

Processo n.º 228/2010

(Recurso jurisdiccional administrativo)

Data: 17/Novembro/2011

ASSUNTOS:

- Intermediação financeira via *internet*

SUMÁRIO:

1. Para haver intermediação é necessário que a pessoa, singular ou colectiva, execute actos de compra e venda, por conta de terceiros, de valores ou instrumentos transaccionados nos mercados monetário, financeiro ou cambial, ou aceite ordens dos investidores relativamente a esses valores.

2. A contratação electrónica nesse mundo virtual consuma-se no mais das vezes num simples *click*. Mas a certeza e a segurança jurídica passa por confirmar que esse *click* se verificou, não podendo os Tribunais pactuar com uma mera presunção virtual de actividades de intermediação financeira não autorizadas.

3. Essas actividades têm de ser comprovadas e não basta a disponibilização de formulários para actos de investimento poderem ser operados potencialmente pelos consumidores a partir de um dado *website* para se terem como comprovada actividade de intermediação financeira.

4. Na natureza destes contratos à distância predomina o *princípio da*

aceitação, donde decorre que mesmo a entender-se que a factualidade aponta para uma organização destinada a propor a intermediação financeira esta só se concretiza mediante a aceitação.

5. O princípio da livre apreciação da prova não tem nada a ver com o facto de o Tribunal em sede de recurso poder interpretar os factos diferentemente da entidade administrativa.

O Relator,

João Gil de Oliveira

Processo n.º 228/2010

(Recurso Jurisdicional Administrativo)

Data : 17 de Novembro de 2011

Recorrente: Secretário para a Economia e Finanças

Recorridos: - A
- B
- C

ACORDAM OS JUÍZES NO TRIBUNAL DE SEGUNDA INSTÂNCIA DA R.A.E.M.:

I - RELATÓRIO

O Exmo Senhor Secretário para a Economia e Finanças do Governo da Região Administrativa Especial de Macau vem recorrer da sentença proferida no Tribunal Administrativo que anulou o despacho do ora recorrente, de 18 de Março de 2009, aposto sobre a deliberação n.º 134/CA, de 26.02.2009, do Conselho de Administração da Autoridade Monetária de Macau (AMCM) que, por sua vez, aplicou à recorrente e aos seus responsáveis uma multa de MOP\$250.000,00 (duzentas e cinquenta mil patacas) e a sanção acessória de publicitação da multa aplicada, por violação do disposto no n.º 1 do artigo 118.º do Regime Jurídico do Sistema Financeiro (RJSf), aprovado pelo Decreto-Lei n.º 32/93/M, de 5 de Julho.

Alega, dizendo, em suma:

A sentença não só não indica quaisquer fundamentos de direito, como os poucos e obscuros fundamentos de facto que contém não justificam a decisão de anulação do acto recorrido.

Uma simples leitura da decisão judicial posta em crise permite constatar que não é invocada uma única disposição legal ou qualquer princípio geral de direito, que a sustente.

A sentença limitou-se a emitir um juízo (consentâneo com os outrora recorrentes) relativamente ao acervo probatório distinto do proferido pela Administração, no âmbito do processo instrutor.

No que à reapreciação da prova diz respeito, não só não se expõem os critérios que a nortearam, como também não se explicita o iter cognitivo e decisório.

Nem tão pouco se invoca a norma de direito probatório que se aplicou.

Em face da fundamentação vertida na douda sentença não é possível conhecer as razões essenciais da convicção a que chegou o tribunal.

Nestes termos a sentença é nula, por força do artigo 571.º, n.º 1, alínea b) do CPC, bem como do artigo 76.º do CPAC, porquanto não especifica, com clareza e precisão, os fundamentos de facto e de direito que justificam a decisão posta em crise.

*A douda sentença não teve em consideração, ao decidir-se pelo erro nos pressupostos de facto por insuficiência de prova, que estamos perante um exercício não autorizado de actividades de intermediação financeira **através da internet**.*

Neste domínio imperam o que se usa designar por "contratos electrónicos", ou seja, acordos de vontades em que intervêm meios electrónicos ou informáticos, sendo insufragável a "teoria do contrato sem lei" (vd. António Marques dos santos, "Direito aplicável aos contratos celebrados através da internet e tribunal competente ", in "Direito e Sociedade de Informação, Volume IV).

O exercício de actividades de intermediação financeira através da internet, a partir de Macau, por sociedades que tenham aqui a sua sede e com os contornos da actividade que os outrora recorrentes desenvolviam, não pode escapar ao controlo governativo, o qual é exercido, num primeiro momento, através do mecanismo da autorização prévia estabelecido no artigo 118.º, n.º 1 do Regime Jurídico do Sistema Financeiro, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 32/93/M, de 5 de Julho.

Na "contratação electrónica" os meios electrónicos são utilizados para transmitir a declaração de vontade de uma das partes para a outra.

No caso presente, os contratos estavam redigidos e constavam do web site registado, em Macau, em nome e no interesse dos outrora recorrentes, acessíveis aos potenciais interessados (consumidores), sendo que os comportamentos declarativos destes se consubstanciavam num clique efectuado por estes no computador.

Ao que se apurou estávamos perante o que podemos designar por "Acordos browse-wrap", ou seja, perante contratos em que o utilizador, pela internet, aceita o contrato através de um acto, mais ou menos tácito (por exemplo requerendo uma password para aceder a determinados conteúdos, ou simplesmente visitando o site).

No caso do site dos outrora recorrentes, eram expostos e publicitados determinados

produtos e serviços financeiros, disponibilizando-se aos interessados um formulário que, após ser preenchido, era enviado via internet (factos assentes).

Acresce que o n.º 1 do artigo 3.º da Lei n.º 5/2005 acolheu o princípio da admissibilidade da contratação electrónica, nos seguintes termos: "Ao documento que se apresente em suporte electrónico não podem, por esse facto, ser negados efeitos jurídicos."

Por outro lado, o valor probatório dos documentos electrónicos deve ser analisado à luz do artigo 4.º da Lei n.º 5/2005.

O facto de não se ter considerado esta realidade levou a que a dita sentença passasse à margem do ordenamento jurídico vigente em razão da matéria, mormente da Lei n.º 5/2005, que estabelece o regime jurídico dos documentos e assinaturas electrónicas, das disposições do Código Civil (perfeição da declaração negocial, etc.), do Código Comercial (constituição, registo e funcionamento das sociedades comerciais, etc.), da Lei n.º 17 /92/M (que estabelece o regime das cláusulas contratuais gerais) e demais legislação aplicável in casu, (incluindo o RJSF).

A sentença de que se recorre passou à margem destas disposições legais, pelo que incorre, salvo melhor opinião, no vício de violação de lei.

À luz do princípio da livre apreciação, o órgão administrativo não obedece a critérios formais e rígidos na análise do acervo probatório carreado para o processo instrutor.

Sendo apenas exigível ao órgão administrativo que proceda a um juízo sensato de valor, com observância dos princípios gerais aplicáveis, mormente da legalidade, da prossecução do interesse público e da protecção dos direitos dos particulares, igualdade,

justiça e oportunidade.

No processo instrutor e na decisão punitiva foram observados estes princípios, o que, aliás, o tribunal a quo não põe em causa.

Embora o Tribunal não esteja vinculado à apreciação que o órgão recorrido fez sobre a prova, esta apreciação apenas pode ser posta em causa perante um erro manifesto.

Sendo que é insidicável a apreciação da prova realizada pelo órgão administrativo, que não seja contraditória, ou que demonstre falta de isenção ou probidade.

Ora, constatando-se que a decisão punitiva não padece de nenhum destes vícios, há que considerar a sentença objecto deste recurso como violadora do princípio da separação de poderes.

A temática da existência ou não de prova na contratação electrónica assume contornos muito específicos, tendo presentes os meios que se utilizam para negociação, conclusão e execução dos contratos, como aliás já se referiu acima.

A declaração negocial emitida por via electrónica é considerada um documento escrito, desde que o respectivo conteúdo seja susceptível de representação como declaração escrita e a sua integridade seja demonstrada (ex vi artigo 3.º da Lei n.º 5/2005).

Foi provado que a utilização do site da internet da sociedade outrora recorrente, permitia o acesso directo de residentes da RAEM a transacções relativas a valores financeiros e cambiais, porquanto inexistiam barreiras de acesso que evitassem a subscrição por investidores locais, o server encontrar-se em Macau, bem como os factos de as minutas dos contratos se encontrarem numa das línguas oficiais da RAEM e de nos conteúdos de sítio se

referir que existia uma subsidiária do "XXX Group" em Macau, o que, desde logo, permite estabelecer uma conexão forte com a jurisdição de Macau.

Ora, atendendo às características específicas deste tipo de contratação electrónica, não andou bem, salvo o devido respeito, a sentença, quando alicerçou a "insuficiência de prova", nos termos em que o fez, pelos motivos que passamos a expor.

A contratação electrónica, deste tipo, tem de característico a desnecessidade de as partes coexistirem no mesmo espaço físico, ou seja, a utilização da internet e a comunicação entre as partes por meios electrónicos dispensa a presença física simultânea das partes num mesmo espaço físico.

Em regra, o contrato electrónico merece sempre a qualificação de contrato à distância, aplicando-se-lhe o disposto no n.º 3 do artigo 220.º do Código Civil.

Assim, não é relevante, e muito menos determinante, a presença física da sociedade na RAEM.

Por outro lado, não releva para efeitos de autoria das mensagens electrónicas, quem abriu o site na CTM, em Macau (quem se dirigiu ao prestador de serviços de internet para abrir o site).

O que é facto é que o referido site estava registado em nome da sociedade outrora recorrente e que foi aberto no interesse desta e da sociedade que detém a esmagadora maioria do seu capital social (quase totalidade do capital social).

Do mesmo modo, não é essencial, salvo melhor opinião, na área da contratação electrónica reunir prova, em suporte de papel ou noutro (ainda que informático: CD-ROM,

diskettes, etc.), da efectiva celebração do contrato, este tipo de contrato conclui-se mediante um mero clic no computador, ou por um acto tácito (solicitar uma password para ter acesso a determinados conteúdos ou praticar determinadas operações, como era o caso).

Pelo exposto, a sentença ora posta em crise incorreu em erro notório na apreciação da prova, impondo-se, à luz do artigo 400.º, n.º 2 do Código do Processo Penal, aplicável por remissão do artigo 119.º, n.º 1 do CPAC, a sua revisão.

A fundamentação da sentença é insuficiente porquanto não procedeu à aplicação e à interpretação da legislação aplicável à contratação electrónica, como devia, e muito menos ao exame crítico das provas como obriga o artigo 76.º do CPAC, devendo, também por esta razão, ser anulada, por fundamentação insuficiente.

Termos em que,

Entende dever ser:

A) Declarada a nulidade da sentença recorrida por violação do disposto na alínea b) do artigo 571.º do CPC, aplicável por força do artigo 1.º do CPAC;

B) Ou, caso assim se não venha a entender, ser anulada e ou revista a sentença recorrida por erros de julgamento, por má interpretação da lei aplicável à contratação electrónica e falta de fundamentação (violação do artigo 76.º, do CPAC);

C) Mantendo-se o acto da entidade recorrida.

A, B e C, aqui recorridas, melhor identificadas nos autos, contra alegam, em síntese:

A sentença recorrida não faz mais do que reconhecer que o despacho objecto do recurso padece do vício da insuficiência da matéria de facto para a decisão.

Para o que argumenta, em síntese, que o domínio na internet não foi aberto pelas recorrentes e que não se provou que as mesmas hajam celebrado em seu nome contratos de investimento cambial em Macau ou que, inclusivamente, tenham praticado qualquer actividade de intermediação financeira através do referido site.

E ainda que o facto de ter sido dada uma morada falsa como sede da recorrente A não é sequer suficiente para concluir pela prática de quaisquer actos ilegais.

Para a sentença recorrida, portanto, não constam do texto do despacho objecto do presente recurso todos os factos pertinentes à subsunção do n.º 1 do artigo 118º, conjugado com a alínea c) do artigo 1º, ambos do Decreto-Lei n.º 32/93/M, de 5 de Julho, por falta ele apuramento de matéria, e faltam no mesmo elementos que, podendo e devendo ser indagados ou descritos, impossibilitam, por sua ausência, um juízo seguro de direito de condenação.

Tal juízo não pressupõe qualquer reapreciação da prova mas apenas a simples aplicação dos factos ao direito.

Pelo que, naturalmente, a sentença não é, de forma alguma, nula.

É falso que a sentença recorrida não haja tido em consideração a possibilidade de se estar perante actividades de intermediação financeira não autorizadas exercidas através da internet.

O que importa saber é se, com base nos factos tidos por assentes, a recorrente A prestou, efectivamente, sem prévia autorização do Governo de Macau, serviços de

investimento em valores ou instrumentos transaccionados nos mercados monetário, financeiro ou cambial, incluindo a recepção e a transmissão de ordens por conta de terceiro, a execução de ordens por conta de terceiro, a gestão de carteiras por conta de terceiro e a colocação em ofertas públicas de subscrição, a mediação em transacções sobre valores ou instrumentos nos mercados monetário, financeiro ou cambial, a mera aceitação de ordens dos clientes/investidores relativamente a valores ou instrumentos transaccionados nos mercados monetário, financeiro ou cambial, tais como operações através de conta margem (margin trading, bullion trading, etc.).

O n.º 1 do artigo 118º, conjugado com a alínea c) do artigo 1.º, ambos do Decreto-Lei n.º 32/93/M, de 5 de Julho, não proíbe pessoas - a recorrente A - de promover, através do acesso a sítios alojados na CTM, o exercício da actividade de outras pessoas - a A.

Não consta da matéria provada nos autos que a recorrente A promoveu e aceitou, através do seu sítio da internet www.KSL-cur.com aberto em Macau no período compreendido entre Outubro e Novembro de 2007, de modo habitual e com o intuito lucrativo, ordens de eventuais clientes da sua sócia A relativamente a valores transaccionados nos mercados financeiros.

A sentença recorrida não incorre, por isso, no vício da violação da lei.

A decisão objecto do presente recurso contencioso padece, porém, de erro manifesto.

Ao subsumir os factos ao direito, a sentença recorrida não violou, como tal, o princípio da separação de poderes.

Igualmente, da subsunção dos factos ao direito não resulta, por todo o exposto,

qualquer erro notório na apreciação daqueles.

Nestes termos, concluem, deve manter-se integralmente a decisão proferida.

O Digno Magistrado do MP emite o seguinte duto parecer:

Assaca a entidade recorrente à douda sentença em crise falta de fundamentação, erro notório na apreciação da prova e ofensa do princípio da separação de poderes.

Cremos, porém, que, sem qualquer razão.

Desde logo, em face do expressa e claramente vertido naquele aresto, é possível, sem qualquer dificuldade, apreender as razões, de facto e de direito, que sustentaram a decisão de anulação do acto administrativo, as quais se prendem, sinteticamente, com o facto de se não ter logrado comprovar a exploração da actividade de intermediação financeira por parte dos recorridos, inexistindo qualquer prova que "os recorrentes, em seu nome próprio, tenham celebrado com clientes o contrato para proceder ao investimento de divisa mediante conta de "mergin", e explorado a dita actividade em Macau", não se conseguindo provar que "os recorrentes, através do referido website, tivessem praticado qualquer actividade relativa à intermediação financeira" e, "não obstante os recorrentes terem declarado um domicílio falso e qual a finalidade da sua criação também nos leva a duvidar, não se pode presumir, com base nisso, que os mesmos tenham praticado acto de infracção administrativa ora sancionado", ficando-se, pois, através de tal explanação, em perfeitas condições de apreender, com clareza e precisão, os motivos que justificaram a decisão e o "iter" cognoscitivo e valorativo empreendido pelo julgador, com escrupuloso respeito, a tal propósito, do previsto

no artº 76º, CPAC, sendo que o facto de nos encontrarmos face à denominada "contratação electrónica", com a suas especificidades e regulamentação típica, em nada invalida a asserção da suficiência, clareza e congruência da motivação externada pela decisão em escrutínio.

Depois, sendo certo que no exercício de actividades de intermediação financeira através da "internet", a "contratação electrónica" assume contornos específicos, sendo os contratos redigidos no "website" acessíveis aos potenciais interessados, consubstanciando-se, por norma, os seus comportamentos declarativos num mero "click" no computador e sendo também verdade ter-se comprovado que no "site" dos recorridos eram expostos e publicitados determinados produtos e serviços financeiros, disponibilizando-se aos interessados um formulário que, após preenchido, era enviado, via "internet", convirá não esquecer que a sanção administrativa aplicada tem por reporte uma norma própria o nº 1 do artº 18º do Dec. Lei 32/93/M de 5/7 -, que condiciona o exercício da actividade própria de intermediação financeira a prévia autorização pelo executivo, sendo essa intermediação financeira definida na al. c) do artº 1º daquele diploma, como o exercício habitual e com intuito lucrativo "de actividades de compra e venda, por conta de terceiros, de valores ou instrumentos transaccionados nos mercados monetário, financeiro ou cambial, ou da mera aceitação de ordens dos investidores relativamente a esses valores.

Ora, foi de tal actividade que o julgador "a quo" entendeu, no caso vertente, não ter sido efectuada prova devida. Tão só.

E, "malgré" as especificidades e contornos típicos da "contratação electrónica" a que a recorrente abundantemente alude, aquele juízo apresenta-se lógico e coerente, não se descortinando que tenha o tribunal decidido contra o que ficou provado ou não provado,

contra as regras da experiência ou em desrespeito dos ditames sobre o valor da prova ou das "legis artis", pelo que se não alcança onde ocorra o assacado notório erro na apreciação da prova.

Finalmente, ao reportar-se à actividade da administração, no caso, "à luz do princípio da livre apreciação" da análise do acervo probatório carreado para o instrutor, apenas podendo essa apreciação ser posta em causa "perante erro manifesto", aparenta a recorrente reportar-se ao exercício de poder discricionário, quando, tratando-se, como se trata, de acto sancionatório, se não vê que a mesma se não encontre vinculada à demonstração dos elementos constitutivos da infracção.

Seja como for, como a própria acentua, em caso de recurso contencioso, o tribunal não está vinculado à apreciação que o órgão administrativo tenha feito da prova recolhida, podendo o julgador formular o seu próprio juízo a propósito dos factos e elementos que o processo forneça, inculcado por uma certeza subjectiva e positiva convicção àcerca da forma como os mesmos ocorreram, não carecendo da existência de "erro manifesto" para tal abordagem.

Ora, foi precisamente o que sucedeu.

Analizando o acervo probatório carreado para os autos, o julgador "a quo" entendeu não comportar o mesmo a comprovação dos necessários pressupostos para a condenação alcançada.

Donde, não se vislumbrar onde, a esse propósito, a decisão questionada tenha ofendido a separação de poderes.

Tudo razões por que, somos a pugnar pela manutenção do decidido.

Foram colhidos os vistos legais.

II - FACTOS

Com pertinência, têm-se por assentes os factos seguintes:

Resulta dos autos a factualidade seguinte:

“No dia 24 de Outubro de 2007, a Autoridade Monetária de Macau recebeu e-mail que procurou saber informações sobre o serviço de intermediação financeira prestado pela sociedade A.

No dia 31 do mesmo mês, a Autoridade Monetária de Macau deu resposta ao respectivo e-mail indicando que a supracitada sociedade não está inscrita na Autoridade Monetária de Macau e, qualquer instituição financeira só pode exercer actividade financeira desde que seja reconhecida pela referida autoridade monetária.

No dia 17 de Julho de 2008, pessoal da Autoridade Monetária de Macau deslocou-se ao endereço sito na Rua Formosa, n.º27-31, Edifício “XXX”, 14º e 15º andar “E”, conforme declarado pela referida sociedade. a fim de efectuar uma averiguação *in loco*.

Durante a averiguação, verificou-se que as fracções acima referidas se destinavam à habitação, bem como, a sociedade em questão não se encontrava em funcionamento naquelas fracções, nem os moradores ali conhecem a sociedade em questão.(vd. Apenso 1. fls. 124 a 131)

No dia 4 de Setembro de 2008, a Autoridade Monetária de Macau deliberou instaurar processo de infracção contra a sociedade A e os seus sócios/elementos de órgão administrativo: A, B e C (vd. Doc. 1, a fls. 317, cujo teor aqui se dá por integralmente reproduzido).

No dia 8 de Outubro de 2008, instrutor da Autoridade Monetária de Macau elaborou auto de infracção n.º4/2008 (vd. Apenso 1, a fls.323, cujo teor aqui se dá por integralmente reproduzido).

No dia 6 de Novembro de 2008, o Conselho de Administração da Autoridade Monetária de Macau mandou a publicação do edital, a fim de notificar todos os recorrente para apresentarem

contestação.

No dia 27 de Novembro de 2008, os recorrentes apresentaram contestação junto da Autoridade Monetária de Macau (vd. Apenso 2, a fls.455 a 463, cujo teor aqui se dá por integralmente reproduzido).

No dia 6 de Fevereiro de 2009, instrutor da Autoridade Monetária de Macau elaborou relatório final (vd. Apenso 2, a fls. 525 a 538, cujo teor aqui se dá por integralmente reproduzido).

No dia 10 de Fevereiro de 2009, a Autoridade Monetária de Macau oficiou a todos os recorrentes para que apresentassem opinião face ao relatório final acima referido (vd. Apenso 2, a fls.539, cujo teor aqui se dá por integralmente reproduzido)

No dia 18 do mesmo mês, os recorrentes apresentaram suas opiniões à Autoridade Monetária de Macau (vd. Apenso 2, a fls.598 a 604, cujo teor aqui se dá por integralmente reproduzido)

No dia 26 de Fevereiro de 2009, o Conselho de Administração da Autoridade Monetária de Macau deliberou sugerir ao Exm.º Senhor Secretário para Economia e Finanças que fosse aplicada a multa de MOP250.000,00 à sociedade A e aos seus sócios/elementos de órgão administrativo: A, B e C, e publicada a respectiva sanção nos dois dos jornais da RAEM, pela violação do art.º 118º, n.º1 do Regime Jurídico do Sistema Financeira (vd. Apenso 2, a fls. 639 a 649, cujo teor aqui se dá por integralmente reproduzido).

No dia 18 de Março de 2009, o Secretário para Economia e Finanças concordou com a deliberação e nela proferiu despacho.

Os recorrentes, em 22 de Abril de 2009, interpuseram recurso contencioso para este Tribunal Administrativo.”

III - FUNDAMENTOS

1. O ponto fulcral da discussão está em saber se os ora recorridos celebraram contratos de investimento ou intermediação financeira em Macau, nomeadamente através da *internet*, sem prévia autorização do Governo.

2. Depois de uma exaustiva análise à factualidade constante dos autos que transcreveu na sentença, dando ainda por reproduzida a matéria fáctica do P.I., o mmo Juiz a quo fez consignar o seguinte:

“Segundo os factos provados e não provados aqui reproduzidos, o presente Tribunal concorda com o parecer do digno Delegado do Procurador junto deste Tribunal, considerando que todos os factos não dão suficientemente para dar provado o facto da exploração de actividade de intermediação financeira por parte dos recorrentes sem prévia autorização administrativa.

Em primeiro lugar, o referido website ora acusado de servir de plataforma da referida actividade, cujo registo foi feito por uma empresa de contabilidade de Hong Kong.

Não há qualquer prova que os recorrentes, em seu nome próprio, tenham celebrado com clientes o contrato para proceder ao investimento de divisa mediante conta de “margin”, e explorado a dita actividade em Macau.

Nem se conseguiu provar que os recorrentes, através do referido website, tivessem praticado qualquer actividade relativa à intermediação financeira.

Não obstante os recorrentes terem declarado um domicílio falso e qual a finalidade da sua criação também nos levar a duvidar, não se pode presumir, com base nisso, que os mesmos tenham praticado acto de infracção administrativa ora sancionado.

Assim sendo, o acto recorrido padece do vício de erro nos pressupostos de facto, devendo ser anulado.”

3. Da alegada não especificação dos fundamentos de facto e de

Direito

Alega a entidade recorrente que são insuficientes os factos na sentença proferida.

Como é óbvio a sentença não pode incluir os factos que a recorrente pretende se dêem como comprovados. Se o juiz considerou que os factos integrantes da intermediação financeira e dos actos de investimento não vinham provados, pura e simplesmente não os pode atender.

Não obstante, ressalta da sentença que o Mmo Juiz não se eximiu a uma depurada análise e não deixou de concretizar os factos que considerou provados, enquanto disse *De acordo com os dados constantes do presente processo, o presente Tribunal deu por provados os seguintes factos, transcrevendo-os de seguida.*

Para acrescentar ainda que não deixou de fazer o devido confronto com aqueles que a Autoridade Monetária considerara provados, ao dizer que *Segundo o respectivo processo de sanção administrativa, são os factos seguintes considerados provados pela Autoridade Monetária de Macau, transcrevendo-os de seguida.*

Para acrescentar ainda, com o devido rigor formal, os factos expressamente considerados não provados.

A acusação a essa omissão é, pois, injusta.

Questão diversa é a apreciação que a entidade recorrida possa fazer dos elementos probatórios e tentar convencer que se deviam considerar provados outros factos.

4. O mesmo se diga quanto à fundamentação de direito.

Ainda aqui não tem razão o recorrente. Quando não se prova uma dada infracção, como é que se pode justificar uma absolvição por inverificação dos pressupostos típicos, para além de se dizer que o agente não cometeu este ou aquele facto, ou não se provou que o tivesse cometido?

Sustenta o recorrente que não foi observado o art. 76º do CPAC, mas sem razão.

Do acima exarado, observa-se à saciedade que os requisitos ali mencionados se mostram observados e não se deixa de ser muito claro enquanto se diz por que razão se anulou o acto punitivo: pela razão simples de que considerou os respectivos pressupostos da apontada infracção ao RJSF (artigo 118º, n.º 1 conjugado com a alínea c) do artigo 1º, ambos do Decreto-Lei n.º 32/93/M de 5 de Julho) não provados.

5. Vício de violação de lei

Alega a recorrente que a sentença não teve em consideração, ao decidir-se pelo erro nos pressupostos de facto por insuficiência de prova, que estamos perante um exercício não autorizado de actividades de intermediação financeira através da *internet*.

Neste domínio imperam o que se usa designar por "contratos

electrónicos", ou seja, acordos de vontades em que intervêm meios electrónicos ou informáticos.

Mais chama a atenção de que o exercício de actividades de intermediação financeira através da *internet*, a partir de Macau, por sociedades que tenham aqui a sua sede e com os contornos da actividade que os outrora recorrentes desenvolviam, não pode escapar ao controlo governativo, o qual é exercido, num primeiro momento, através do mecanismo da autorização prévia estabelecido no artigo 118.º, n.º 1 do Regime Jurídico do Sistema Financeiro, aprovado pelo RJSF (Decreto-Lei n.º 32/93/M, de 5 de Julho), como se referiu na decisão punitiva.

No caso presente, os contratos estavam redigidos e constavam do *web site* registado, em Macau, em nome dos ora recorridos, acessíveis aos potenciais interessados (consumidores), sendo que os comportamentos declarativos destes se consubstanciavam num clique efectuado por estes no computador, estando-se perante "Acordos *browse-wrap*", ou seja, perante contratos em que o utilizador, pela *internet*, aceita o contrato através de um acto, mais ou menos tácito (por exemplo requerendo uma *password* para aceder a determinados conteúdos, ou simplesmente visitando o site).

Ora, continua, a sentença recorrida não terá levado em linha de conta com o disposto no ordenamento de Macau no que se refere à extracção de efeitos jurídicos em relação à matéria apurada, invocando violação do n.º 1 do artigo 3.º e 4º da Lei n.º 5/2005.

Sinceramente que não vemos onde reside a violação de lei.

O artigo 3º do citado diploma prevê que

"Ao documento electrónico que se apresente em suporte electrónico não podem, por esse facto, ser negados efeitos jurídicos."

e o artigo 4º

" 1. O documento electrónico susceptível de representação como declaração escrita, ao qual tenha sido aposta uma assinatura electrónica qualificada, faz prova plena das declarações atribuídas ao seu autor, sem prejuízo da arguição e prova da falsidade do documento.

2. Quando não seja susceptível de representação como declaração escrita, o documento electrónico ao qual tenha sido aposta uma assinatura electrónica qualificada tem a força probatória das reproduções mecânicas.

3. O valor probatório de documento electrónico a que não tenha sido aposta uma assinatura electrónica qualificada é apreciado nos termos gerais de direito, salvo existência de válida convenção em sentido diverso.

4. Ao documento electrónico a que seja aposta uma assinatura electrónica qualificada cujo certificado esteja suspenso, revogado ou caducado, ou que não respeite as condições dele constantes, aplica-se o disposto no número anterior."

Ora, se se acompanha a primeira parte da alegação do recorrente, já não vemos onde esteja a violação de lei.

De acordo com o disposto na alínea c) do artigo 1º do RJSF (Decreto-Lei n.º 32/93/M, de 5 de Julho), entende-se por *intermediário financeiro qualquer pessoa, singular ou colectiva, que, de modo habitual e com intuito lucrativo, exerça a actividade de compra e venda, por conta de terceiros, de valores ou instrumentos transaccionados nos mercados monetário, financeiro ou cambial, ou de mera aceitação de ordens dos investidores relativamente a esses valores.*

Aí se incluem actividades diversas tais como os serviços de investimento em valores ou instrumentos transaccionados nos mercados monetário, financeiro ou cambial, incluindo a recepção e a transmissão de ordens por conta de terceiro, a execução de ordens por conta de terceiro, a gestão de carteiras por conta de terceiro e a colocação em ofertas públicas de subscrição, a mediação em transacções sobre valores ou instrumentos nos mercados monetário, financeiro ou cambial, a mera aceitação de ordens dos clientes/investidores relativamente a valores ou instrumentos transaccionados nos mercados monetário, financeiro ou cambial, tais como operações através de *margin trading*, nomeadamente.

O que importa saber é se a recorrente A prestou, efectivamente actos de tal natureza.

Ao contrário do que defende a entidade recorrida, não basta, para se concluir que a recorrente A violou o disposto no n.º 1 do artigo 118º do Decreto-Lei n.º 32/93/M, de 5 de Julho, provar que a mesma promovia a realização de operações de investimento cambial e financeiro através de conta margem no interesse da sócia A, auxiliando à celebração de contratos com os

eventuais interessados, nos termos dos quais os clientes podiam abrir e fechar uma ou mais posições cambiais à vista, em várias moedas, mediante a entrega de determinada margem (depósito-caução em numerário constituída pelo cliente e destinada a cobrir preju ízos, comissões e outras despesas).

Nem tão pouco que aquela forneceu informação essencial à celebração e execução dos contratos de investimento cambial e financeiro.

E que os mesmos contratos podiam ser concluídos numa das línguas oficiais de Macau através do domínio de internet aberto em Macau por residentes de Macau,

Para haver intermediação é necessário que a pessoa, singular ou colectiva, execute actos de compra e venda, por conta de terceiros, de valores ou instrumentos transaccionados nos mercados monetário. financeiro ou cambial, ou aceite ordens dos investidores relativamente a esses valores.

Todos sabemos que a contratação electrónica nesse mundo virtual se consoma no mais das vezes num simples *click*. Mas a certeza e a segurança jurídica passa por confirmar que esse *click* se verificou, não podendo os Tribunais pactuar com uma mera presunção virtual de actividades de intermediação financeira não autorizadas.

Essas actividades têm de ser comprovadas e não basta a disponibilização de formulários para actos de investimento poderem ser operados potencialmente pelos consumidores a partir de um dado *website* para se terem como comprovada actividade de intermediação financeira.

Não nos devemos esquecer que na natureza destes contratos à distância predomina o *princípio da aceitação*¹, donde decorre que mesmo a entender-se que a factualidade aponta para uma organização destinada a propor a intermediação financeira esta só se concretiza mediante a aceitação.

Concretamente onde está o documento assinado electronicamente ou clicado que seja que envolva uma operação que seja? Se a Autoridade Monetária tivesse apresentado casos de contratos ou actos jurídicos integrantes daquela intermediação não teriam com certeza deixado de ser valorados.

Quanto muito estar-se-á perante actos preparatórios de uma actividade de intermediação e não teria sido difícil fazer concretizar uma operação, nomeadamente através de um ensaio por alguém que se candidatasse a investir por essa via, bastando responder via *internet* às propostas disponibilizadas.

A investigação não pode deixar de ser feita e nestes casos ela torna-se muito mais complexa, reclamando as diversas autoridades em termos de Direito Comparado meios que dêem resposta a desafios cada vez mais complexos e com conexões internacionais cada vez mais exigentes.

A sentença é clara ao afirmar que o domínio na *internet* não foi aberto pelas recorrentes e que não se provou que as mesmas hajam praticado qualquer actividade de intermediação financeira através do referido *website*.

E na verdade, para além de uma mera indicição ou preparação dessa actividade não se comprova tal actividade.

¹ - Andrés Dominguez Luelmo, Contratação na Internet, Temas de Direito da Informática e da Internet, Coimbra Editora, 2004, 141

Onde estão as contas bancárias ou a documentação comprovativa dos créditos de tal actividade?

Onde está a lista dos investidores, a identificação de um que seja?

É certo que a liberdade de circulação e a diluição de fronteiras que a *internet* acarreta trazem problemas novos às autoridades também no plano de prevenção criminal. São "inúmeros" os esquemas financeiros fraudulentos que impõe aturada investigação. Além dos que correm no âmbito do combate à criminalidade económica, há ainda processos na unidade que investiga os crimes informáticos.

Os meios de investigação devem ser reforçados como ainda recentemente foi evidenciado pelo Senhor Director da PJ e esse reforço de meios deve passar também pela autoridade reguladora em Macau. Só que esse *deficit* de meios investigatórios não pode passar por uma chancela dos Tribunais, colmatando as insuficiências da investigação com diminuição das liberdades e garantias das pessoas e das empresas.

A sentença recorrida não incorre, por isso, no vício da violação da lei.

6. Violação do princípio da separação de poderes

Sustenta a entidade recorrida que no que respeita a apreciação da prova, vigora, como é consabido, o princípio da livre apreciação.

Seria assim insindicável a apreciação que o órgão recorrido efectuou das provas carreadas para os autos.

Sobre esta questão, é tão manifesta a pobreza da argumentação que nem haverá muito a dizer.

O princípio da livre apreciação da prova não tem nada a ver com o que diz o recorrente, na medida em que retira daí a insindicabilidade da matéria de facto.

Bastaria que o órgão decisor se convencesse sem a mínima base probatória ou com muita base probatória de que o agente teria praticado um crime ou simples infracção para mais não se poder pôr em crise essa convicção.

E evidente que cada qual forma a convicção que quer; só que a lei permite que outros órgãos a sindicuem e procedam a uma reapreciação da matéria de facto, como é o caso dos Tribunais (só em certas circunstâncias expressamente previstas na lei está vedado a certos Tribunais a reapreciação da matéria de facto).

O Tribunal agiu no pleno uso das suas competências, não havendo qualquer violação do princípio de separação de poderes, aliás como decorre do artigo 16º do Dec.-lei n.º 52/99/M, de 4 de Outubro.

7. Vício de erro notório na apreciação da prova

Relacionada com a questão anterior diz a entidade recorrente que houve erro notório na apreciação da matéria de facto, o que implicará a revogação da decisão proferida.

Depois de transcrever a matéria fáctica já acima referenciada, conclui no sentido da integração dos pressupostos que levaram à punição por si determinada.

Mas continuamos a reafirmar o que já acima dissemos e assim que não houve erro, antes uma forte dúvida suscitada pelo Tribunal, análise em que não divergem os agentes do MP nas diversas instâncias, no sentido de afastar uma convicção firme quanto à verificação da comprovação de uma real actividade de intermediação financeira.

É certo que a utilização deste domínio da *internet*, podia permitir o acesso directo de residentes da RAEM a transacções relativas a valores financeiros e cambiais, porquanto inexistiam barreiras de acesso que evitassem a subscrição por investidores locais, o *server* encontrava-se em Macau, as minutas dos contratos encontravam-se numa das línguas oficiais da RAEM e os conteúdos do sítio referiam que existia uma subsidiária do "XXX Group" em Macau, de tudo isto retirando o recorrente uma conexão forte com a jurisdição de Macau, suficiente para que, *in casu*, se aplique a lei de Macau.

Mas essa questão não foi equacionada na sentença recorrida, não estando em dúvida que a comprovarem-se actos, contratos de intermediação financeira justificada estaria a punição, vista a falta de autorização da entidade reguladora.

A determinação da lei objectivamente competente também é possível nos contratos celebrados através da *internet*, mas pode deparar aqui com inusitadas dificuldades.

Certo é que nos contratos celebrados através da *internet* é mais frequente a impossibilidade ou é grande a onerosidade em determinar a residência, sede ou estabelecimento da outra parte.

E nem sequer releva para efeitos de autoria das mensagens electrónicas, quem abriu o site na CTM, em Macau.

O fornecedor pode defender-se perante este risco mediante a solicitação, feita à outra parte, da indicação da sua residência, sede ou estabelecimento. O adquirente que indica a residência, sede ou estabelecimento num determinado país não pode vir mais tarde invocar a falsidade ou inexactidão dos elementos fornecidos.²

É também certo que a presença física da sociedade na RAEM não se mostra relevante para a comprovação da actividade ilícita, dada a natureza dos contratos virtuais.

Mas resulta da sentença que esse elemento também não foi determinante para a decisão objecto de recurso.

Ainda o facto de que o referido site estava registado em nome da sociedade recorrida e que foi aberto no interesse desta e da sociedade que detém a esmagadora maioria do seu capital social também não se mostra

² -Lima Pinheiro, Direito Aplicável aos contratos celebrados através da Internet, ROA, 2006, I

determinante para a comprovação de actos concretos, ainda que virtuais, de intermediação financeira como já acima se viu.

O facto de na área da contratação electrónica ser difícil reunir prova, em suporte de papel ou noutro (ainda que informático: CD-ROM, diskettes, etc), da efectiva celebração do contrato, tal não obsta que essa actividade não possa ser comprovada. Basta um ensaio. Qualquer pessoa podia, se assim era, proceder a um contrato de investimento, subscrever uma das apontadas propostas, pagar pelo investimento e a prova não deixaria de estar feita.

Pelo que não se observa a existência do apontado erro notório.

8. Vício de insuficiência da fundamentação

Quanto à apontada falta de fundamentação da sentença já acima analisámos esta questão, ficando qualquer leitor a saber da razão pela qual o acto punitivo foi anulado, sendo bem evidenciadas as razões pelas quais o Tribunal considerou não provados os actos de intermediação financeira.

Em face do exposto, o recurso não deixará de improceder.

V - DECISÃO

Pelas apontadas razões, acordam em **negar provimento ao presente recurso contencioso.**

Sem custas por delas estar isenta a entidade recorrente.

Macau, 17 de Novembro de 2011,

João A. G. Gil de Oliveira

Presente

José Cândido de Pinho

Vitor Coelho

Lai Kin Hong