

INSTITUTO DA CONFERÊNCIA

A) LISBOA

A SIMULAÇÃO NAS DELIBERAÇÕES SOCIAIS

Pelo DR. J. DIAS MARQUES

§ 1.º — Generalidades

1 — O Problema. 2 — Localização do tema. 3 — Teorias para a solução do problema. 4 — A simulação; elementos constitutivos. 5 — Reserva mental. 6 — Negócio simulado e negócio fraudulento. 7 — Negócio simulado e negócio fiduciário. 8 — Negócio simulado e negócio indirecto. 9 — Negócio simulado e negócio abstracto.

1. O problema da simulação é cheio de interesse prático e doutrinal. Interesse prático, pela multiplicidade dos casos, pela dificuldade de prova ante uma lei excessivamente formalista, pela angústia do advogado e pela impotência da máquina judiciária, incapazes muitas vezes de desmascarar a fraude. Interesse doutrinal, pela sua actualidade em face da moderna corrente de moralização do direito, que já transcende o âmbito do direito privado e actua como uma força poderosa no campo do direito administrativo, do direito processual, de que o nosso Código de Processo Civil é um exemplo; e também no campo de direito penal, todo ele repassado das valorações de Ética. Interesse doutrinal porque se trata de uma figura cujos contornos se delineiam já num dos planos superiores do conhecimento do direito — a teoria do acto jurídico. Interesse doutrinal ainda, no nosso caso, em face dos problemas suscitados pela aplicação dos princípios gerais da teoria da simulação, nascida e criada sob o signo da contratualidade, a uma hipótese concreta e diferente — a deliberação social.

2. O tema deste trabalho localiza-se dentro do quadro das divergências entre a vontade real e a vontade declarada. A possibilidade duma divergência desta natureza coloca o legislador na neces-

sidade de optar ou pela investigação mais profunda da vontade real ou pela vinculação à declaração feita, ainda quando esta não traduza a íntima vontade do declarante.

3. E aí surgem-nos várias teorias que procuram solucionar o problema. Este é essencialmente um problema de conjugação dos interesses em conflito. De um lado o interesse do declarante, que pode ver-se injustamente vinculado a uma vontade que manifestou mas que intimamente não queria. De outro lado, o interesse do declaratório que, confiando nela e conduzindo a sua vida jurídica no pressuposto da sua validade, pode ver as suas expectativas injustamente afectadas se o declarante puder desvincular-se daquilo que declarou sob a alegação de que tal não corresponde à sua vontade.

Inicialmente surgem duas doutrinas extremas: a teoria da vontade que, em caso de divergência entre a vontade e a declaração, opta pela primeira; e a teoria da declaração que opta pela última.

Nenhuma destas doutrinas responde adequadamente ao problema. Há que distinguir aceitando uma posição eclética. E entre nós tem-se entendido que dos dados fornecidos pela lei é possível extrair uma solução intermédia, um princípio de orientação que, distinguindo situações, melhor satisfaça as exigências da justiça.

É a chamada *teoria da responsabilidade*. Segundo ela em caso da divergência haverá que atender em princípio à vontade real.

Com esta limitação somente: a de essa divergência ser imputável, a título de dolo ou culpa, ao declarante e encontrar-se de boa fé o destinatário da declaração. Portanto: atende-se à declaração se houver culpa do declarante e boa fé do declaratório; aliás, atender-se-á à vontade real.

4. Há que dar uma noção de simulação, definindo-a através dos seus elementos constitutivos.

Estes elementos são:

- a) Uma divergência entre a vontade real e a sua manifestação.
- b) Intencionalidade dessa divergência. A simulação situa-se no campo das divergências intencionais entre a vontade e a declaração.

- c) Intuito de enganar. Trata-se apenas de intuito de enganar e não de intenção de prejudicar porque a simulação pode não ter um objectivo de fraude. Há casos de simulação em que se engana mas sem intenção de prejudicar (V. g. as simulações *ad pompam*). Aí há simulação enganosa mas não simulação fraudulenta.
- d) Acordo entre os outorgantes do acto simulado tendo em vista a sua realização. Este acordo ou «*pactum simulationis*» — é o elemento característico da simulação em sentido técnico; os restantes elementos indicados são comuns à reserva mental. A simulação tal como é definida por todos os elementos que ficam apontados é uma figura característica dos actos em que intervém mais de uma pessoa pois só neles pode existir o «*pactum simulationis*».

5. Mas a divergência intencional e enganosa, em vez de ser comum a todas as pessoas intervenientes no acto pode verificar-se apenas a relação a uma ou a alguma delas: ou porque o acto é univoluntário ou porque, sendo o acto plurivoluntário, só em relação a alguns dos intervenientes se verifica a divergência intencional.

Falta neste caso o acordo para simular—o *pactum simulationis*— e enquanto uma parte emite sinceramente a sua vontade, a outra exprime uma vontade que não tem. É a *reserva mental*.

Esta pode definir-se como um desacordo intencional entre a vontade e a sua manifestação, com intuito de enganar, se na formação do acto jurídico intervier apenas um declarante ou quando, intervindo mais de que um, algum deles desconheça essa divergência entre a vontade e a declaração.

Comparemos este conceito com o de simulação *stricto sensu*. Esta consiste numa divergência intencional entre a vontade e a declaração, pactuada, com intuito de enganar, entre todos os que intervieram na formação do acto.

É possível, agora, reunir os dois conceitos de reserva mental e simulação *stricto sensu* numa noção ampla que ambos abranja. É simulação *lato sensu*: uma divergência intencional entre a vontade real e a declaração feita com intuito de enganar.

6. Comparemos o negócio simulado com o negócio fraudulento.

O conceito de fraude não se encontra perfeitamente determinado. Muitas vezes dá-se-lhe o alcance género de intenção de prejudicar, de artifício ilícito; outras vezes tem um sentido mais restrito consistindo numa forma indirecta de violação da lei. É nesse sentido que se fala do problema de fraude à lei; e é nesse sentido também que Ferrara delinea o conceito de negócio *in fraudem legis* estabelecendo entre este e o negócio simulado uma nítida separação.

O *negócio fraudulento*, para aquele autor, consiste no uso dum negócio fora da sua função normal, ou numa combinação de negócios jurídicos que, produzindo uma aparente alteração das condições de facto das quais depende a aplicação da lei, tem em vista a obtenção dum resultado ilícito. Por este encadeamento de negócios verifica-se o respeito formal das prescrições legais mas a norma, substancialmente, é violada pois o negócio fraudulento, respeitando-a na aparência, vai atingir o juízo de valor que está na sua base. Estamos aqui diante de *actos verdadeiros*, de actos realmente queridos, e não de *actos simulados*; mas de actos verdadeiros que, sob a aparência de cumprimento da lei, pretendem ofender a sua substância valorativa.

Tal, para Ferrara, o conceito de negócio fraudulento. É este que, em paralelismo, se compara com o negócio simulado diferenciando-se dele inteiramente. Mas não é este o sentido em que a palavra fraude se emprega quando se fala da simulação fraudulenta: aí tem-se em vista um conceito mais genérico de fraude com o alcance de intenção de prejudicar.

7. Tem-se confundindo o negócio simulado e o negócio fiduciário havendo até quem negue a possibilidade de estabelecer entre estes dois conceitos uma nítida linha de separação. O negócio fiduciário consiste essencialmente numa transmissão de coisas ou direitos que economicamente não tem em vista um aumento do património do adquirente porque este em virtude de uma outra convenção fica obrigado a fazer do direito transmitido um uso limitado a certos fins que não consistem na sua utilização normal e ampla.

Exemplos: uma cessão feita com a cláusula de que o cessionário cobrará o crédito entregando em seguida ao cedente a quantia recebida; uma cessão para garantir um crédito de que o cedente é deve-

dor ao cessionário; venda com fim de garantia mediante a cláusula de que o vendedor pode recobrar a coisa entregando de novo o preço; endosso para cobrança, etc.

No acto fiduciário há duas convenções distintas: uma, positiva, pela qual se transfere para outrem um direito real ou de crédito, ficando o adquirente desse direito na situação de seu legítimo titular; outra, convenção negativa — pacto fiduciário — pela qual o adquirente (fiduciário) se obriga para com o transmitente (fiduciante) a fazer determinado uso do direito transmitido.

Segundo a concepção mais exacta, o fiduciário é o verdadeiro titular do direito que lhe foi transmitido pelo fiduciante, quer em relação a terceiros quer em relação ao transmitente. O fiduciante, após a transmissão, não pode exercer direitos sobre a coisa transmitida (V. g. reivindicando-a). Apenas tem o direito de responsabilizar civilmente o fiduciário pelo não cumprimento do pacto fiduciário.

Vê-se pois que há nestes actos uma falta de coincidência entre a sua finalidade económica e a sua estrutura jurídica: quer-se um certo fim económico mas conferem-se poderes mais amplos que os necessários para o realizar. Estes são, ao mesmo tempo, limitados por meio do pacto fiduciário.

O negócio fiduciário não se confunde com o negócio simulado. Neste há uma divergência entre o querido e o declarado: a acto aparente não traduz a vontade séria das partes, os efeitos jurídicos que a lei lhe atribui não são exactamente aqueles que os outorgantes querem que ele produza. Naquele — no negócio fiduciário — as partes querem o que declaram.

O *pactum simulationis* é uma convenção que se contrapõe ao acordo aparente que no acto simulado se exhibe; o pacto fiduciário completa apenas o conteúdo da convenção principal e, como os seus efeitos incidem somente sobre as relações entre fiduciário e fiduciante, esse pacto não interessa terceiros. No acto fiduciário, ao contrário do simulado, não existe qualquer divergência entre a vontade real e a vontade declarada. A contradição que no acto fiduciário existe entre a causa e os efeitos jurídicos não é dissimulada mas ostensiva.

8. O negócio fiduciário e o negócio fraudulento podem agrupar-se numa categoria unitária mais genérica: o *negócio indirecto*.

Em ambos existe uma combinação de negócios jurídicos que o desvirtua da sua utilização normal. Se o fim que se tem em vista é lícito haverá negócio fiduciário ; se se procura indirectamente violar a lei há negócio fraudulento.

A sua estrutura é a mesma ; a sua diversa qualificação jurídica depende dos fins que se tem em vista obter com a sua celebração. Uns e outros, constituindo a categoria dos negócios indirectos, contrapõem-se aos negócios simulados. Aquilo que os distingue é que, no negócio indirecto não há uma divergência entre vontade real e vontade declarada. E no negócio simulado, há.

9. Existem certos negócios jurídicos em que a simulação ainda que *de facto* possa existir é juridicamente irrelevante. Torna-se pois necessário determinar quais são esses actos em que a existência de simulação não afecta a sua validade.

Se a lei atribuisse força vinculativa às declarações de vontade pelo simples facto de se emitirem formalmente, sem intenção pela causa que as inspirou, em tal hipótese não interessaria a simulação que porventura as viciasse. Quer dizer, o carácter formal e abstracto do negócio jurídico exclui a possibilidade de uma simulação relevante.

No direito actual há negócios jurídicos abstractos, isto é, actos em que é irrelevante a causa jurídica que está na base da sua celebração : os títulos de crédito, entre as quais avulta a *letra*. E aí a simulação não pode afectar o título porque este, nas relações mediatas entre os obrigados cambiários é dominado pelos princípios da literalidade e da abstracção.

Isto é, a simulação é uma figura específica dos actos causais ; não existe nos actos abstractos. Abstracção e simulação são realidades incompatíveis.

§ 2.º — Estrutura das deliberações sociais

10 — Classificação dos actos jurídicos. 11 — Noção de deliberação. 12 — Natureza jurídica da deliberação. 13 — Deliberação e emissão de voto.

10. Depois de expostas algumas generalidades indispensáveis a uma visão geral dos problemas da simulação, passamos a considerar a estrutura das deliberações sociais determinando a sua ver-

dadeira conformação e natureza dentro duma classificação dos actos jurídicos.

Os actos jurídicos podem ser *plurilaterais*, quando na sua formação intervêm a vontade de duas ou mais partes; ou *unilaterais* quando se traduzem apenas na declaração de vontade de uma só parte.

Estes por sua vez ainda podem subdividir-se em univoluntários e plurivoluntários, conforme a parte que emite a vontade é constituída por uma ou mais pessoas.

O *acto colectivo* constitui uma figura de qualificação discutida, pois há autores que a consideram um acto plurilateral enquanto outros o consideram um acto unilateral, embora de substracto plurivoluntário.

O que há de característico no acto colectivo é que a intervenção das diversas vontades que cooperam na sua formação é ditada por um fim comum. As vontades intervenientes são determinadas por interesses que embora diferentes e separados, não se contrapõem.

Enquanto no contrato os interessados se põem um diante do outro emitindo declarações que têm em vista satisfazer interesses opostos, no acto colectivo os vários participantes não querem obrigar-se reciprocamente antes pretendem produzir em relação a terceiros um efeito jurídico unitário. Assim: os actos constitutivos de uma sociedade, ou as deliberações de uma assembleia geral, dum conselho de família, em suma, de qualquer órgão colegial.

11. As pessoas colectivas exprimem a sua vontade através dos *órgãos*, que podem ser constituídos por uma só ou por várias pessoas. No primeiro caso chamam-se órgãos singulares e os seus actos tomam o nome de decisões; no segundo caso trata-se de órgãos colegiais cujas manifestações de vontade se chamam deliberações.

A *deliberação* é assim a manifestação de vontade de uma pessoa colectiva emitida através de um órgão colegial.

12. A deliberação social possui todos os elementos que definem o acto colectivo; e como tal deve considerar-se.

De resto, a própria doutrina do acto colectivo encontra a sua base jurídica nas deliberações dos órgãos colegiais.

A deliberação é um acto que exprime uma declaração de vontade unilateral e unitária: unitária, na medida em que constitui síntese da vontade dos seus componentes, e unilateral enquanto exprime a vontade duma só pessoa que é o ente colectivo.

Von Thur, entende que a deliberação é um negócio plurilateral por resultar do concurso de várias declarações de vontade.

Mas objecta Brunetti, e com razão, que o acto colectivo não pode identificar-se com um negócio plurilateral porque nele as declarações de vontade que se fundem na deliberação são expressão da vontade do órgão e, portanto, de uma parte única.

No mesmo sentido escreve Donati que «uma vez reconhecida à assembleia a qualidade do órgão e afirmado o princípio majoritário, é lícito concluir que a vontade de cada membro, mesmo em concurso com os outros membros da maioria, pode ser dirigida não à realização de um determinado fim (o da deliberação) mas apenas à formação da vontade do órgão — dirigida por sua vez a um determinado fim — a qual é portanto qualquer coisa de diverso da soma das declarações de voto dos membros da maioria...»

A deliberação da assembleia, como vontade de um único órgão diversa da dos seus componentes, não pode ser senão um acto juridicamente, simples e, interna e externamente, a deliberação formada apresenta-se como um acto rigorosamente unilateral, que pode tornar-se, directamente ou por meio de declaração dos administradores, elemento de um contrato ou de outro negócio jurídico bi- ou plurilateral realizado com terceiros...»

Há que pôr foco a exacta função que as deliberações desempenham no desenvolvimento da actividade social. A deliberação não é mais do que um *processo*, um *meio* para chegar à obtenção duma vontade da pessoa colectiva. A pessoa colectiva, como qualquer pessoa física, exprime-se na vida jurídica em contacto com as outras pessoas mediante declarações de vontade que tanto podem ser simples actos unilaterais como elementos integradores de actos plurilaterais. E qualquer destas formas de actuação jurídica, seja o acto plurilateral seja o acto unilateral pressupõe um *processus* de formação interna da vontade da pessoa colectiva. Este pode consistir na deliberação dum órgão colegial — v. g. a assembleia geral dos sócios.

A deliberação implica pois a formação duma vontade social, imputável à pessoa colectiva. E tanto se pode incluir no quadro dum acto plurilateral em que a pessoa colectiva intervém contactando com outras pessoas, como traduzir-se numa simples declaração singular de vontade da pessoa colectiva: e aí, umas vezes com projecção para o exterior mas normalmente interessando apenas a posição relativa dos sócios.

13. Não deve confundir-se a deliberação social com a própria declaração de voto de cada um dos sócios que nela intervêm. A emissão de voto é um acto unilateral do sócio e traduz a sua vontade individual; a deliberação social é o produto da emissão conjunta dos votos de todos os sócios e traduz a vontade do órgão colegial imputável à pessoa colectiva.

§ 3.º — A simulação das deliberações

14 — Vontade normativa e simulação das deliberações. 15 — A exacta colocação do problema. 16 — Inexistência de regime específico para as deliberações.

14. Poderia pensar-se — a partir da distinção entre vontade psicológica e vontade normativa — que o problema da simulação não teria cabimento em relação às pessoas colectivas. E isto a partir desta observação elementar: se a pessoa colectiva é mera criação legal, entidade sem realidade psicológica a se, incapaz de vontade no seu sentido psicológico, como pode pôr-se em relação a ela um problema de divergência entre a vontade real e a vontade declarada?

A dificuldade é meramente aparente. Sem dúvida, há que por em relação à pessoa colectiva, com maior alcance, a distinção entre vontade psicológica e vontade normativa. Mas esta dificuldade é também comum às pessoas singulares, Também aí a lei não aceita, digamos, em bruto a pura vontade psicológica: esta é elaborada, trabalhada para o direito, vista através da rede dos conflitos de interesses que o sistema normativo visa disciplinar. A vontade, mesmo individual, é aquilo a que a norma atribui essa significação; não vale por si como pura potencialidade psíquica mas sim na medida em que nos

surge carregada de sentido valorativo ao serviço dos interesses que o direito protege.

A vontade normativa é pois um conceito comum a todas as pessoas singulares ou colectivas. E é só a esta que o direito atende.

É já dentro do campo da vontade normativa que se pergunta: mas qual deve ser a vontade normativa? Qual a vontade a que a lei atribua virtualidade de servir eficazmente os interesses? A vontade declarada? A vontade real?

E aí o problema põe-se fundamentalmente nos mesmos termos para as pessoas singulares e colectivas. Com esta diferença apenas: que nas pessoas colectivas o problema das divergências é visto através do órgão que lhes exprime a vontade. Se há divergência essa é uma divergência entre a vontade real do órgão e a vontade declarada pelo órgão. E com esta complexidade: que se o órgão for colegial e estivermos portanto diante de uma deliberação é mais difícil averiguar a divergência entre a vontade que se declara pela deliberação e a vontade real daqueles que nela intervêm. Problema apenas de maior complexidade mas não de diferente natureza.

15. Vejamos agora se nestes actos — as deliberações — atenta a sua estrutura é possível realizar o acordo para simular, o *pactum simulationis*, que é o elemento característico da simulação própria-mente dita.

Para nós o problema põe-se nestes termos: atento o carácter meramente instrumental da deliberação social, simples meio de exprimir a vontade da pessoa colectiva, pode dizer-se que não há simulação específica das deliberações.

A solução tem que ser dada não em relação à própria deliberação mas em relação ao acto que mediante a deliberação se pratica. Se a vontade da pessoa colectiva, obtida mediante deliberação for um acto plurilateral poderá haver simulação se existir um *pactum simulationis* entre a pessoa colectiva e aquela juntamente com a qual realiza o acto plurilateral. Se a vontade, igualmente obtida na deliberação, se traduzir um acto meramente unilateral apenas terá cabimento a figura de reserva mental.

E não se julgue que esta distinção vem diminuir a relevância das divergências entre a vontade e a sua manifestação quando esta se exprime por deliberações sociais. É que a reserva mental, ao contrá-

rio do que por vezes se afirma, é relevante. É-o nos precisos termos da teoria da responsabilidade.

16. Não há pois um regime próprio para a simulação das deliberações; e nem tinha que havê-lo atento o carácter instrumental das deliberações sociais.

O problema do regime há que colocá-lo antes em relação ao acto que pela deliberação se obtém. Caímos no regime geral cujo principal texto é o art.º 1.031.º do Código Civil. A amplitude do texto legal — «Os actos ou contratos, simuladamente celebrados, pelos contraentes com o fim de defraudar os direitos de terceiro podem ser anulados e rescindidos a todo o tempo, a requerimento dos prejudicados» — permite a sua ampla aplicação a todos os actos em geral, inclusive aos praticados através de uma deliberação.

Do que acabamos de dizer resulta a necessidade dum entendimento convencional da expressão «simulação das deliberações»: pretendemos significar com ela «simulação *lato sensu* dos actos praticantes mediante deliberação».

§ 4.º — Espécies de simulação

I — Simulação absoluta

17 — Noção. 18 — Exemplos. 19 — Amortização simulada. 20 — Exclusão simulada. 21 — Alterações simuladas do pacto social. 22 — Transformações simuladas. 23 — *Apport* simulado.

17. Há que aplicar aqui a distinção dada pela teoria geral entre simulação absoluta e simulação relativa. A simulação é absoluta quando na aparência se realiza uma deliberação mas de facto os interessados não querem aquilo que deliberaram; e nem querem por detrás da deliberação praticar dissimuladamente qualquer outro acto jurídico.

18. O fim preponderante da simulação é causar dolosamente um prejuízo aos credores, privando-os de elementos patrimoniais sobre os quais possam tornar efectivo o seu direito. Deste modo, toda

a deliberação que possa originar uma deslocação patrimonial ou de algum modo alterar a esfera patrimonial de certo sócio pode ser praticada simuladamente com vista a prejudicar os seus credores.

A deliberação pode também traduzir-se numa desvalorização do património da sociedade tendo por fim defraudar os credores sociais.

São múltiplos os exemplos que poderiam dar-se de deliberações absolutamente simuladas. Limitamo-nos à enumeração das mais salientes indicando o fim prático que as determina.

19. Pode ser simulada a deliberação de amortizar a quota de um sócio.

Será um meio de proceder à aparente eliminação de um valor penhorável do seu património.

20. Nas mesmas circunstâncias se pode dar a exclusão de um sócio que não subscreveu integralmente a sua quota, nos termos do § 1.º do art.º 21.º da lei das sociedades por quotas.

21. Tendo em vista conseguir a depreciação duma quota cujo titular se encontra em risco de execução podem verificar-se deliberações sociais simuladas que tenham por objecto realizar alterações no pacto social com aquela finalidade.

22. É especialmente grave a alteração do pacto social que conduz a uma transformação duma sociedade de responsabilidade limitada em sociedade em nome colectivo. O regime de moratória forçada de que beneficiam as quotas desta sociedade em caso de execução pode constituir incentivo para realizar uma deliberação social simulada que tenha por objecto tal transformação.

23. A sociedade pode deliberar simuladamente uma chamada de prestações suplementares. E por este meio virá a deter uma fictícia titularidade de bens.

A impugnação da contribuição social simulada imposta por uma tal deliberação interessa aos credores pessoais do sócio para obter a reversão dos bens para o património deste.

II — Simulação relativa

24 — Noção; exemplos. 25 — Amortização simulada. 26 — Liquidação simulada. 27 — Aprovação simulada de balanços. 28 — Accionistas aparentes e fiduciários.

24. A simulação diz-se relativa quando sob a aparência do acto que deliberam os interessados pretendem praticar um acto diferente, que fica oculto o acto dissimulado. Esta pode ainda ser de duas espécies: *total*, quando os dois actos são de espécie diferente (v. g. compra a venda e doação); *parcial* quando os dois actos, o simulado e o dissimulado, são da mesma categoria divergindo apenas por alguns dos seus elementos (v. g. simulação de preço).

Também é impossível fazer uma enumeração exaustiva de todos os casos de simulação relativa nas deliberações sociais.

Apontamos os que nos parecem mais importantes.

25. Pode deliberar-se, unilateralmente ou por acordo, mas simuladamente, uma amortização de quota por valor muito superior ao real. O acto oculto é, ao menos parcialmente, uma liberalidade. Estamos diante da figura do chamado *negotium mixtum cum donatione* a cujo regime é de aplicar a teoria dos negócios mistos (doutrina da combinação e doutrina da absorção).

26. A forma de liquidação dos bens duma sociedade dissolvida depende de deliberação dos sócios. Podem assim estes, através de deliberações simuladas realizar encobertamente atribuições patrimoniais gratuitas em benefício de um sócio sujeito à execução dos seus credores.

27. A clareza e precisão do balanço, implicitamente exigida no art.º 29.º do Código Comercial pressupõe a enumeração completa e fiel de todos os elementos que compõem o activo e o passivo do património social; e a avaliação exacta de cada um dos elementos discriminados. No sistema do direito alemão há uma minuciosa regulamentação respeitante à organização do balanço; ao contrário, no sistema dos códigos latinos, tudo se contém no princípio vago e amplo da veracidade do balanço. As regras dadas pela ciência contabilística

para a avaliação dos elementos patrimoniais não podem considerar-se vinculantes. A Assembleia Geral, na aprovação do balanço apenas se encontra limitada pelo vago princípio da veracidade que só quebra quando se rompem os limites discricionários de toda a valoração, se ocultam bem ou se discriminam bens inexistentes. A simulação pode dar-se ou na avaliação dos elementos patrimoniais discriminados no balanço ou por ocultação pura e simples de alguns desses elementos. Este último caso é frequente e constitui um meio destinado a aumentar a estabilidade financeira da sociedade. Mas não é isento de inconvenientes: entre outros males cria uma incógnita na situação patrimonial da empresa favorecendo a especulação sobre as acções.

O meio de obstar a esta discordância entre a aparência e a realidade estará em impugnar a deliberação da assembleia geral que aprovou o balanço.

28. Em lugar de viciar a natureza ou conteúdo do acto jurídico a simulação pode incidir sobre as *personas* que nele intervêm aparecendo como parte quem o não é. A interposta pessoa figura como sujeito aparente do acto mas não tem qualquer interesse no negócio jurídico que pratica. O seu fim é apenas permitir que se efectuem por seu intermédio os actos que o verdadeiro sujeito não quer ou não pode realizar. Também as deliberações sociais são campo aberto a esta figura.

É que nos termos do § 3.º do art.º 183.º do Código Comercial nenhum sócio, qualquer que seja o número das suas acções, poderá representar mais da décima parte dos votos conferidos por todas as acções emitidas nem mais de uma quinta parte dos votos que se apurarem na assembleia geral. Ora os grandes accionistas procuram frequentemente iludir este preceito restritivo mediante a transmissão simulada de parte das suas acções para um «testa de ferro» que intervém na assembleia geral. Note-se, porém, que aqui a figura da interposição de *personas* não é referida à própria deliberação social, mas à emissão de voto. É o voto que é exercido simuladamente por interpostas *personas*.

Outras vezes, porém, o intermediário é detentor real, e não simulado das acções. Mas por virtude de um pacto fiduciário está obrigado a fazer um uso determinado dos poderes que lhe são transmitidos.

É o que acontece com o accionista fiduciário. Este, como verdadeiro accionista pode legitimamente intervir na assembleia geral. Se, porém, a transmissão fiduciária, feita a seu favor, das acções que detém tiver por finalidade como normalmente terá, violar a lei que limita o número máximo de votos dos grandes accionistas, haverá um negócio fraudulento e portanto nulo, implicando a consequente anulação dos votos emitidos nessas circunstâncias. A anulação dos votos dos accionistas aparente ou do accionista fiduciário que fraudulentamente intervém na constituição das assembleias gerais coloca o problema da subsistência das deliberações aí tomadas.

Para resolver tais problemas haverá que ter em conta as seguintes regras :

- 1.º — Serão nulas as deliberações tomadas nessa assembleia geral, se os votos anulados tivessem sido necessários à formação do *quorum* de funcionamento.
- 2.º — Serão nulas as deliberações tomadas sempre que os votos anulados tivessem sido decisivos para o consequimento da respectiva maioria.

Note-se que as figuras do accionista aparente e do accionista fiduciário não constituem casos de simulação *das próprias deliberações sociais*. Praticamente, porém, enquadram-se dentro do assunto. E por isso aqui nos referimos a eles, embora nisto reconheçamos um certo desvio metodológico.

§ 5.º — Efeitos da simulação

29 — Aplicabilidade da doutrina geral; Efeitos da simulação absoluta. 30 — Efeitos da simulação relativa. 31 — Limites aos efeitos de nulidade do acto aparente.

29. A inexistência de regime próprio conduz-nos a aplicar às deliberações sociais o regime da simulação em geral.

Quanto à simulação absoluta, cai-se na absoluta nulidade do acto aparente por falta de um elemento essencial dos actos jurídicos: a vontade dos declarantes (art.ºs 643.º, n.º 2, 647, 648, 684 do Código

Civil). Esta nulidade pode ser arguida por qualquer interessado, apenas com os limites gerais impostos pelas regras da legitimidade processual. O problema de saber se a simulação pode ser arguida até pelos próprios simuladores encontra-se hoje solucionado em sentido afirmativo por Assento do Supremo Tribunal de Justiça.

30. Na simulação relativa o acto simulado é também nulo por falta de vontade. Quanto ao acto dissimulado será válido ou nulo conforme satisfaça ou não às condições de validade que a lei para ela exija. O acto é tratado como se em vez de oculto tivesse sido praticado sem dissimulação.

Para o reconstituir em todos os seus elementos pode levar-se a investigação mesmo para além das declarações de vontade que se consubstanciam no acto aparente recorrendo às contra declarações que os outorgantes tenham eventualmente trocado entre si.

É necessário manter bem distinta a reconstituição assim feita do acto dissimulado e a chamada conversão dos negócios jurídicos.

Segundo a teoria da conversão, o negócio jurídico nulo pode produzir os efeitos de um negócio diverso do qual contenha os requisitos substanciais e formais quando, em atenção ao fim perseguido pelas partes, deva entender-se que estas o teriam querido se tivessem conhecido a nulidade. Trata-se de uma correcção da qualificação jurídica do negócio, isto é de considerá-lo como um acto distinto daquele que foi realmente celebrado: v. g. compra e venda de imobiliários por simples escrito particular valendo como promessa de compra e venda.

Ora na simulação não é isto o que se verifica. Não há um acto nulo que se transforme num acto válido. O que há é um acto aparente que é nulo e um acto real, oculto, que foi querido pelas partes e que não é a transfiguração do primeiro. Limitar a reconstituição do acto dissimulado aos elementos fornecidos pelo acto aparente seria restringir sem razão a possibilidade de investigar a real vontade dos outorgantes.

31. O acto aparente é nulo. Mas os terceiros podem ter interesse na sua conservação porque tendo porventura orientado a sua vida jurídica, de boa fé, no pressuposto de que tal acto era válido podem ver os seus interesses gravemente afectados pelos efeitos que

rìgidamente derivariam da nulidade do acto. Sendo assim, se estive-rem de boa fé, a simulação não lhes poderá ser oposta.

Exemplo : *A* vende um prédio simuladamente a *B* que, abusando da confiança que nele foi depositada, o vende a *C*. Este, se se encontra de boa fé pode prevalecer-se do acto simulado cuja nulidade lhe não pode ser oposta.

A inatacabilidade da posição jurídica dos terceiros filia-se no princípio da eficácia jurídica da legitimidade aparente. Segundo ele, se uma pessoa com aparente legitimidade celebra um negócio jurídico com um contraente de boa fé, o seu efeito produz-se a favor deste apesar da efectiva falta de legitimidade daquele. A lei, fazendo produzir os efeitos jurídicos dum acto a que falta um elemento essencial — a legitimidade — garante protecção aos interesses do contraente que está de boa fé.

J. DIAS MARQUES