

Processo n.º 36/2008.

Recurso jurisdicional em matéria cível.

Recorrente: A e B.

Recorridas: C.

Assunto: Suspensão de deliberações sociais. *Fumus boni juris. Periculum in mora.*

Prova. Procedimento cautelar. Matéria de facto. Prova de resistência. Ilegalidade do voto.

Data da Sessão: 11 de Novembro de 2008.

Juízes: Viriato Manuel Pinheiro de Lima (Relator), Sam Hou Fai e Chu Kin.

SUMÁRIO:

I – O requerente da providência de suspensão de deliberações sociais não necessita de fazer uma prova completa e cabal do seu direito (a ilegalidade da deliberação) – como terá de fazer na acção principal – mas apenas de demonstrar a **probabilidade séria da sua existência**, o chamado *fumus boni juris* (art. 332.º, n.º 1 do Código de Processo Civil).

II - No que concerne à prova do dano não basta fazer uma prova sumária sendo necessário uma prova mais consistente, traduzida na probabilidade muito forte de que a execução da deliberação possa causar o dano apreciável que, com a providência, se pretende evitar.

III - A violação da lei ou dos estatutos, traduzida no facto de participar na votação de deliberação social quem não podia, não determina necessariamente a invalidade da deliberação se, descontados os votos que foram atribuídos a quem participou indevidamente, não venha a faltar a maioria legal ou estatutariamente necessária para a sua aprovação.

IV - No procedimento cautelar de suspensão de deliberação social, o juiz tem o dever de fazer uma avaliação entre o dano que resulta da execução da deliberação para o requerente e o prejuízo para a sociedade que pode derivar da suspensão. E deve recusar a suspensão da deliberação, ainda que esta seja ilegal, se a suspensão causar prejuízo superior ao que pode derivar da execução, nos termos do n.º 2 do artigo 342.º do Código de Processo Civil.

V - A questão de saber se um ou mais factos constituem receio de lesão grave e dificilmente reparável ao direito, o chamado *periculum in mora* (n.º 1 do art. 326.º do Código de Processo Civil) integra uma conclusão de matéria de facto.

O Relator,

Viriato Manuel Pinheiro de Lima

**ACORDAM NO TRIBUNAL DE ÚLTIMA INSTÂNCIA DA REGIÃO
ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE MACAU:**

I – Relatório

O Ex.^{mo} Juiz Presidente do Tribunal Colectivo julgou improcedente a providência cautelar requerida por **A** e **B** – doravante designadas por requerentes – contra **C**, na qual pediam que fosse suspensa a execução das deliberações da Assembleia Geral realizada em 21 de Agosto de 2007, que confirmou as deliberações aprovadas na Assembleia Geral Anual de 30 de Março de 2007, na qual se decidiu sobre a distribuição dos dividendos correspondentes a 35% dos resultados líquidos do exercício de 2006, que totalizam o valor de MOP\$1.985.982.102,00 e sobre a recondução dos membros dos órgãos sociais para o triénio 2007 a 2009.

Interposto recurso pelas requerentes **A** e **B**, o Acórdão do **Tribunal de Segunda Instância** (TSI), de 15 de Maio de 2008, negou provimento ao recurso.

Recorrem, novamente, agora para o **Tribunal de Última Instância** (TUI), as requerentes, formulando as seguintes conclusões úteis:

Participaram e votaram na Assembleia Geral (AG) impugnando pessoas

relativamente às quais existem sérias dúvidas de que sejam accionistas da Requerida, por haverem adquirido tal qualidade em violação flagrante da lei e dos estatutos.

Não se sabendo quem são os accionistas (no que se refere a alguns participantes da AG) e/ou qual o verdadeiro número de acções que detêm, podem (em termos de mera probabilidade) os dividendos ser distribuídos a quem não é accionista da sociedade ou serem atribuídos a determinado sócio em quantidade (percentagem) superior à devida.

Como consequência imediata da deliberação tomada, dando-se o caso de que alguns dos accionistas aparentemente ilegais serem também administradores da requerida, existe, também em termos indiciários, o risco de virem a ser tomadas novas deliberações por administradores que, pelo menos, podem não ter essa qualidade, por não serem também accionistas.

Segundo o teor do ofício da DICJ do Governo da RAEM, não existem nos seus arquivos qualquer informação ou documentação relativos à transmissão de acções da sociedade requerida a favor das sociedades D, E, F e G, não podendo portanto a DICJ certificar as datas e os despachos da autorização das transmissões nem tendo conhecimento de que tais autorizações tenham sido proferidas.

A D interveio na AG assumindo a qualidade de accionista da requerida alegadamente detentora de 22.861 acções representativas de 26,82% do capital social da requerida, de entre as quais 780 acções, foram alegadamente adquiridas ao accionista H; e 3.696 acções à

sociedade E.

A AO interveio na AG na qualidade de detentora de 23,623 acções correspondentes a 26,58% do capital social da requerida, por as ter adquirido alegadamente ao I 3.621 acções; à F 18.001 acções; e à G 2.001 acções.

A sociedade E interveio na AG na qualidade de detentora de 8.189 acções, representativas de 9,61% do capital social da requerida;

Desaparecido o Livro de Registo das Acções e até agora não foi ainda reconstituído, sendo que, nos termos do artº 195º do Código Comercial e artº 15 dos Estatutos da sociedade requerida, só os sócios têm direito de participar nas deliberações sociais.

E nos termos do artº 14º da Lei n.º 6/82/M de 29MAIO e da Lei nº 16/2001 de 19SET, as transmissões das acções da sociedade carecem da autorização do Governo, sob pena de nulidade.

Assim, face à informação reportada no ofício da DICJ, existem indícios da ilegalidade das deliberações em causa, resultante da circunstância de terem nelas votado pessoas intituladas accionistas, mas provavelmente não accionistas, por terem adquirido acções mediante negócios não autorizados pelo Governo de acordo com o comando legal daqueles diplomas legais de 1982 e 2001.

Ao abrigo do disposto no artº 341º/1 do CPC, o que a lei exige é que da execução da

deliberação possa resultar dano apreciável, sendo uma exigência mais branda em comparação com a regra geral na matéria de procedimentos cautelares comuns definida nos artºs 326º/1 do CPC;

O dano apreciável, como requisito legal da providência cautelar de suspensão de deliberação social, não é a possibilidade de prejuízos que a deliberação ou a sua imediata execução em si mesma causará, mas sim a possibilidade de prejuízos imputáveis à demora do processo judicial e ao retardamento da sentença nele proferida.

É manifesta a possibilidade da existência de danos quando os dividendos forem distribuídos a estranhos, não accionistas, e os órgãos sociais forem ocupados por estranhos ou por pessoas eleitas por estranhos e as actividades da empresa forem conduzidas por estes estranhos ou por pessoas escolhidas por estes estranhos, enquanto não forem resolvidas, pela decisão transitada em julgado nos meios normais de uma acção judicial, estas questões sobre a qualidade dos destinatários daquela grande porção de dividendos e sobre a qualidade daqueles que foram eleitos para gerir e tripular a sociedade requerida.

Verificando-se assim todos os requisitos exigidos no artº 341º/1 do CPC, é de atender o pedido formulado pelas requerentes devendo decretar, como se requer, a providência cautelar da suspensão de deliberações sociais.

A afirmação do TSI de que «o regime de autorização previsto pela supra citada lei 6/82/M - justamente aquela cujo regime é invocado pelas ora Recorrentes para justificar as

dúvidas relativas à qualidade de vários accionistas da ora Requerida - não apenas não se acha em vigor, como, mais do que isso, deixou de ser substancialmente aplicável à transmissão de participações sociais no capital da ora Recorrida a partir do momento em que a mesma deixou de ser titular da concessão da exploração dos jogos de fortuna ou azar em casino, em 31 de Março de 2002» também não tem a expressão e extensão que se lhe pretende atribuir, sabido que o art.º 17.º, n.º 7 da Lei 16/2001, de 19 de Setembro veio igualmente estatuir que «a transmissão ou oneração, a qualquer título, da propriedade ou outro direito real sobre acções da concessionária e bem assim a realização de quaisquer actos que envolvam a atribuição do direito de voto ou outros direitos sociais a pessoa diferente do seu titular carecem de autorização do governo, sob pena de nulidade».

II – Os factos

Os factos considerados provados pelos Tribunais de 1.ª e Segunda Instâncias, são os seguintes:

A 1ª Requerente é sócia e accionista da C (docs. nºs 1 a 3) (facto do artigo 2º).

Desde 1983, a 1ª Requerente é directora e accionista principal da sociedade designada por B, aqui 2ª Requerente (facto do artigo 3º).

A Requerida perdeu o Livro do registo da acções (facto do artigo 6º).

A C é uma sociedade anónima com o capital social de MOP\$85,250,000.00, com sede na RAEM (certidão comercial junta sob doc. n.º 50) (facto do artigo 8º).

No dia 21 de Agosto de 2007, pelas 16H00M, na Sala do Hotel, realizou-se a AG Extraordinária da Requerida com a seguinte ordem de trabalhos:

Ponto 1: Discussão e deliberação sobre proposta de venda de quota representativa de 25% do capital da J à accionista K;

Ponto 2: Confirmação das deliberações tomadas na reunião ordinária da Assembleia Geral de 30 de Março de 2007 (facto do artigo 15º).

O objecto do ponto 1 da agenda de trabalhos veio a ser retirado (facto do artigo 16º).

A matéria do ponto 2 da agenda veio a ser aprovada, com os votos contra das ora Requerentes e os votos favoráveis de todos os outros presentes (facto do artigo 17º).

Foram do seguinte teor as deliberações tomadas na Assembleia Geral da C de 30 de Março de 2007, agora confirmadas:

1. Aprovar o balanço, a conta de ganhos e perdas, o relatório do Conselho de Administração e o parecer do Conselho Fiscal relativos ao exercício de 2006, havendo sido aprovada, também, a proposta apresentada pelo CA na forma de distribuição dos lucros líquidos distribuíveis que totalizam MOP\$1,985,982,102.00, de acordo com as contas examinadas pelo auditor, L; assim, 35% serão distribuídos como dividendos pelos

accionistas, devendo 15% ser distribuídos aos accionistas titulares de acções privilegiadas e 20% aos accionistas titulares de acções privilegiadas e ordinárias e o restante montante do rendimento líquido apurado transitar para a conta de resultados transitados.

2. Aprovar a proposta apresentada pela accionista M no sentido de serem reeleitos os membros dos órgãos sociais da Sociedade em exercício até 31 de Março de 2007 para o triénio 2007 a 2009, pelo que foi aprovada a recondução de todos os membros dos órgãos da mesa da AG, do CA e do CF (doc. n.º 53) (facto do artigo 18º).

Encontravam-se presentes, os intitulados accionistas: D; AO; E; K; N; O; P, por si e em representação de Q; R, por si e em representação de S e T; U; M por si e em representação de V; X; Y; Z; AA e AB, para além das Requerentes, dando-se por confirmado o quorum necessário para tomar as deliberações (facto do artigo 19º).

Assim, foi confirmada a recondução de todos os membros dos órgãos sociais da Sociedade Requerida:

Mesa da Assembleia Geral

Presidente: AC

Secretário: AD

Conselho de Administração

Presidente: E representado por AE

Administrador-Delegado: Q

Administrador: O

Administrador: M

Administrador: AO representada por AF

Administrador: R

Administrador: V

Administrador: X

Administrador: D representada por P

Conselho Fiscal

Presidente: U

Membro: N por AG

Membro/Auditor: AH

Secretários:

Secretário-Geral: AD

Vice-Secretário Geral: AI

AJ (facto do artigo 20º).

As Requerentes impugnaram as deliberações sociais agora confirmadas através de uma providência cautelar intentada em 9 de Abril de 2007, a que veio a caber o nº CV3-07-0028-CAO/A e através da acção ordinária com o nº CV3-07-0028-CAO, ambas a correr termos pelo Tribunal Judicial de Base (docs. nºs 56 e 57), tendo as Requerentes desistido do recurso da sentença proferida nos autos de CV3-07-0028-CAO-A, que julgou improcedente o pedido (facto do artigo 21º).

O ofício nº XXX/XXXX/XXXX, de 29/9/2006, emitido pela Direcção de Inspecção e Coordenação de Jogos de Macau, informa: «(...) não existem nos nossos arquivos qualquer informação ou documentação relativas à transmissão de acções da C. (ex-concessionária de jogos de fortuna e azar) a favor de:

- D.

- E.

- F.

- G.

Pelo exposto, não pode esta direcção de serviços certificar as datas e os despachos em que o Governo de Macau autorizou a transmissão das acções ao abrigo da Lei n.º 6/82/M, de 29 de Maio, nem tem conhecimento de que tais autorizações tenham sido proferidas» (doc. n.ºs 59) (facto do artigo 45.º).

III – O Direito

1. As questões a resolver

Trata-se fundamentalmente de apurar se, tanto o Ex.^{mo} Juiz de 1.ª Instância como o TSI, erraram ao considerar não terem as requerentes demonstrado que as deliberações da Assembleia Geral, de 21 de Agosto de 2007, foram contrárias à lei ou aos estatutos da C e que a execução das deliberações pode causar dano apreciável às requerentes.

Eventualmente, isto é, dependendo do resultado a que se chegar nas questões anteriores, examinar-se-á se, ainda que as deliberações sejam violadoras da lei ou dos estatutos, se a suspensão solicitada pode causar prejuízo superior ao que pode derivar da execução (n.º 2 do artigo 342.º do Código de Processo Civil).

Não se apreciará a questão de saber se as deliberações impugnandas são confirmativas das de 30 de Março de 2007, já que o Acórdão recorrido entendeu conhecer das deliberações, pelo que sendo favorável às recorrentes não podem elas impugnar nessa parte o Acórdão, sendo que a recorrida não deduziu o requerimento a que alude o n.º 1 do artigo 590.º do Código de Processo Civil, aplicável por analogia.

2. A função da tutela cautelar. Os requisitos das providências cautelares

A propósito da função da tutela cautelar, e citando A. ANSELMO DE CASTRO ¹, dissemos no nosso Acórdão de 23 de Julho de 2008 – em que as partes do presente procedimento cautelar também o eram no procedimento onde foi prolatado tal aresto (Processo n.º 23/2008):

«Os procedimentos cautelares nada mais são que simples medidas destinadas a prevenir os perigos da natural demora do julgamento ou do curso de qualquer acção ... A inevitável demora do processo, ou ainda a necessidade de recorrer a ele, não deve ocasionar dano à parte que tem razão: a realização jurisdicional do direito deve proporcionar ao autor satisfação idêntica de interesses à que ele obteria através da realização pacífica e pontual do seu direito. A isto tendem os procedimentos cautelares”.

¹ A. ANSELMO DE CASTRO, *Direito Processual Civil Declaratório*, Coimbra, Almedina, 1981, Volume I, p. 130.

E prosseguimos:

Acrescenta A. ABRANTES GERALDES “A principal função da tutela cautelar² consiste, pois, em neutralizar os prejuízos a suportar pelo interessado que tem razão, derivados da duração do processo declarativo ou executivo e que não sejam absorvidos por outros institutos de direito substantivo ou processual com semelhante finalidade”.

As providências cautelares ou visam acautelar os resultados da acção, mantendo o *statu quo* para que ele se não altere em condições tais que não seja susceptível de reintegração (*medidas conservatórias*), ou antecipam a realização do direito que venha, eventualmente, a ser reconhecido, dada a urgência na sua efectivação (*medidas antecipatórias*).³».

A providência cautelar dos autos visou a primeira das finalidades, teve uma *função conservatória*, teve por objectivo manter as coisas no estado anterior até que a acção principal (visando a declaração de inexistência ou nulidade ou a anulação das deliberações sociais em causa) venha a definir o direito.

Para que possa ser decretada qualquer providência cautelar têm de verificar-se dois requisitos:

i) A existência de um direito de que seja titular o requerente;

² A. ABRANTES GERALDES, *Temas da Reforma do Processo Civil*, Coimbra, Almedina, 2006, volume III, p. 41.

³ A. ANSELMO DE CASTRO, *Direito...*, Volume I, p. 131.

ii) O perigo de lesão desse direito.

Na providência de suspensão de deliberações sociais o **direito** do requerente consiste na *ilegalidade da deliberação social*, por violação da lei, dos estatutos ou do contrato social.

E o perigo de **lesão** desse direito consiste em *dano apreciável* susceptível de ser causado pela execução da deliberação social⁴ (art. 341.º, n.º 1 do Código de Processo Civil).

No mesmo procedimento cautelar de suspensão de deliberações sociais, ainda que se verifiquem aqueles dois requisitos, **o juiz não decreta a suspensão** da deliberação **se esta suspensão “... causar prejuízo superior ao que pode derivar da execução”** (n.º 2 do art. 342.º).

Assim, neste tipo de providências basta que se prove que o prejuízo para a sociedade derivado da suspensão da deliberação é superior ao que pode derivar da execução, para que o juiz não decrete a providência, ainda que a deliberação seja ilegal.

Já no procedimento cautelar comum, para que o mesmo suceda, exige-se mais: que o prejuízo resultante da providência para o requerido **exceda consideravelmente** o dano que com ela o requerente pretende evitar (n.º 2 do art. 332.º do Código de Processo Civil).

⁴ J. LEBRE DE FREITAS, A. MONTALVÃO MACHADO E RUI PINTO, *Código de Processo Civil Anotado*, Volume 2.º, Coimbra Editora, 2001, p. 89.

Para terminar esta breve síntese haverá que recordar que o requerente da providência não necessita de fazer uma prova completa e cabal do seu **direito** (a ilegalidade da deliberação) – como terá de fazer na acção principal – mas apenas de demonstrar a **probabilidade séria da sua existência**, o chamado *fumus boni juris* (art. 332.º, n.º 1 do Código de Processo Civil), o que se compreende, pois os procedimentos cautelares, dada a sua simplicidade e rapidez na tramitação, não permitem uma aprofundada investigação das matérias em causa.

Já no que concerne à prova do dano se entende que não basta fazer uma prova sumária sendo necessário “uma prova mais consistente, traduzida na probabilidade muito forte de que a execução da deliberação possa causar o dano apreciável que, com a providência, se pretende evitar”⁵.

3. Ilegalidade das deliberações. Falta de autorização da entidade concedente à transmissão de acções da C

A ilegalidade das deliberações na qual as requerentes baseiam o pedido consiste no facto de terem participado na Assembleia Geral e votado pessoas que não eram sócios, o que constituiria violação do art. 195.º do Código Comercial e do art. 15.º dos Estatutos da C.

⁵ Sobre esta questões, por todos, J. LEBRE DE FREITAS, A. MONTALVÃO MACHADO E RUI PINTO, *Código...*, Volume 2.º, p. 91.

As requerentes alegam que alguns dos accionistas que participaram nas votações e foram eleitos para os corpos sociais não o são de direito, já que:

- Quanto a D, alegadamente accionista com 22861 acções representativas de 26,82% do capital social, por aquisição de 14261 a Q, de 780 acções a H, em Agosto de 2002 e de 3696 a E, em Setembro de 2002, por as transmissões nunca terem sido autorizadas pelo Governo;

- Quanto a E, alegadamente accionista com 8189 acções representativas de 9,61% do capital social, por aquisição a AK, AL e AM, por as transmissões nunca terem sido autorizadas pelo Governo;

- Quanto à AO, alegadamente accionista com 23623 acções representativas de 26,58% do capital social, por aquisição de 3621 acções a I, 18001 acções a F e 2001 acções a G, por as duas últimas transmissões nunca terem sido autorizadas pelo Governo;

- Quanto a M alegadamente accionista com 100 acções preferenciais representativas de 0,117% do capital social, por aquisição a D por a transmissão nunca ter sido autorizada pelo Governo;

- Quanto a N, alegadamente accionista com 9204 acções representativas de 10,80% do capital social, por as requerentes não conhecerem a situação, por não lhes sido concedido o direito de preferência na aquisição, estatutário;

- Quanto a X, alegadamente accionista com 200 acções representativas de 0,23% do capital social, por as requerentes não conhecerem a situação, por não lhes sido concedido o direito de preferência na aquisição, estatutário;

- Quanto a V, alegadamente accionista com 200 acções representativas de 0,23% do capital social, por não se ter procedido ao registo dessas acções no livro de registo respectivo.

O Ex.^{mo} Juiz de 1.^a Instância aceitou que aparentemente o Governo não autorizou as transmissões a que se refere o ofício da Direcção de Inspecção e Coordenação de jogos, da C a favor de D, E, F e G.

É certo que o Ex.^{mo} Juiz diz que na providência cautelar não é possível resolver a questão da autorização, mas que há uma aparência de que não houve autorização.

Ora, quanto às apreciações de facto temos que as aceitar, já que em 2.^o grau de recurso (3.^o grau de jurisdição), em matéria cível, o TUI não dispõe, em regra, de poder de cognição em matéria de facto (arts. 47.^o, n.^o 2 da Lei de Bases da Organização Judiciária e 649.^o do Código de Processo Civil).

Pois bem, quando o Ex.^{mo} Juiz diz que na providência cautelar não é possível resolver a questão da autorização, mas que há uma aparência de que não houve autorização, só pode estar a querer dizer – apesar da imprecisão dos termos utilizados – de que no procedimento cautelar não é possível resolver definitivamente a questão, já que tal compete, como é

sabido, à sentença da acção principal, visando a declaração de inexistência ou nulidade ou a anulação das deliberações sociais em causa.

Quando o Ex.^{mo} Juiz diz que há uma aparência de que não houve autorização por parte do Governo, no que toca às transmissões em causa, deveria ter concluído que tal integra, em parte, o requisito da **probabilidade séria da existência do direito**, pois já vimos que se deve exigir apenas uma prova sumária ou perfunctória.

Assim, **para efeitos do presente procedimento – e com as limitações probatórias inerentes a um procedimento cautelar - temos que aceitar a conclusão de facto, de que o Governo não autorizou tais transmissões de acções.**

O Acórdão recorrido não concluiu diferentemente, embora tenha feito considerações que não podem aceitar-se inteiramente. Nos procedimentos cautelares, o juiz não pode eximir-se a investigar factos alegados relevantes, como os de saber se o Governo autorizou ou não determinadas transmissões. Isso seria denegação de Justiça!

O que sucede é que nas providências cautelares, atentos os meios probatórios mobilizados e as possibilidades mais reduzidas de afirmação de direitos e de defesa, o juiz deve bastar-se com uma prova sumária, portanto, menos segura, que a normalmente exigível numa acção declarativa comum, com processo ordinário.

Evidentemente, para a presente providência é inteiramente irrelevante que outras decisões judiciais tenham concluído diferentemente. Não só o pedido e a causa de pedir são

diversas, como a motivação das decisões não faz caso julgado.

Vejamos, então, qual a consequência da falta de autorização governamental relativamente à transmissão das acções.

O artigo 14.º, n.º 2 da Lei n.º 6/82/M, de 29 de Maio, determinava que a transmissão das acções das concessionárias de jogo, entre vivos, a qualquer título, depende de autorização da entidade concedente, sob pena de nulidade.

Como se sabe, a nulidade é de conhecimento oficioso e é invocável a todo o tempo por qualquer interessado (art. 279.º do Código Civil).

Ao contrário do que alega a requerida, nada existe no regime daquela nulidade que aponte para que a nulidade só possa ser conhecida pela entidade concedente.

Esta Lei entrou em vigor no 6.º dia após a publicação, nos termos do artigo 73.º do Estatuto Orgânico de Macau, ou seja, em 4 de Junho de 1982⁶.

A anterior lei do jogo não continha semelhante preceito (Diploma Legislativo n.º 1496, de 4 de Julho de 1961).

As requerentes não alegaram que as transmissões foram feitas entre 4 de Junho de 1982 e 31 de Março de 2002, data em que a C deixou de ser concessionária da exploração

⁶ Sobre a questão da entrada em vigor dos actos normativos dos órgãos locais, à luz do Estatuto Orgânico de Macau, cfr. JORGE NORONHA SILVEIRA, *O Início de Vigência das Leis no Ordenamento de Macau*, Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, 1991, p. 15 e segs.

de jogo. Aliás, não alegaram em que data ocorreram as transmissões. E cabia-lhes a alegação e a prova, nos termos do artigo 335.º, n.º 1 do Código Civil, porque se tratava de facto constitutivo do seu direito.

Contudo, na oposição à providência requerida, a requerida alegou que:

- D é accionista desde 1982;

- E é accionista desde 1983.

Os factos têm-se como provados, por serem desfavoráveis a quem os alegou (artigo 345.º do Código Civil).

Assim, relativamente D como não se sabe se a transmissão de 1982 aconteceu antes ou depois de 4 de Junho, não é possível concluir que necessitava de autorização governamental, já que só a partir desta data a autorização passou a ser necessária.

Já quanto à E tendo a requerida alegado que a transmissão de acções ocorreu em 1983, ela necessitava de autorização governamental, que não foi dada.

- Quanto à accionista M, no que respeita à transferência de 1997 da D, está ela autorizada (ofício de fls. 1238). E como não se sabe em que data esta Companhia recebeu as acções que depois transmitiu, tem de se concluir que nada aponta para a ilegalidade da posição de accionista de M.

- Quanto à AO, não está em causa a sua qualidade de accionista, já que as requerentes aceitam a validade da transmissão de 3621 acções recebidas de I (4,24% do capital social).

As requerentes alegam que as transmissões de F e G, para a AO, não foram autorizadas pelo Governo, o que se tem de aceitar nos termos já referidos atrás.

Mas a Fundação só foi constituída por escritura de 6 de Junho de 2002 (fls. 1210).

Ora, a partir de 31 de Março de 2002, a C deixou de ser concessionária da exploração de jogo, pelo que não se lhe aplica a disposição paralela ao art. 14.º, n.º 2 da Lei n.º 6/82/M, o n.º 7 do artigo 17.º da nova lei do jogo (Lei n.º 16/2001, de 24 de Setembro), só aplicável às concessionárias de jogo.

Nem se invoque contra isto o n.º 2 do artigo 7.º dos Estatutos da C, segundo o qual “... a transmissão de acções está ainda sujeita às limitações decorrentes do referido Contrato de Concessão ou das suas alterações”.

É que o Contrato de Concessão celebrado entre a Região e a AN em 28 de Março de 2002 (Boletim Oficial, II Série, de 3 de Abril de 2002) não vincula, como é evidente, quem no mesmo não é parte. E a C não é parte no Contrato. Por isso é que se percebe mal o alcance do n.º 5 da Cláusula 16.º deste Contrato, segundo o qual “A concessionária obriga-se a diligenciar no sentido de sujeitar a autorização do Governo a transmissão entre vivos, a qualquer título, da propriedade ou outro direito sobre participações sociais dos titulares de valor igual ou superior a 5% de participações sociais representativas do capital

social dos accionistas da concessionária ...”.

Ora, se não há **lei** a impor autorização do Governo relativamente a transmissão de acções do capital social dos accionistas das concessionárias de jogo, não se vislumbra o real conteúdo da obrigação da concessionária de diligenciar que outrem peça autorização para algo que a lei não admite ...

Logo, não se detecta qualquer problema quanto às transmissões de acções para a AO.

- Quanto a N, alegadamente accionista com 9204 acções representativas de 10,80% do capital social, e quanto a X, alegadamente accionista com 200 acções representativas de 0,23% do capital social, por as requerentes não conhecerem a situação, por não lhes sido concedido o direito de preferência na aquisição, estatutário.

As requerentes confundem a concessão do direito de preferência, que pode ter sido violado, com a qualidade de sócias. Terão de fazer valer os seus direitos pelo meio próprio, mas nada obsta a que aquelas pessoas tenham a qualidade de accionistas.

Quanto a V, alegadamente accionista com 200 acções representativas de 0,23% do capital social, por não se ter procedido ao registo dessas acções no livro de registo respectivo.

A requerida alegou que a transmissão operou após desaparecimento do livro de registo das acções, pelo que havia impossibilidade do registo. E é assim, na verdade.

Em suma, conclui-se que dos intervenientes nas deliberações impugnadas só E, com 8189 acções representativas de 9,61% do capital social, não tinha a qualidade de accionista.

4. Prova de resistência

É indiscutível que, no que respeita à aplicação dos resultados do exercício de 2006 e à eleição dos corpos sociais, só aos sócios das sociedades anónimas compete deliberar [artigo 216.º, alíneas d) e a) do Código Comercial].

A participação na votação de não sócios viola tal comando legal.

Ora, de acordo com a alínea a) do n.º 1 do artigo 229.º do Código Comercial, são anuláveis as deliberações dos sócios que violem qualquer disposição da lei, que não seja nula nos termos do n.º 1 do artigo anterior.

Provavelmente por se ter feito uma interpretação meramente literal desta disposição, nestes autos ainda não se suscitou uma questão jurídica – por isso do conhecimento officioso do Tribunal (art. 567.º do Código de Processo Civil) – que se equaciona assim:

A violação da lei ou dos estatutos, traduzida no facto de participar na votação de deliberação social quem não podia, não determina necessariamente a invalidade da deliberação se, descontados os votos que foram atribuídos a quem participou indevidamente, não venha a faltar a maioria legal ou estatutariamente necessária para a sua aprovação.

É o que a doutrina designa por **prova de resistência** e que foi assim enunciada por VASCO DA GAMA LOBO XAVIER na sua dissertação de doutoramento⁷:

“Na verdade, a violação da lei ou dos estatutos traduzida no facto de participar na votação quem para tanto não possuía direito - v. g., por insuficiência do número de acções de que era titular (cfr., supra, nota 4), por ocorrência de um conflito de interesses susceptível de conduzir à privação do voto, nos termos do § 3.º do art. 39.º da Lei de 11-4-1901, por inexistência dos poderes representativos invocados, por carência de legitimidade, à luz da al. b) do n.º 1 e do n.º 2 do art. 1467.º do CCiv. - não determina necessariamente a invalidade da deliberação respectiva. Este acto não deve considerar-se viciado, na hipótese em que, submetido à chamada «prova de resistência» - ou seja, descontados os votos que foram atribuídos ao sujeito ou sujeitos admitidos indevidamente -, não venha a faltar a maioria legal ou estatutariamente necessária para a sua aprovação. No caso contrário, já a deliberação é de julgar anulável (e para alguns nula, ou mesmo inexistente, por assim dever ela considerar-se quando não tenha por suporte a maioria dos votos do colégio: cfr., infra, al. d) da nota 94 do cap. II, e n.º 48). É certo que o legislador não distingue, ao cominar a invalidade das deliberações tomadas «em oposição às disposições expressas da lei ou contrato social» (art. 146.º do CCom; cfr. também o art. 46.º da Lei de 11-4-1901). Mas representaria um formalismo sem sentido, que os fins da lei não justificam, e que não serviria os interesses de ninguém, atribuir relevo à irregularidade

⁷ VASCO DA GAMA LOBO XAVIER, *Anulação de Deliberação Social e Deliberações Conexas*, Coimbra, Atlântida Editora, 1976, p. 47, nota (20).

em exame, quando esta não falseia a maioria apurada. A solução que acima expusemos é a que de longa data geralmente se perfilha”.

Também RAÚL VENTURA ⁸ defende o mesmo:

“Se alguém foi ilegalmente admitido a emitir o voto, e o emitiu, a deliberação deve, em princípio (v. adiante a prova de resistência), ser anulada. Há um vício que não consiste na falta de maioria, mas sim na *ilegal emissão de um voto*.

Um segunda prova da minha tese encontra-se na «prova de resistência».

Quando o voto é nulo por violação dalguma disposição legal, põe-se o problema de apreciar a influência que o voto nulo tenha tido para a maioria que aprovou a proposta e, por isso, ditou a deliberação, pois pode suceder que, descontados os votos nulos, ainda se mantenha a maioria necessária para a tomada da deliberação. Esta é a chamada «prova de resistência», que no nosso ordenamento aparece no art. 176.º, n.º 2, CC, para os votos em situação de conflito de interesse nas associações, e no art. 58.º, n.º1, al. a) CSC, «a menos que se prove que as deliberações teriam sido tomadas mesmo sem os votos abusivos».

Trata-se, a meu ver, da aplicação de um princípio geral de aproveitamento do acto jurídico, traduzido na regra *utile per inutile non vitiatur*. Parece de elementar bom senso não invalidar uma deliberação por serem nulos votos inúteis para a deliberação ser

⁸ RAÚL VENTURA, *Comentário ao Código das Sociedades Comerciais. Sociedades por Quotas*, Coimbra, Livraria Almedina, 1996, Vol. II, p. 267 e 268.

tomada”.

No nosso Direito também este princípio é acolhido no n.º 2 do artigo 164.º do Código Civil, aplicável às associações, mas manifestamente revelação de um princípio geral:

“Artigo 164.º
(Privação do direito de voto)

1. O associado não pode votar, nem por si nem por meio de representante, nem representar outro associado numa votação, nas matérias em que haja conflito de interesses entre a associação e ele, seu cônjuge ou unido de facto, ascendentes ou descendentes.

2. As deliberações tomadas com infracção do disposto no número anterior são anuláveis se o voto do associado impedido for essencial à existência da maioria necessária.”

Ora, no caso dos autos, as deliberações foram aprovadas, de acordo com o Acórdão recorrido, por accionistas representando mais de 80% do capital social. Descontando os votos de E, com 8189 acções representativas de 9,61% do capital social, as deliberações foram aprovadas com a maioria absoluta dos votos dos accionistas presentes, *quorum* exigido pelo n.º 3 do artigo 20.º dos Estatutos da C.

No caso dos autos, a irregularidade não deriva apenas da **indevida participação na** votação, mas na própria **assembleia**, já que só os accionistas com direito a voto podem assistir às reuniões (artigos 9.º e 11.º dos Estatutos).

E a pessoa indevidamente admitida pode ter intervindo na discussão que precede a emissão de votos, pelo que, “para alguns autores, a participação na discussão de quem carecia de legitimidade para o efeito, enquanto susceptível de afectar o resultado deliberativo, deve, ao menos, em certas circunstâncias, conduzir à invalidade do acto”⁹.

Outros, como SCHOLTZ¹⁰, chamam a atenção para o facto de a presença do estranho poder constringer a livre emissão das opiniões e dos votos, afectando o resultado do procedimento.

Contudo, nada alegaram as requerentes a tal respeito. Não sabemos se a accionista E, por intermédio do seu representante, interveio ou não na discussão dos pontos em questão. Se tal presença constringeu a participação dos restantes accionistas.

De qualquer forma, subscrevemos a opinião de VASCO DA GAMA LOBO XAVIER¹¹ de que “... nada obstava a que a influência de um estranho no convencimento dos votantes se operasse livremente fora da assembleia, e, por conseguinte, nenhuma razão se vê para que tal influência prejudique a validade da deliberação respectiva, quando se exerce no lugar em que mais facilmente pode ser combatida”.

Logo, não são ilegais as deliberações, no que concerne à participação na votação e na

⁹ VASCO DA GAMA LOBO XAVIER, *Anulação ...*, p. 50, nota (20).

¹⁰ Citado por VASCO DA GAMA LOBO XAVIER, *Anulação ...*, p. 50, nota (20).

¹¹ VASCO DA GAMA LOBO XAVIER, *Anulação ...*, p. 50 e 51, nota (20).

própria assembleia de uma pessoa (colectiva) que não é accionista¹².

Mas as deliberações são ilegais numa parte:

- No que concerne à distribuição de dividendos, pelo que respeita à distribuição a entidade que não é accionista, por violação dos artigos 195.º, n.º 1, alínea a) e 197.º do Código Comercial¹³.

- No que concerne à eleição dos corpos sociais, pelo que respeita à eleição de E como Presidente do Conselho de Administração, por violação do artigo 24.º dos Estatutos da requerida.

5. O dano apreciável. A comparação entre o dano que resulta da execução da deliberação para o requerente e o prejuízo para a sociedade que pode derivar da suspensão

O Acórdão recorrido entendeu que *“não se nos antolham quaisquer danos próprios, que possam ser causa na deliberação impugnanda ou na respectiva execução, de que seriam exemplos a diminuição do património ou a obrigação de incorrer em despesas*

¹² Questões diversas e que agora não nos ocupam são as de saber se a mesma solução é de acolher quando (i) alguém foi indevidamente excluído de tomar parte na votação ou (ii) indevidamente impedido de qualquer participação na própria assembleia. Ver VASCO DA GAMA LOBO XAVIER, *Anulação ...*, p. 51 e segs., nota (20).

¹³ Esta questão é suscitada pelas requerentes, não como integrando o bloco de ilegalidade, mas como integrando o requisito do dano. Mas estando suscitada a questão, entende-se poder ser qualificada diversamente, por se tratar de questão de direito.

extraordinárias”.

Considerou, ainda, o Acórdão recorrido, que a paralisação das deliberações, isto é a sua não execução, traria um prejuízo maior para a sociedade.

E acrescentou o Acórdão recorrido que a suspensão da eleição dos corpos sociais causaria prejuízos de maior monta, sendo que se se vier a reconhecer razão às requerentes sempre poderão ser ressarcidas.

Como dissemos atrás, e ao contrário do que alegam as requerentes, no procedimento cautelar de suspensão de deliberação social, o juiz tem o dever de fazer uma avaliação entre o dano que resulta da execução da deliberação para o requerente e o prejuízo para a sociedade que pode derivar da suspensão. E o juiz deve recusar a suspensão da deliberação, ainda que esta seja ilegal, se a suspensão causar prejuízo superior ao que pode derivar da execução, nos termos do n.º 2 do artigo 342.º do Código de Processo Civil.

Assim, embora no procedimento cautelar em causa se não aplique o disposto no n.º 2 do artigo 332.º do Código de Processo Civil (artigo 337.º, n.º 1 do mesmo diploma), aplica-se o princípio do n.º 2 do artigo 342.º do Código de Processo Civil, que é até mais favorável aos interesses dos requeridos, já que se basta com um **prejuízo superior** da suspensão, ao passo que no procedimento cautelar comum a recusa da providência só acontece se o **prejuízo** do requerido for **consideravelmente superior** ao dano que com a providência o requerente pretende evitar.

Como referimos no Acórdão de 23 de Julho de 2008, no Processo n.º 23/2008, “Parece, por outro lado, indiscutível que saber se um ou mais factos constituem receio de lesão grave e dificilmente reparável ao direito, o chamado *periculum in mora* (n.º 1 do art. 326.º do Código de Processo Civil) integra uma conclusão de matéria de facto^{14,15} e sobre tal questão o TUI não se irá pronunciar.

Também a avaliação feita no Acórdão recorrido de que a suspensão causa prejuízo superior ao que pode derivar da execução, nos termos do n.º 2 do artigo 342.º do Código de Processo Civil, constitui conclusão de facto, fora das atribuições do Tribunal de Última Instância.

Assim, tendo este Tribunal que aceitar as conclusões a que chegou o TSI, de que não há dano apreciável para as requerentes das deliberações em causa e que, mesmo que o houvesse, o prejuízo para a requerida da suspensão sempre seria superior ao que derivaria da execução, não se verificam os requisitos para se poder decretar a providência solicitada.

Com o que se confirma o Acórdão recorrido, que manteve a decisão que negou a suspensão da execução das deliberações em causa.

¹⁴ J. ALBERTO DOS REIS, *Código de Processo Civil Anotado*, volume I, Coimbra Editora, 1948, p. 678 e J. LEBRE DE FREITAS, A. MONTALVÃO MACHADO E RUI PINTO, *Código de Processo Civil Anotado*, Volume 2.º, Coimbra Editora, 2001, p. 37.

¹⁵ Especificamente no que toca ao procedimento cautelar de suspensão de deliberações sociais, J. LEBRE DE FREITAS, A. MONTALVÃO MACHADO E RUI PINTO, *Código de Processo Civil Anotado*, Volume 2.º, Coimbra Editora, 2001, p. 91.

IV – Decisão

Face ao expendido, nega-se provimento ao recurso.

Custas pelas recorrentes.

Macau, 11 de Novembro de 2008.

Juízes: Viriato Manuel Pinheiro de Lima (Relator) – Sam Hou Fai – Chu Kin