam pela via judicial para impugnar as regras sobre cogestão.

<sup>131</sup> Vide o capítulo "Dynamic Games of Incomplete Information" de Robert GIBBONS, *Game Theory for Applied Economists*, Princeton University Press, New Jersey, 1992, p.2 (explica o dilema) e p. 175. Disponível em <https://is.muni.cz/el/1431/jaro2013/M9302/um/39389090/Gibbons.pdf> (14-03-2018)

concessões. (3) Há dois tipos de trabalhadores: uns que só fazem concessões quando for um órgão representativo dos trabalhadores a anunciar/prever uma crise (e a cogestão torna o órgão de fiscalização representativo daqueles); outros que estão dispostos a fazer concessões mesmo quando a crise não lhes seja comunicada por um órgão daqueles (acreditam *tout court*). (4) Ora, aos empregadores interessa conseguir concessão; interessa-lhes obtê-la *sempre*, haja ou não crise (neste último caso o empregador ainda fica a ganhar); portanto interessa-lhes criar a aparência de uma crise iminente para conseguir essas concessões daqueles trabalhadores que não precisam dum órgão representativo que lhes comunique a crise para acreditarem nela; Ora esta tarefa de engano está condenada ao insucesso a partir do momento em que os trabalhadores exijam que seja um órgão representativo que lhes comunique a iminência de crise; (5) Por sua vez os empregadores ou conseguem avaliar e antever bem o tipo de trabalhadores ou não o conseguem. Daqui resultam 4 hipóteses, que sintetizamos em tabela. Explicaremos melhor apenas a mais relevante (a IV).

(IV) O empregador julga *mas mal* que os trabalhadores são daqueles que acreditam sem mais na crise e fazem concessões (quando na verdade só acreditam se houver cogestão). Resultado: *não há* cogestão voluntária. O empregador não sai a ganhar quando não devia (se os trabalhadores confiassem sem mais na notícia da iminência de crise, ele criaria a aparência de crise e conseguiria concessões – agora nesta hipótese não). Em caso de crise a sociedade cai na insolvência, porque ele não consegue essas concessões (só conseguiria se houvesse órgão deles representativo que confirmasse haver crise; não havendo cogestão, não há concessões). Nesta hipótese a *implementação legal obrigatória da cogestão seria vantajosa*.

	O empregador <b>afere bem</b> do tipo de trabalhador com quem lida	O empregador <b>não afere bem</b> do tipo de trabalhador com quem lida
Trabalhadores <b>sempre</b> dispostos a fazer <b>concessões</b> na iminência de crise	<b>Não há cogestão voluntária</b> Não há insolvência na crise <b>Há bônus</b> para o empregador Utilidade de imposição legal: negativa	<b>Há cogestão voluntária</b> Não há insolvência na crise Não há bônus Utilidade de imposição legal: neutro
<b>Só</b> dispostos a fazer concessões <b>se</b> for um <b>órgão deles representativo</b> que lhes comunique a iminência de crise	<b>Há cogestão voluntária</b> Não há insolvência na crise Não há bônus Utilidade de imposição legal: neutro	<b>(IV) Não há cogestão voluntária</b> <b>Insolvência em crise</b> Não há Bônus <b>Utilidade de imposição legal para o empregador: elevada!</b>

**Conclusão:** pelas 2 primeiras teorias a implementação legal da cogestão justifica-se claramente. Na última mais complexa temos 4 hipóteses: numa delas a implementação legal da cogestão não favorece (-) a empresa (não favorece mas também não há insolvência, seja com ou sem cogestão [+]); em duas o empresário fica na mesma (mas há cogestão!); na última é

claramente vantajosa (+) para a empresa (não há insolvência por causa da cogestão); ou seja, (- com +) (/) (/) (+) = resultado positivo. A implementação legal da cogestão justifica-se. Não existir implementação voluntária não tem de significar ineficiência<sup>132</sup>.

#### 4.2.6. Cogestão no Conselho de Supervisão – Eficiência do Órgão e das suas Funções

Antes de abordar a repercussão da cogestão sobre o sucesso da empresa, cumpre estudar o instituto focando o olhar sobre o interior da sociedade: a cogestão e a eficiência da função fiscalizadora do Conselho de Supervisão. Porquê? Sim parece ser verdade e indiscutível<sup>133</sup> que a eficiência do Conselho de Supervisão influencia positivamente o desempenho económico da empresa. Mas o sucesso da empresa pode também derivar de outros fatores<sup>134</sup>.

WERDER<sup>135</sup>, por exemplo, em 2004 fez uma abordagem interessante. O autor distingue entre Efeito-Informação e Efeito-Motivação: (1) Idealmente a introdução do trabalhador no processo de decisão da empresa propicia maior e melhor circulação de informação entre administração e trabalhadores, nos dois sentidos, levando também à tomada em consideração dos interesses dos trabalhadores nas decisões de gestão a empresa; e (2) favorece a aceitação por parte dos trabalhadores de decisões (a serem tomadas pela administração) que de outro modo não seriam eventualmente bem vistas. Por sua vez, sabendo que o Conselho de Supervisão prossegue várias tarefas, o autor distingue entre dois tipos de eficiência: a *Eficiência na Supervisão/Fiscalização*, (grau de cumprimento das suas tarefas de designação, aconselhamento e controlo do Conselho de Administração em consonância com o interesse da empresa) e a *Eficiência na Participação* (repercussão da cogestão sobre o nível de informação dos decisores e dos trabalhadores e sobre o nível do empenhamento/comprometimento (*Engagement*)).

*Eficiência na Supervisão/Fiscalização*: o grau de eficiência depende da (1) qualidade e do (2) investimento de recursos e tempo na prosse-

<sup>132</sup> Para os autores do estudo, no entanto, as leis sobre cogestão não são suscetíveis de uma análise teórica e empírico-micro-económica conclusiva.

<sup>133</sup> SCHWALBACH, Joachim, *ob.cit.*, p.187.

<sup>134</sup> WERDER, Axel v., "Überwachungseffizienz und Unternehmensmitbestimmung", in Die Aktiengesellschaft, Heft 4/2004, ano 49, pp. 166 e ss.

<sup>135</sup> WERDER, *ob.cit.* pp. 166 e ss.

ção das tarefas. Há que ver então qual a diferença de investimento (recursos e tempo) e qualidade na prossecução das tarefas de designação (i), aconselhamento (ii) e controlo (iii) da administração entre conselhos cogeridos e conselhos não cogeridos. Critérios de medição em i), ii) e iii) são a (a) *qualificação profissional*, (b) *a independência pessoal*, (c) *o empenhamento/“engagement”*. O membro que cumpra os três é considerado idóneo para prosseguir eficientemente cada uma das 3 tarefas.

(a) Por princípio\*, ele deve ter a qualificação profissional indispensável para a prossecução das tarefas, ou seja deve apresentar experiência e conhecimentos suficientes para, *a posteriori*, conseguir perceber o alcance e resolver os problemas típicos de um órgão de fiscalização. Costuma preferir-se a bela frase de que “o Conselho de Supervisão só é tão bom como os seus membros”<sup>136</sup>.

As eleições dos representantes dos trabalhadores para o órgão realizam-se com base em preferências pessoais, ponderações políticas e de poder, interesses vários, que muitas vezes não a qualificação profissional.

Em regra (pode haver exceções) os representantes dos trabalhadores não são suficientemente bem qualificados para exercerem as tarefas de membro do órgão de fiscalização. A prática demonstra-o (como conclui o *Roundtable do Berlin Center of Corporate Governance (BCCG)*)<sup>137</sup>. Mas eles contribuem para a *eficiência na participação* (circulação de informação).

SCHWALBACH<sup>138</sup> acrescenta um argumento interessante: o próprio significado e alcance dos *duty of care* (dever de cuidado – *Sorgfaltspflicht*) e *duty of loyalty* (dever de lealdade – *Treuepflicht*) não é alcançado/entendido por quem não tem a qualificação profissional necessária.

(b) O que se exige idealmente dum membro do Conselho de Supervisão é que ele seja independente, §100 da AktG. Qualquer membro do Conselho de Supervisão tem o dever de se orientar pelo Interesse Social (o Interesse do empreendimento – *Unternehmensinteresse*) e de prosseguir-lo, sem cair na tentação de prosseguir interesses próprios ou alheios (sejam interesses privados ou públicos)<sup>139</sup>. O problema é que eles são eleitos pelos trabalhadores e portanto tenderão naturalmente a seguir os interesses dos seus eleitores. A colisão e o conflito de interesses dos represen-

<sup>136</sup> SCHWALBACH, Joachim, *ob. cit.* p. 188.

<sup>137</sup> WERDER apud WERDER, *ob. cit.* p. 170.

<sup>138</sup> SCHWALBACH, Joachim, *ob. cit.* p. 189.

<sup>139</sup> MüKoAktG/Habersack, 4. Aufl. 2014, AktG § 100 Rn. 75-77.

Considerando a orientação pelo interesse da empresa uma coisa problemática, por a empresa não ser capaz de ser portador de um interesse próprio, e o interesse social mais um meio para prossecução de interesses ou mesmo um objeto de interesses [o dos sócios, diria...], Baumbach/Hueck/Zöllner/Noack GmbHG § 52 Rn. 285-286.

tantes dos trabalhadores, *maxime* dos representantes de sindicatos<sup>140</sup>, são manifestos<sup>141</sup>. Conflito: *heterodeterminação vs fiscalização*<sup>142</sup>.

Eis o ideal, mas lei parece *tolerar* (“in Kauf nehmen”<sup>143</sup>) este conflito de interesses, prevendo apenas algumas incompatibilidades para quadros executivos com especiais poderes de representação (§105 (1) da AktG)<sup>144</sup>.

O Dilema do Compromisso: muitas decisões só conseguem ser aprovadas porque os trabalhadores são de certa forma “comprados”, fazendo-se concessões noutro lado (v.g. ao nível do Conselho de Estabelecimento). Isto afeta negativamente a eficiência do Conselho de Fiscalização. Diria que o efeito motivação persiste.

Por sua vez os representantes são eleitos por maioria, esses os eleitores são o público-alvo do representante quando este se quer fazer popular. Pode levar à desmotivação da minoria. Mais, vimos que os trabalhadores da sociedade no estrangeiro não podem votar, ou seja, pode haver uma maioria calada e a desmotivação seria tanto maior (risco de haver um “egoísmo nacional”).

(c) Em concreto o membro deverá ser capaz de concretizar/aplicar à prática as suas competências profissionais e a sua (pressuposta) independência. Deve empenhar-se, mostrar *engagement*. Em muitos casos o representante pode não se sentir responsável por certos assuntos por não terem a ver com os trabalhadores.

Em suma, WERDER considera que o regime da cogestão *paritária* (Lei de 1976) leva a “*fricções*” *consideráveis* na *Eficiência da Fiscalização* do Conselho de Supervisão por consequência do ferimento do princípio\* da composição funcionalmente idónea do órgão (princípio segundo o qual o órgão deve ser composto apenas por membros que sejam idóneos e capazes para exercerem funções de fiscalização de forma eficiente<sup>145</sup>). Posição corrobora-

<sup>140</sup> Os representantes dos sindicatos inserem-se institucionalmente no órgão de fiscalização das sociedades cogeridas e foram propostos pelos sindicatos; escusado seria dizer que há uma natural predisposição por parte daqueles em serem parciais (não independentes) no que toca às questões salariais reforçada ainda pelo seu direito à greve.

<sup>141</sup> MüKoAktG/Habersack, 4. Aufl. 2014, AktG § 100 Rn. 75-77.

<sup>142</sup> Porque se por um lado são trabalhadores que, fora das suas funções como membros do Conselho de Supervisão, devem obediência às instruções do Conselho de Administração (enquanto empregador deles); por outro, são membros do órgão de monitorização e devem fiscalizar/controlar as decisões do Conselho de Administração. Há aqui um manifesto antagonismo.

<sup>143</sup> Stephan GITTERMANN, *ob. cit.*, 2015, p.99.

<sup>144</sup> HÖPNER ataca esta crítica, argumentando que a independência dos membros do conselho de supervisão já era contestável muito antes da implementação das leis sobre a Cogestão HÖPNER, Martin, *ob.cit.*, p.366.

<sup>145</sup> WERDER, *ob.cit.*, p. 169.

rada por Joachim SCHWALBACH<sup>146</sup>. Por fim, WERDER<sup>147</sup> e KIRCHNER<sup>148</sup> *propõem a deslocação da cogestão dos trabalhadores para outro órgão, notadamente um órgão consultivo com direito a ser informado, a prestar conselho e tomar posição.*

#### 4.2.7. Cogestão no Conselho de Supervisão – Eficiência ao nível da Empresa

Vimos que o *funcionamento* de um Conselho de Supervisão com participação dos trabalhadores tende a ser *menos eficiente* do de um órgão de fiscalização não cogestionado. A cogestão tem, porém, múltiplas vantagens (v.g. motivação, identificação com a empresa, sentimento de pertença, evitação de políticas lucrativas a curto prazo não conformes o interesse social). Para ver se a cogestão é eficiente na sua globalidade é preciso sopesar os custos e as vantagens e introduzir a variável tempo (antes e depois da implementação da lei).

A análise será meramente bibliográfica, não explicativa das complexas teorias. Socorremo-nos mais uma vez do estudo de SADOWSKI, JUNKES e LINDENTHAL: quanto à *cogestão da empresa*<sup>149</sup> os autores basearam-se nos estudos (já velhos) de BENELLI/LODERER/LYS (1987), GURDON/RAI (1990), FITZROYL/KRAFT (1993), SCHMID/SEGER (1998), BAUMS/FRICK (1998) e analisaram-nos ao detalhe. Mas, considerando os intervalos de tempo observados (por vezes não permitindo comparações entre o “antes” e o “depois” da implementação da Codeterminação) e a (pouca) robustez dos resultados de cada estudo individualmente considerado (sempre ténue), os autores *não conseguiram provar empiricamente a existência de quaisquer repercussões da cogestão no Conselho de Supervisão ao nível da eficiência*. Admitem, no entanto, que a cogestão possa constituir não um cargo, mas sim uma *vantagem*, em termos de maior flexibilidade e demonstram que a cogestão na Alemanha *não tem sido um travão de alterações necessárias no seio das empresas, mas mola impulsionadora*. No mesmo sentido vai HÖPNER<sup>150</sup>, para quem a comparação de dados económicos de diferentes Estados não

<sup>146</sup> SCHWALBACH, Joachim, *ob. cit.* pp. 186 e ss.

<sup>147</sup> WERDER, *ob.cit.*, p. 169.

<sup>148</sup> KIRCHNER, Prof. Dr. Iur. Rer. Pol Christian, LL.M (Harvard), “Grundstruktur eines neuen institutionellen Designs für die Arbeitnehmermitbestimmung auf der Unternehmensebene”, in *Die Aktiengesellschaft*, Heft 4/2004, p. 197. No mesmo sentido: SÄCKER, AG 2004, 180; SCHWARK, AG 2004, 173; WINDBICHLER, AG 2004, 190.

<sup>149</sup> Já para a cogestão através do Conselho de Estabelecimento os autores diagnosticaram uma maior produtividade nos grandes estabelecimentos que tenham o referido Conselho;

<sup>150</sup> HÖPNER, Martin, *ob.cit.*, p.360.

permite estabelecer uma causalidade entre cogestão e competitividade do país com leis sobre cogestão.

A análise daqueles autores é, porém, pouco recente e entretanto alguns dos estudos usados foram reformulados e revogados<sup>151</sup>. KRAFT em 2001, por exemplo, muda de opinião e chega à conclusão de que a cogestão, embora pudesse levar a um emprego excessivo de trabalhadores (porque os seus representantes tenderiam a opor-se a despedimentos e a apoiar maior contratação), afinal tinha efeitos positivos sobre a rentabilidade da empresa, porque a maior contratação favorecia políticas de mercado ofensivas que podiam afastar concorrentes<sup>152</sup>. KRAFT e FITZROY em 2004 realizam um novo estudo empírico<sup>153</sup>, cujos resultados são positivos, denotando-se uma significativa (embora pequena) influência positiva da Cogestão de 1976 sobre a *produtividade das empresas* (indo ao encontro do Relatório DAVIGNON, 1997); embora o efeito positivo seja tão-só apontado àquele período, os autores propugnam o entendimento de que múltiplos argumentos teóricos apontam para ganhos-de-eficiência<sup>154</sup>. Entretanto o „Arbeitskreis“ da Fundação Friedrich-Ebert (2005) concluiria que a cogestão aumentava a produtividade e estabilizava o comércio empresarial<sup>155</sup>.

Parece-nos melhor o estudo de John T. ADDISON e Claus SCHNABEL<sup>156</sup> que confronta entre si um maior número de estudos (e mais recentes). Analisam os estudos de: RENAUD<sup>157</sup>: realiza um dos estudos mais fiáveis sobre a cogestão e as suas repercussões ao nível da produtividade e rentabilidade das empresas<sup>158</sup>. Resultado: POSITIVO. *Demonstram que a cogestão repercute-se*

<sup>151</sup> V.g. FITZROY e KRAFT em 2005 remodelaram o seu estudo. Comparam empresas antes e depois da introdução da cogestão paritária, permitindo ver que houve ligeira subida na produtividade com a substituição da cogestão em terça parte (como referimos a Lei orgânica do Estabelecimento antes de 1976 já previa a participação em 1/3 nas empresas com mais de 500 trabalhadores e menos de 2000; foi depois substituída pela de 2004) pela paritária. Vide John T. ADDISON e Claus SCHNABEL, *ob. cit.*, 2009, p.18

<sup>152</sup> JANSEN, Till, *Mitbestimmung in Aufsichtsräten*, Springer, Witten-Herdecke, 2013, ISBN 978-3-658-01432-2 (EBOOK), p. 16.

<sup>153</sup> Observam 179 empresas no intervalo 1972-76 e 1981-85 para comparar a sua situação antes e com da Lei de 1976.

<sup>154</sup> FITZROY e KRAFT, *ob. cit.*, 2004 pp. 3 a 4 e p.21.

<sup>155</sup> Consulta em <http://library.fes.de/pdf-files/fo-wirtschaft/03015.pdf> (10-04-2018), p. 19.

<sup>156</sup> John T. ADDISON e Claus SCHNABEL, *ob. cit.*, p. 18.

<sup>157</sup> Vai na linha de FITZROY e KRAFT, 2005, e KRAFT e URGAKOVIC, 2006.

<sup>158</sup> Para mais *vide* John T. ADDISON e Claus SCHNABEL, *ob. cit.*, p.21. O estudo incide sobre 250 a 500 empresas da base de dados financeira alemã de 1970-76 e 1980-2000, em 3 níveis: 1.º, usa a técnica económica da dupla-diferença sobre o valor acrescentado e lucros naqueles dois intervalos de tempo; 2.º, avalia os efeitos da cogestão paritária no tempo comparando as diferenças entre as tendências de produtividade e lucro das empresas paritaria-

*positivamente sobre a produtividade e rentabilidade (mais sobre esta última) das empresas paritariamente cogéridas (com a Lei de 1976)*<sup>159</sup>.

FAUVER e FUERST: trabalha com uma amostra de empresas estaduais cotadas na bolsa alemãs. Chegam à conclusão de que a presença de representantes dos sindicatos repercute-se negativamente sobre a rentabilidade das empresas (estes resultados são contrariados por VITOLS (2008)<sup>160</sup>), mas de que a cogestão da empresa, em geral, *tem efeitos positivos sobre a rentabilidade e produtividade de empresas*<sup>161</sup>.

Conclusão de John T. ADDISON e Claus SCHNABEL: “pelo menos no passado, o sistema alemão da cogestão ao nível da empresa *não teve efeitos económicos* (quer positivos ou negativos) *relevantes* o suficiente para levar outras empresas (e outros governos) a adotar ou a abandonar o sistema. Embora haja indícios [*supra*] a apontar para a fuga ou evitação da cogestão por parte das empresas, a maioria das empresas aprendeu a conviver com ela”.

O relatório do grupo científico da Comissão BIEDENKOPF em 2006 ainda vai mais longe, ao afirmar não existirem provas de efeitos económicos negativos da Cogestão e de que a tendência dos estudos recentes era afirmar a existência de efeitos positivos<sup>162</sup>.

VITOLS (2008)<sup>163</sup>, STREECK<sup>164</sup>, diretor do Max-Planck-Institut para pesquisa societária em Colónia e HÖPNER<sup>165</sup> entendem que a cogestão não tem efeitos negativos (mas – para STREECK – até positivos) sobre a cotação das ações das sociedades cotadas na bolsa.

Conclusões: *A Cogestão, até hoje, não entrou o crescimento da competitividade das empresas alemãs. Ela parece seguramente não prejudicar a sustentabi-*

mente cogéridas e das cogéridas em 1/3; 3.º, combina os elementos dos primeiros dois. Usa ainda outras variáveis (para maior fiabilidade dos resultados): empregados, capital, dummies de idade, custos laborais unitários e dummies para tempo e indústria. A equação preço acrescenta a intensidade de capital e taxa de endividamento como regressores.

<sup>159</sup> É, no entanto, preciso dizer que eles alertam para a possibilidade de não terem sido tomadas em conta todas as variáveis possíveis e de que os estudos poderão não corresponder à realidade.

<sup>160</sup> *Apud* JANSEN, Till, *ob.cit.*, p. 16

<sup>161</sup> Concluem ainda que os representantes dos trabalhadores evitam que os grandes sócios adquiram as participações dos pequenos sócios, o que permitiria àqueles a maximização dos seus lucros...

<sup>162</sup> [https://www.boeckler.de/pdf/mbf\\_biedenkopfkommision.pdf](https://www.boeckler.de/pdf/mbf_biedenkopfkommision.pdf) (6-04-2018).

<sup>163</sup> *Ibidem*.

<sup>164</sup> *Vide* [http://www.mpifg.de/service/pressestelle/04-10-27\\_hoepner.pdf](http://www.mpifg.de/service/pressestelle/04-10-27_hoepner.pdf)

<sup>165</sup> Estudo da Fundação Hans-Böckler e Bertelsmann „Mitbestimmung für die Zukunft Ergebnisse und Fazit aus der Arbeit des „Forum Mitbestimmung und Unternehmen“ 1999 – 2003, p. 33.

lidade económica e o desenvolvimento das empresas, nem ela se repercute negativamente sobre a cotação das respetivas ações na bolsa (no caso das anónimas)<sup>166</sup>. Ela pode redundar em resultados económicos positivos para as empresas. Forjado está um argumento capitalista<sup>167</sup>.

#### 4.2.8. Confirmação da hipótese construída no cap. 2.1.

O grupo “trabalhadores” parece de facto estar predestinado a servir de *amortecedor* das políticas lucrativas de curto prazo dos administradores e investidores. Os administradores podem ser remunerados com base em *stock options*, caso em que se poderiam sentir tentados a provocar a rápida subida das ações. O problema é que essa “bolha” criada pode rebentar e assim “comprometer a satisfação de créditos (*maxime*, de longo prazo)” dos credores. Os exemplos paradigmáticos da Enron, da WorldCom e GlobalCrossing mostram-no. Ensina Coutinho de ABREU<sup>168</sup> que as políticas societárias de curto prazo (“ganhar depressa para depressa distribuir pelos sócios” ou pelos administradores [no nosso caso]) não devem, por isso, ser desenvolvidas pelos administradores. Ora, os representantes dos trabalhadores no Conselho de Supervisão, não só desaprovariam esses projetos (*maxime* quando sua prática exija consentimento) como tenderiam a promover o investimento de lucros em vez da sua imediata distribuição pelos sócios ou mesmo administradores<sup>169-170</sup>.

<sup>166</sup> HÖPNER, Martin, *ob.cit.*, p.366. A tendência, aliás, é de haver cada vez mais acionários estrangeiros.

<sup>167</sup> Caso o veredicto económico tivesse sido desfavorável à Cogestão, sempre se poderia ter argumentado que a questão da necessidade do instituto não é e nunca foi de índole económica. A Lei de 1976 não teve por objetivo a melhoria da competitividade das empresas, mas sim o de possibilitar a participação democrática dos trabalhadores na gestão das empresas. Eis o que sublinha o próprio grupo científico da Comissão Biedenkopf – [https://www.boeckler.de/pdf/bb\\_zusammenfassung\\_BiKo\\_deutsch.pdf](https://www.boeckler.de/pdf/bb_zusammenfassung_BiKo_deutsch.pdf) (09-04-2018), p.3.

<sup>168</sup> Coutinho de ABREU, Curso (...), 2015, pp. 36 e ss

<sup>169</sup> *Vide* nesse sentido o artigo em <http://www.zeit.de/karriere/2017-01/mitbestimmungs-recht-gewerkschaften-eugh-arbeitgeber-urteil-arbeitnehmer>.

<sup>170</sup> Entre nós, Coutinho de ABREU ensina-nos que “o CSC não trata dos planos relativos a ações [mas de que] [n]ada obsta (...) à sua adopção – por deliberação dos sócios” (a ver o 320.º/1, 460.º CSC). Também no capítulo III das recomendações do Novo Código de Governo das Sociedades da CMVM nada parece obstar à remuneração com base em *stock options*. Coutinho de ABREU, *Governança (...)*, 2010, pp. 89-90. Sobre críticas às *Stock Options*, *vide* HALL, Brian J. e MURPHY, J. Kevin, “The Trouble with Stock Options”, in *Journal of Economics Perspectives* – vol. 17, n.3 – 2003, pp.49 ss.

## V. Cogestão um plus para Portugal?

Na Alemanha há, na verdade, uma *linha vermelha (Rote Linie)* que explica o surgimento do instituto na Alemanha. Precisamente neste ponto reside talvez a crítica mais ponderosa à transposição do instituto: uma implementação legal da cogestão seria instalar o instituto “à força”, quando na Alemanha o instituto é um adquirido histórico<sup>171</sup>. Já SERENS concluíra „que entre nós, como noutros países (...) a co-decisão, como força socialmente transformadora, é inviável. Esta inviabilidade decorre, sobretudo, da concepção de sindicalismo conflitual que predomina nestes países – o chamado <sindicalismo politizado>, que se norteia por valores que obstam à colaboração institucionalizada – que, no caso Português, se nos afigura muito mais impeditivo do que o próprio texto da Constituição”<sup>172</sup>. Mas o que é economicamente vantajoso não é merecedor de atenção<sup>173</sup>? A paz social e todas as vantagens de índole social que o instituto traz consigo serão de descartar assim sem mais? O caso da Autoeuropa demonstra que ao nível do *estabelecimento*, as negociações de acordos baseados na lógica de “compromisso da transação” (Pizzorno, 1971), diálogos sociais e boas práticas laborais são a chave para a sustentabilidade da empresa (e de postos de trabalho)<sup>174</sup>.

Vale a pena referir que Portugal tem antecedentes de cogestão no sector público<sup>175</sup>. Relevantíssimo é também o acórdão do Tribunal Constitucio-

<sup>171</sup> Num estudo de 2005 da fundação Friedrich-Ebert em 2005 concluiu-se que a cogestão conseguiu provar-se e resistir a todos os testes ao longo das últimas décadas, mas admitiu que a cogestão teria que se provar no mercado global. O instituto, não sendo conhecido noutros países, não teria, entre eles, porventura o mesmo efeito, v.g. os sindicatos em vez de cooperarem com o órgão de administração poderiam (quicá) entravar a gestão; consulta em <http://library.fes.de/pdf-files/fo-wirtschaft/03015.pdf> (08-04-2018).

<sup>172</sup> SERENS, *ob. cit.* P. 42 e ss; Engrácia ANTUNES em 1993 referiu que a cogestão “não é conhecida do direito português vigente ANTUNES, José Engrácia, *Os Grupos de Sociedades – Estrutura e organização jurídica da empresa plurissocietária*, Almedina, 1993, p. 187, nota 406.

<sup>173</sup> Cabe, também, não olvidar que a cogestão está presente em 18 dos 28 Estados-Membros da EU. Relatório de Agosto de 2014 da Fundação HANS-BÖCKLER, consulta em [https://www.boeckler.de/pdf/p\\_mbf\\_report\\_aug\\_2014.pdf](https://www.boeckler.de/pdf/p_mbf_report_aug_2014.pdf) (10-03-2018).

<sup>174</sup> LIMA, Marinús Pires de, LATAS, Ana Guerreiro, NUNES, Cristina, Boas práticas laborais e negociação coletiva na Autoeuropa e sata-snpvac, *Análise Social*, 202, xlvii (1.º), 2012, p.163.

issn online 2182-2999

<sup>175</sup> O Decreto-Lei n.º260/76 foi o primeiro diploma em Portugal que chegou a consagrar a cogestão dos trabalhadores nas empresas públicas. Cfr. QUENTAL, Miguel, “A participação dos trabalhadores nos órgãos sociais das empresas pertencentes ao Estado ou a outras entidades públicas” <https://iconline.ipleiria.pt/bitstream/10400.8/777/1/artigo7.pdf> (10-11-2017).

nal de 2006<sup>176</sup>, em que foi Relatora a Conselheira Maria João ANTUNES, nossa Professora. E hoje? O DL n.º 133/2013, de 03 de Outubro, regime jurídico do sector público empresarial é omissivo e não se pronuncia sobre a questão da Cogestão. Entre nós, temos apenas algumas normas no CSC que indiciam participação (direta ou indireta) do trabalhador ou, pelo menos, tomada em consideração dos seus interesses. Nomeadamente os artigos 64.º<sup>177</sup>, 66.º/3, 101.º, 117.º-C/c).

O instituto da cogestão se fosse importado levantaria alguns problemas. Colocar-se-ia, por exemplo, um problema com o artigo 414.º-A que vale para os órgãos de fiscalização das sociedades anónimas e por quotas<sup>178</sup>. Este teria de ser adaptado para possibilitar a introdução da cogestão. Dispõe ele que “não podem ser eleitos ou designados membros do conselho fiscal, fiscal único: (...) e) os que, de modo direto ou indireto, prestem serviços (...) com a sociedade fiscalizada ou sociedade que com esta se encontre em relação de domínio ou de grupo”. Ora um certo número dos representantes dos trabalhadores na Alemanha têm que trabalhar necessariamente na empresa, para permitir a *eficiência-participação*. Ora à importação obstará este artigo: o representante não poderia ser membro do órgão<sup>179</sup>.

## VI. Conclusão

Em jeito de desfecho cumpre agora interligar as diversas conclusões a que chegámos.

A Cogestão (*rectius* a Codeterminação) dos trabalhadores no órgão de fiscalização, como instituto típico das Grandes Sociedades, tem a seu favor múltiplos argumentos plausíveis de índole política e social. Escopo deste *paper* foi, no entanto, o de encontrar vozes capitalistas apologistas do instituto, tarefa concluída com (pelo menos parcial) êxito.

<sup>176</sup> Consulta do Acórdão N.º 47/2006, Processo n.º 627/04, 1.ª Secção, consulta em [www.tribunalconstitucional.pt](http://www.tribunalconstitucional.pt).

<sup>177</sup> Com a reforma do CSC operada pelo DL n.º 76-A/2006, de 29 de março. Porém “é, no respeitante aos interesses dos trabalhadores uma norma de conteúdo quase nulo”. ABREU, Coutinho de, *Curso (...)*, 2015, p. 275.

<sup>178</sup> O conselho fiscal, para a comissão de auditoria (ex vi do art. 423.º-B) e para o conselho geral (ex vi do art. 434.º/3) das Sociedades Anónimas e também para as Sociedades por Quotas (ex vi do 262.º/1).

<sup>179</sup> Refere-se aos que “prestem serviços”, mas pelas mesmas razões (se for preciso, por argumento de maioria de razão) parece também querer valer para o contrato de trabalho.

As Grandes Sociedades em Portugal têm um peso significativo na economia portuguesa e a discussão sobre uma eventual introdução do sistema da Cogestão dos trabalhadores no órgão de fiscalização nas Grandes Sociedades portuguesas não é (nem foi) afinal inútil, pois conseguiu mostrar-se que a Cogestão pode redundar em resultados económicos positivos para as empresas (ou, se formos pessimistas, pelo menos não constitui travão do sucesso empresarial). A Cogestão pode, no entanto, levar a “fricções” consideráveis na eficiência da fiscalização do Conselho de Supervisão, atritos estes que *poderiam porventura ser colmatados através da deslocação da Cogestão para o seio de um órgão consultivo*. Ademais vimos que o instituto necessitaria de ser implementando legalmente sob pena de ninguém instalar voluntariamente um órgão de fiscalização cogerido.

Por sua vez o (representante do) trabalhador tem interesse na perpetuação e sustentabilidade da empresa (a longo prazo), donde a sua participação no Conselho de Supervisão, *Aufsichtsrat* seja, via de regra, em favor da sociedade em si (do interesse social). A sua presença no órgão de fiscalização e o poder que isso lhe atribui servem de contrapeso à tentação na qual os administradores poderão cair de prosseguir políticas lucrativas de curto prazo (contra o interesse social da sociedade e, portanto, contra o interesse dos trabalhadores). Por assim ser, a Cogestão atua em prol da (sustentabilidade da) empresa, em prol da propriedade, logo em prol dos sócios: forjado está um argumento capitalista.

Desta feita, a Cogestão dos trabalhadores no órgão de fiscalização (necessariamente existente) nas Sociedades Anónimas e (em regra facultativo [exceto quando ultrapassar certo tamanho e não tiver sido designado Revisor Oficial de Contas]) nas Sociedades por Quotas parece-nos ser um instituto social e economicamente prestável, cuja hipótese de transposição não deve ser descartada sem mais.