

Recurso nº 20/2005

Data: 19 de Janeiro de 2006

- Assuntos:**
- Questão de direito
 - Erro nos pressupostos
 - Intermediação financeira
 - Prévia autorização do exercício

Sumário

1. Trata-se de uma questão de interpretação de factos e a suas respectiva enquadramento jurídico o fundamento a questão de saber se é correcta a qualificação pela Administração da actividade dos recorrentes como mera actividade de intermediação financeira e não como específica actividade de investimento cambial por conta margem.
2. Existe erro nos pressupostos de facto quando o órgão dá como verificados factos que realmente não ocorreram, independentemente da vinculação dos pressupostos ou da discricionariedade da escolha dos pressupostos.
3. Incurreria no erro de direito sobre os pressupostos, se o órgão, tendo-se vinculado a um conceito jurídico ou técnico ao escolher o pressuposto, dá como subsumíveis no conceito escolhido factos que não são qualificáveis como tal.

4. O exercício da actividade própria de intermediários financeiros ou de outras instituições financeiras depende de prévia autorização do Chefe do Executivo, mediante parecer da AMCM nos termos do nº 1 do artigo 118º do Decreto-Lei nº 32/93/M, sob pena de ser punido pelas contravenções previstas no artigo 122º do mesmo Diploma.
5. Trata-se do 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.

O Relator,

Choi Mou Pan

Recurso n.º 20/2005

Recorrentes: Agência Comercial (A)

(B)

Recorrido: Secretário para a Economia e Finanças (經濟財政司司長)

Acordam no Tribunal de Segunda Instância da R.A.E.M.:

A “Agência Comercial (A)”, com sede em Macau, e (B), casado, de nacionalidade chinesa, portador do Cartão de Identidade de Hong Kong da Região Administrativa Especial de Hong Kong e com domicílio profissional em Macau, representante da referida sociedade, vêm interpor recurso contencioso de anulação do despacho do Exm.º Senhor Secretário para a Economia e Finanças, datado de 14/12/2004, exarado sobre a deliberação do Conselho de Administração da Autoridade Monetária de Macau (AMCM) (deliberação n.º 647/CA, de 11/11/2004), que, nos termos do disposto nos artigos 122.º, n.º 2, alínea b), 126.º, n.º 1, alínea a) e 128.º, n.º 1, todos do Regime Jurídico do Sistema Financeiro (RJSF), aprovado pelo Decreto-Lei n.º 32/93/M, de 5 de Julho, e por violação do prescrito nos artigos 116.º a 120.º do mesmo diploma legal, lhes determinou a aplicação de uma multa no montante de MOP \$1 000 000,00 (um milhão de patacas), alegando o seguinte:

O despacho recorrido, do Exm. Senhor Secretário para a Economia e Finanças, de 14/12/2004, exarado sobre e deliberação n.º 647/CA, de 11/11/2004, do Conselho de Administração da AMCM, é anulável, tendo em conta o estipulado no artigo 124.º do CPA, visto que:

A. As operações realizadas pelos Recorrentes inserem-se na específica actividade de investimento cambial por conta margem, pelo que, decidindo de modo diferente, o despacho recorrido padece de:

1. vício de violação de lei:

- a. por erro nos pressupostos de facto, porque - qualificando a actividade dos Recorrentes como mera actividade de intermediação financeira e não como específica actividade de investimento cambial por conta margem -, funda-se na alínea b) do n.º 2 do artigo 122.º do RJSF e aplica uma multa por «prática não autorizada» de uma operação, para a qual, ainda não há qualquer legislação especial que exija autorização para a exercer; quando o artigo 116.º, *in fine*, exclui, nestes casos, a aplicação do disposto no Título II;
- b) por ofensa aos princípios da igualdade, da justiça e da imparcialidade, consagrados nos artigos 5.º e 7.º do CPA, visto que, alterando «prática habitualmente seguida», de arquivamento dos processo de transgressão - a que a Administração se auto-vinculou -, decide, em situação idêntica, «de modo diferente» ;

2. vício de forma, por falta de fundamentação, por incumprimento do dever prescrito na alínea e) do n.º 1 do artigo 114.º do CPA.

B. Se se considerar - o que só por mero raciocínio se admite, sem conceder -, que as operações realizadas pelos Recorrentes não constituem específica actividade de investimento cambial por conta margem, mas mera actividade de intermediação financeira, o despacho recorrido continua, ainda, a ser ilegal por padecer de vício de violação de lei, por erro de direito, já que se fundamenta na alínea b) do n.º 2 do artigo 122.º do RJSF, inaplicável aos Recorrentes.

Termos em que:

Deve ser dado provimento ao presente recurso contencioso, com a conseqüente anulação do despacho recorrido do Exmo. Senhor Secretário para a Economia e Finanças, de 14/12/2004, que aplicou aos Recorrentes a multa no montante de MOP1.000.000,00 (um milhão de patacas).

Citada a entidade recorrida, esta contestou que:

- a. o mandato subscrito por (C) é irregular;
- b. o investimento cambial por conta margem é uma forma de intermediação financeira;
- c. a lei vigente não prevê regras especiais para os intermediários financeiros que explorem a actividade de investimento cambial por conta margem;

- d. todos os intermediários financeiros são instituições financeiras para efeitos do RJSF;
- e. todos os intermediários financeiros estão sujeitos a licenciamento nos termos do RJSF;
- f) o acto. 122º, 2, b), do RJSF sanciona a prática, por entidades não licenciadas para operar como instituições financeiras, de actos reservados às entidades licenciadas;
- g. a (A) confessa que praticava actos de intermediação financeira sem para tal estar licenciada;
- h. a Administração não deu por provados factos que não se tenham verificado, nem deu por não provados factos que se tenham verificado;
- i. a Administração interpretou e aplicou correctamente as normas legais do RJSF;
- j. os recorrentes não provam que a Administração tenha concedido a outros tratamento diferente daquele que lhe concedeu a eles;
- k. os recorrentes não são os primeiros a ser punidos por intermediação financeira não autorizada;
- l. os recorrentes não provam a prática anterior de arquivamento de processos;
- m. os recorrentes não provam que a Administração tenha praticado um acto parcial ou injusto;

- n. o acto recorrido está fundamentado de forma suficiente, de facto e de direito, e é claro e coerente.

Pugna pela improcedência do recurso.

No decurso da instância, foi julgado regularizado o mandato da Agência recorrente.

E nas suas alegações facultativas, alegaram respectivamente:

Os Recorrentes

1. A actividade desempenhada pelos recorrentes traduz-se no investimento cambial por conta margem.
2. O investimento cambial por conta margem é uma «específica actividade», «uma forma» ou «uma modalidade» de intermediação financeira.
3. É verdade que todas as instituições financeiras (instituições de crédito, intermediários financeiros e outras instituições financeiras) estão sujeitas ao RJSF, mas apenas na medida em que este «define o quadro jurídico geral aplicável ao exercício da actividade financeira no território de Macau» (RJSF, art. 2.º, n.º 1 do DL 32/93/M, de 5 de Julho).
4. Se cada uma dessas “subespécies” de instituições financeiras está sujeita ao “quadro jurídico geral”, constante dos seus Títulos I (arts. 1.º a 10.º) e IV (arts. 121.º a 138.º), está também sujeita ao seu específico regime jurídico, quer se encontre definido directamente no RJSF ou na legislação especial, para a qual remete.

5. O regime jurídico específico dos “Intermediários e outras instituições financeiras” encontra-se estabelecido no Título III (arts. 116.º a 120.º) do RJSF.
6. O art. 116.º do RJSF exclui do disposto no título II os intermediários financeiros cuja « actividade esteja regulamentada por legislação especial» .
7. É verdade que a lei vigente não prevê ainda regras especiais para os intermediários financeiros que explorem a actividade de investimento cambial por conta margem.
8. mas, reconhecendo a especificidade da actividade de investimento cambial por conta margem e a necessidade de legislação especial disciplinadora da mesma, a autoridade recorrida tem mandado arquivar os processos de infracção.
9. Subjacente ao arquivamento de tais processos de infracção está, ainda, a justificação da licitude da actividade em causa, fundada no princípio da liberdade, que rege o Direito Público: “Tudo o que não é proibido, é permitido”.
10. Não se aplicando o Título III do RJSF, a autorização, nele prevista, não é exigível, até que a aludida legislação especial entre em vigor.
11. Deste modo, o despacho recorrido padece de vício de violação de lei:
 - a. por erro nos pressupostos de facto, visto que, qualifica a actividade dos Recorrentes como mera actividade de intermediação financeira e não como específica actividade de investimento cambial por conta margem;

- b. por erro de direito, na medida em que considera aplicável o Título II do RJSF quando, da interpretação teleológica do seu artigo 116.º, decorre que o legislador pretendeu subtrair, a actividade de investimento cambial por conta margem, do regime prescrito no mencionado Título III e sujeitá-la a regras a serem definidas em legislação especial, tendo em consideração a especificidade da actividade de intermediação financeira em causa.
12. Em consequência, o despacho recorrido é ilegal, porque funda-se na alínea b) no n.º 2 do artigo 122.º do RJSF e aplica uma multa por «prática não autorizada» de uma operação, para a qual, ainda não há qualquer legislação especial que exija tal autorização para o seu exercício.
13. Por que não existe tal legislação especial reguladora da actividade de investimento cambial por conta margem, tem sido prática habitualmente seguida pela autoridade recorrida o arquivamento dos processos de transgressão.
14. Ao alterar a mencionada prática habitualmente seguida - a que a Administração se auto-vinculou -, numa situação em tudo idêntica, como é a dos Recorrentes, a autoridade recorrida violou os princípios da igualdade, da justiça e da imparcialidade, consagrados nos artigos 5.º e 7.º do Código do Procedimento Administrativo (CPA).
15. Do que se trata não é de reclamar «igualdade na ilegalidade», mas, pelo contrário, exigir «igualdade na legalidade», porque não existindo legislação que proíba a actividade ou a condicione, ela é livre para ser executada.

16. Por outro lado, a autoridade recorrida, ao alterar a prática habitualmente seguida de arquivamento dos processos de transgressão nos referidos casos, sem para tanto ter aduzido fundamentação bastante, fez inquinari o acto recorrido de vício de forma, por falta de fundamentação.
17. Na verdade, a actuação administrativa envolve uma certa margem de discricionariedade ou de livre apreciação, mas ao decidir «de modo diferente da prática habitualmente seguida na resolução de casos semelhantes, ou na interpretação e aplicação dos mesmos princípios ou preceitos legais» a entidade recorrida constituiu-se no dever de fundamentação, tal como resulta do disposto na alínea e) do n.º 1 do artigo 114.º do CPA.
18. Ora, a Administração recorrida não cumpriu esse dever, pelo que violou, por essa via, a sobredita disposição do CPA.
19. Em consequência, o Tribunal vê-se impedido de controlar a questão de saber se a alteração da prática habitualmente seguida, pela entidade recorrida, visou o estrito cumprimento da legalidade, ou se se pautou por razões exógenas àquelas em função das quais o seu poder punitivo lhe foi conferido.
20. Mesmo que se entenda não se tratar de uma específica actividade de investimento por conta margem, mas de uma geral actividade de intermediação financeira, porque traduzida na prática, «de modo habitual e com intuito lucrativo» (art. 1.º, c. Do RJSF), das operações que o n.º 1 do artigo 117.º do RJSF reserva aos intermediários financeiros, ou mesmo que se entenda que, por falta de legislação especial, o

Título II seria *ispso facto* aplicável, a al. b) do n.º 2 do artigo 122.º do RJSF continua a ser inaplicável aos Recorrentes.

21. É que, se a alínea b) do n.º 2 do artigo 122.º do RJSF fala em «prática não autorizada (...) de operações», a alínea a) do mesmo preceito legal, também fala em «realização de operações não autorizadas» .
22. Ou seja, do que se trata, num caso e no outro, é da prática de operações não abrangidas por autorização, quer haja deliberação pela entidade competente de autorização que cubra outras operações, quer não haja qualquer deliberação nesse sentido.
23. Mas, se pelo âmbito objectivo de aplicação, as duas disposições não se distinguem, já, atendendo ao seu âmbito subjectivo, tal distinção é possível e necessária.
24. É que, se a alínea a) do n.º 2 do artigo 122.º do RJSF fala em exercício, pelas «instituições sujeitas a supervisão», a alínea b) do mesmo preceito legal fala em prática por «quaisquer outras pessoas ou entidades» .
25. A autoridade recorrida considera que a al. b) do n.º 2 do art. 122.º «sanciona a prática de actos, que são objecto reservado às instituições financeiras, por entidades não autorizadas a operar enquanto tal», mas não esclarece o que se deve entender por tal expressão.
26. Para os recorrentes, a resposta a esta questão encontra-se nos artigos 5.º e 8.º do RJSF, pelo que se impõe uma interpretação sistemática desse diploma legal.

27. Assim, a expressão «instituições sujeitas a supervisão», contida na al. a) do n.º 2 do art. 122.º, compreende, nos termos do n.º 1 do artigo 5.º: as «instituições de crédito, os intermediários financeiros (...) (e) outras instituições financeiras» .
28. Para se constituir como intermediário financeiro não é exigível a «prévia autorização», que é necessária para a «constituição de instituições de crédito» (art. 19.º, n.º 1, a; a) do RJSF).
29. Com efeito, o artigo 120.º do RJSF manda aplicar « subsidiariamente, com as necessárias adaptações » , designadamente, o disposto nas secções V a VII do capítulo I do Título II, mas não a sua secção I, onde se insere o referido artigo 19.º, n.º 1, al. a) do RJSF.
30. Portanto, apenas a «actividade» de intermediário financeiro – que não a sua «constituição» como tal -, depende de autorização.
31. Aliás, « Qualquer pessoa singular » , que não apenas « colectiva » , pode ser considerada como intermediário financeiro, desde que, «de modo habitual e com intuito lucrativo» , exerça a actividade a que se refere o artigo 117.º, como resulta do artigo 1.º c. do RJSF.
32. Por outro lado, todas as «instituições sujeitas a supervisão» , que o mesmo é dizer, todas as instituições financeiras (incluindo os intermediários financeiros) estão sujeitas às «Acções de supervisão» da MMCM, referidas nos n.ºs 1, 2 e 4 do artigo 8.º do RJSF.
33. Nestes casos, apurando-se, no decurso das referidas «Acções de supervisão» , que as « instituições de crédito, os

intermediários financeiros (...) (e) outras instituições financeiras» praticaram actos ou realizaram operações que se encontram fora do objecto (legal) ou dentro do objecto (legal) , mas «não autorizadas» (pela entidade competente) ou por ela « especialmente vedados » , tais actos ou operações « Constituem infracções de especial gravidade » , tal como decorre da alínea a) do n.º 2 do artigo 122.º.

34. Mas, o n.º 3 do artigo 8.º permite, ainda, que a AMCM desencadeie «Acções de supervisão» relativamente «entidades» que, embora operando « noutros sectores de actividade económica » , exerçam, todavia, «actividade exclusivamente reservada a instituições financeiras » , isto é, actividade desenvolvida no âmbito dos «mercados monetário, financeiro e cambial» .
35. Nestes casos, porque se trata de «outras pessoas ou entidades», diversas das instituições financeiras, «A prática não autorizada (...) de operações reservadas às instituições» financeiras, por essas « outras pessoas ou entidades » , também constitui infracção de «especial gravidade», mas agora nos termos da al. b) do n.º 2 do artigo 122.º.
36. Deste modo, sendo a empresa Recorrente uma intermediária financeira, é a mesma, por força do disposto no n.º 1 do artigo 5.º do RJSF, uma instituição sujeita a supervisão.
37. Assim, aplicar-se-lhe-ia, quanto muito, o disposto na alínea a) do n.º 2 do artigo 122.º do RJSF, mas nunca a sua alínea b), por se tratar de uma instituição sujeita a supervisão, regularmente constituída, embora realizando «operações não autorizadas» de intermediação financeira.

38. Acresce que, se o legislador pretendesse que a alínea b) do artigo 122.º do RJSF fosse aplicada aos intermediários financeiros não licenciados, isto é, cuja actividade não se encontra autorizada, tê-lo-ia expressamente dito, numa fórmula similar à seguinte: «a prática não autorizada (pelos intermediários financeiros ou) por quaisquer outras pessoas ou entidades, de operações reservadas (por lei) às instituições (...) (de crédito ou a outras instituições financeiras) » .
39. Deste modo, ao fundamentar-se na alínea b) do n.º 2 do artigo 122.º do RJSF, o despacho recorrido enferma de vício de violação de lei, por erro de direito.

Por tudo o acima exposto, o despacho recorrido, do Exmo. Senhor Secretário para a Economia e Finanças, de 14/12/2004, exarado sobre a deliberação n.º 647/Ca, de 11/11/2004, do Conselho de Administração da AMCM, deve ser anulado pelo Tribunal, a fim de que, em execução de sentença, a autoridade recorrida o revogue e substitua por outro que determine o arquivamento do processo de infracção, não aplicando, em consequência, qualquer multa aos recorrentes.

A Entidade recorrida:

Ao longo das suas alegações os recorrentes insistem na tese contraditória de que estariam isentos da obrigação de licenciamento prevista no Regime Jurídico do Sistema Financeiro (RJSF), aprovado pelo DL 32/93/M, de 5 de Julho, por força do princípio *lex specialis derogat generali* – apesar de reconhecerem que não existe lei especial! A contradição é óbvia: se não existe lei

especial, como os próprios recorrentes afirmam (v.g. no artigo 12 das alegações), como podem eles pretender afastar a aplicação da lei geral?

Argumenta os recorrentes que a sua interpretação é também aquela que a entidade recorrida seguiu anteriormente em casos semelhantes, mais não o provaram até à data – e recordamos, em resposta ao pedido ínsito no artigo 21 das suas alegações, que a produção de prova já não é, nesta altura, admissível (CPAC, art. 68º, 1). Mas ainda que essa prova fosse feita, nem por isso teria o tribunal de “controlar a questão de saber se a alteração da prática habitualmente seguida (...) se pautou por razões exógenas” (artigo 33 das alegações), pois nunca os recorrentes arguíram desvio de poder nos presentes autos – qual, de resto, só releva quando os poderes em causa têm natureza discricionária.

Não podemos, em qualquer caso, acreditar que a entidade recorrida tenha anteriormente adoptado a tese dos recorrentes em nome de um alegado princípio da liberdade em Direito Público (artigo 19 das alegações) que não existe nem nunca existiu. Pelo contrário, é bem sabido que em Direito Público, diferentemente do que acontece em Direito Privado, rege o princípio, da legalidade. Tudo o que podemos dizer é que se a entidade recorrida tivesse anteriormente adoptado tal interpretação – o que só a título de mera hipótese se admite! – teria certamente andado mal, já que não nos resta a mais pequena dúvida de que a interpretação correcta é aquela que defendemos.

É efectivamente transparente e cristalino que todos os intermediários financeiros, seja qual for a forma de intermediação a que se dediquem, estão sujeitos ao RJSF enquanto lei geral, e à

obrigação de licenciamento aí prevista – excepto quando exista legislação especial que preveja de forma diferente. Da inexistência de lei especial relativamente a um determinado tipo de intermediação financeira não podemos concluir que se trata aí de uma actividade livre, não condicionada – mas apenas que se lhe aplicará a lei geral, isto é, o RJSF. Isto é, afinal, o A B C do Direito.

Finalmente, no que toca a decifrar as alegações constantes dos artigos 34 a 56, confessamos, senhores juizes, o nosso fracasso: apesar do esforço que empregámos, recusaram-se as mesmas a revelar qualquer lógica ou utilidade, refugiando-se antes nos terrenos da ilógica férrea. Querirão os recorrentes dizer que prefeririam ter sido punidos pela alínea a) do nº 2 do art. 122º em vez de pela alínea b)?

Uma certeza nos ficou: a de que os recorrentes optaram por um caminho longo, tortuoso e obscuro para tentar esconder a existência do artigo 118º, o qual sujeita a licenciamento todos os intermediários financeiros, e que nos conduz em linha recta à referida alínea b) do nº 2 do art. 122º: prática por terceiros de actividades reservadas às instituições licenciadas (sendo estas as que estão sujeitas a supervisão).

Sem mais delongas, passamos a apresentar as nossas conclusões:

- a. na ausência de lei especial, todos os intermediários financeiros estão sujeitos ao RJSF;
- b. o RJSF (art. 118º) sujeita a licenciamento todos os intermediários financeiros;

- c. as pessoas que, sem estarem licenciadas, pratiquem actos reservados às licenciadas são punidas nos termos do art. 122º, 2, b), do RJSF;
- d. não se provou que a entidade recorrida tenha adoptado em relação aos recorrentes critérios diferentes dos adoptados em outros casos semelhantes.

O Digno Magistrado do Ministério Público, em douto parecer, escreve que:

“Face ao argumentado pela recorrente e à interessante personagem do conto de Jorge Luís Borges lembrado pela entidade recorrida, não resistimos a relatar, em poucas palavras, a génese do dito chinês que refere que “Aqui não há 300 taéis de ouro”.

Havia um chinês que, tendo na sua posse uma quantia muito elevada – 300 taéis de ouro (antiga moeda chinesa), com receio de ser roubado, resolveu enterrar os mesmos num descampado. Só que, como forma, quiçá, de melhor ludibriar eventuais amigos do alheio, resolveu colocar precisamente em cima do monte de terra com que cobrira o ouro, uma placa com o dito em questão, isto é, “Aqui não há 300 taéis de ouro”.

Parece ser, em grande parte, o que se passa com a recorrente, a qual acaba por gastar grande parte da sua argumentação precisamente a revelar a sua natureza, a sua condição como intermediária financeira, assim colocando a tal “placa”.

E, é partindo desse pressuposto que acaba por assacar ao acto – despacho do Secretário para a Economia e Finanças de 14/12/04 – que, nos termos dos artº 122º, nº 2, al b) do R.J.S.F., aplicou à recorrente uma

multa o valor de MOP 1.000.000,00 – vícios de violação de lei, por erro nos pressupostos de facto e de direito, afronta dos princípios da igualdade, justiça e imparcialidade e de forma, por falta de fundamentação.

Cremos, sem razão.

Desde logo, enquanto “intermediária financeira” que admite ser, a recorrente deve, à luz do preceituado no artº 1º do diploma citado (único a que nos referiremos na peça) ser considerada como instituição financeira para os efeitos de tal diploma, não sendo pelo facto da sua particular forma de intermediação – investimento cambial por conta margem – que tal deixará de suceder.

O disposto no artº 116º apenas exclui do domínio do título “intermediários e outras instituições financeiras” aqueles “cuja actividade esteja regulamentada por legislação especial”.

Não estando, manifestamente, o “investimento cambial por conta margem” sujeito a regulamentação especial, torna-se evidente que tais intermediárias se não distinguem, quanto à sujeição ao regime legal, das restantes intermediárias financeiras.

Se existe qualquer expectativa de que tal venha, eventualmente, a suceder, é matéria que para o caso nada releva. Quando e se tal legislação especial ver a ser consagrada, então – e só então – poderá a mesma ser levada em conta. Não, por ora.

Para já, a recorrente encontra-se, de facto, sujeita ao regime geral previsto no R.J.S.F., do qual consta, além do mais, a necessidade de autorização de licenciamento nos termos do artº 118º.

Não possuindo, como não possuía, tal autorização, a infracção registada será, correctamente, a prevista na al b) do nº 2 do artº 122º que sanciona a prática de actos que são objecto reservado às instituições financeiras, por entidades não autorizadas a operar enquanto tal, não se vendo que pudesse ser a da al a) do mesmo normativo, a qual se reparta à sanção de instituições financeiras licenciadas, pela prática de actos não incluídos no respectivo objecto.

Não se alcança, pois, onde ocorra o assacado erro nos pressupostos, quer de facto, quer de direito, assacados pela recorrente, já que, dedicando-se esta, confessadamente, à prática de intermediação financeira sem autorização, encontrando-se essa actividade sujeita a licenciamento, prevendo a lei coima para essa prática sem autorização, a entidade recorrida se limitou a aplicar adequadamente a lei, a tal propósito.

No que tange à assacada ofensa os princípios da igualdade, justiça e imparcialidade, limita-se a recorrente a invocar o facto de, no seu critério, ser prática “habitualmente seguida pela entidade recorrida o arquivamento dos processos de transgressão”.

Como a recorrente não faz questão de aduzir um único exemplo onde tal suceda, fica-se, pois, sem se saber se o referido corresponde ou não à realidade, sendo certo que, por um lado, como bem acentua a recorrida, a apreciação da matéria não é “virgem”, inclusive em termos de recurso contencioso mesmo neste Tribunal, onde outros intervenientes se mostram punidos por actos de intermediação financeira em tudo semelhantes aos por aquela praticados e, por outro, ainda que tal não sucedesse, o pretense “arquivamento geral”, se praticado em condições idênticas ao presente caso, revelar-se-ia ilegal, à luz dos princípios e

disposições legais a que vimos aludindo sendo certo que, como se sabe, a igualdade não funciona na ilegalidade.

Não se descortina, pois, que, no caso, se não tenham seguido os mesmos critérios, as mesmas medidas e as mesmas condições aplicadas a eventuais casos similares anteriores, ou seja, que não tenha existido tratamento igual de situação iguais entre si, que tenha sido imposto à recorrente um sacrifício de direitos infundado ou desnecessário, ou que se não tenha, com a medida questionada, prosseguido, de forma objectiva e transparente, o interesse público definido por lei.

Finalmente, ao invocar o vício de forma por falta de fundamentação, fá-lo a recorrente apenas por, supostamente, a Administração alterar “a prática habitualmente seguida, de arquivamento dos processos de transgressão ... sem para tanto ter aduzido fundamentação bastante”.

Ora, como se viu, não se tendo comprovado que a prática referida existisse, esvaziado fica, desde logo, o argumentado.

Seja como for, o certo é que o despacho em questão, que se limitou a autorizar a aplicação da coima em causa, anuiu, concordou com a deliberação da Autoridade Monetária de Macau que, por seu lado, expressa a sua concordância com o teor e conclusões do relatório final do processo de infracção, constituindo como que o corolário daquelas, sendo que, através das mesmas, se permite apreender a factualidade apurada e dada como provada, bem com a explicitação da subsunção de tal factualidade às normas punitivas e as circunstâncias valoradas, resultando evidente a suficiência e clareza da fundamentação externada, face a um destinatário médio, o qual, através da mesma, fica em condições de saber dos motivos e juízos de valor que sustentaram a aplicação da coima em causa, conhecimento de que, aliás, o impugnante dá perfeita conta.

Razões por que, não vislumbrando a ocorrência de qualquer dos vícios ao acto assacados, ou qualquer outro de que cumpra conhecer, somos a pugnar pelo não provimento do presente recurso.”

Cumpre-se decidir.

Foram colhidos os vistos dos Mm^{os} Juizes Adjuntos.

Releva a seguinte matéria de facto:

- Pela Deliberação do Conselho de Administração da Autoridade Monetária de Macau de 11 de Novembro de 2004 foi decidido que;
- Assunto: Processo de infracção n^o 002/2004, instaurado à sociedade “(A), Limitada”; aplicação de sanção.
- Pela Deliberação n^o 304/CA, de 28.05.2004, do Conselho de Administração da AMCM, foi instaurado um processo de infracção à sociedade “(A), Limitada”, nos termos e com os fundamentos constantes no auto de transgressão n^o 002/2004.
- Verificando-se que:
 - a) Foi o referido autuado notificado em 30.06.2004 através de éditos publicados nesta data no Boletim Oficial de Macau;
 - b) Apresentou a sua defesa em 06.08.2004;
 - c) O Conselho de Administração concorda com o teor e conclusões do relatório final apresentado pelo instrutor do

processo, constante da Informação nº 174/2004-GAJ, de 03.09.2004, o qual aqui se dá, para todos os efeitos, por reproduzido;¹

-
- ¹ No seguimento da acção de inspecção levada a cabo em 01.07.2003 por técnicos do DSB e do GAJ da AMCM, coadjuvados por elementos da Polícia Judiciária de Macau, nas instalações da “Agência Comercial (A)” sitas no Edifício XX, 21º andar, foi instaurado aquela entidade e ao representante da sua sociedade gestora, Sr. (B), um processo de infracção, através da Deliberação nº 304/CA, de 28.05.2004, por violação ao disposto no artigo 118º do Regime Jurídico do Sistema Financeiro (RJSF), aprovado pelo Decreto-Lei nº 32/93/M, de 5 de Julho.
2. O arguido foi notificado por éditos publicados no Boletim Oficial de 30.06.2004.
 3. Tendo apresentado a sua defesa através de mandatário em 06.08.2004.
 4. Nenhuma outra iniciativa processual foi tomada pelo arguido ou pelo seu mandatário no decurso do presente processo pelo que cumpre elaborar o relatório final.
 5. Na sua defesa o arguido alega, sumariamente que:
 - a. Efectivamente vinha desenvolvendo actividades de intermediação financeira definidas nos termos do artigo 117º do regime Jurídico do sistema Financeiro (RJSF), conforme confessa no artigo 5º da sua defesa;
 - b. Desenvolvia essa actividade sem autorização uma vez que aguardava a aprovação de legislação que viesse a regulamentar a mesma (artigo 6º);
 - c. Que, todavia, não necessitava da autorização para o desenvolvimento desta actividade uma vez que os artigos 118º e 119º do RJSF apenas se aplicariam a actividades reservadas a instituições sujeitas a supervisão, isto é, as instituições de crédito ou os bancos (artigo 8º);
 - d. Que, quando muito, o desenvolvimento dessa actividade sem autorização se deveria a mera negligência por força da expectativa da entrada em vigor da legislação a aprovar, pelo que a medida da pena de multa a aplicar deveria ser reduzida a metade nos seus limites máximos e mínimos por força do disposto no artigo 129º do RJSF (artigo 13º);
 - e. Por último que a falta de autorização se trataria apenas duma irregularidade sanável podendo a AMCM decidir-se pela simples advertência; e que
 - f. Da actividade desenvolvida pela sociedade não resultaram prejuízos significativos para o sistema monetário-financeiro ou para a economia da RAEM.
 6. Uma cuidada análise dos elementos constantes dos autos levam, todavia, a conclusão diversa das alegações apresentadas pelo arguido porquanto:
 - a. É inegável que, aliás como o próprio infractor reconhece, que a sociedade se dedicava a operações de intermediação financeira.
 - b. Dos documentos apreendidos no decurso da acção de inspecção consta um elevado número de contratos de intermediação financeira estabelecidos entre a sociedade e diversos clientes. A título exemplificativo referem-se os documentos constantes de folhas 22 a 76 dos autos.
 - c. E a páginas 77 um prospecto de apresentação da sociedade não deixa margens para dúvida quanto à natureza das operação realizadas.
 - d. Por outro lado, existem profusos elementos relativos a contas de clientes, assim denominados pelos próprios documentos da sociedade que se encontra presentes nos autos, designadamente a folhas 79 a 84.
 - e. Bem como relatórios respeitantes à reposição da margem de investimento realizada pelos clientes conforme consta dos autos a folhas 85 a 90.
 - f. E ainda uma extensa lista de clientes identificados a páginas 104 a 109 dos autos.
 - g. A páginas 109 a 120 e 124 a 129 dos autos podem ser referenciados alguns documentos contabilísticos internos da sociedade.
 - h. Vários exemplares de ordens de compra e venda de títulos podem ser identificados a páginas 131 a

- Atendendo a que:

- a) É inegável que, aliás como o próprio infractor reconhece, que a sociedade se dedicava a operações de intermediação financeira;
- b) A empresa desenvolve a sua actividade não licenciada há já um longo período de tempo;
- c) Dos documentos apreendidos no decurso da acção de inspecção consta um elevado número de contratos de intermediação financeira estabelecidos entre a sociedade e diversos clientes;
- d) Dos mesmos documentos resulta que a actividade desenvolvida era levada a cabo com clientes de diversas jurisdições de especial risco em termos de branqueamento

134 dos autos.

- i. A páginas 142 a 150 podem ser encontrados extractos bancários correspondentes à actividade desenvolvida.
- 7. De tudo o que anteriormente fica exposto dá-se como inequívoco o desenvolvimento, por parte do infractor, de actividades de intermediação financeira.
- 8. Actividades que, nos termos do artigo 118º do RJSF, carecem de autorização para a sua prática o que, na ausência dessa autorização faz os arguidos incorrer na comissão da infracção prevista na aliena b), do nº 2, do artigo 122º do mesmo diploma legal.
- 9. Não relevam, em termos de defesa, os argumentos apresentados pela defesa e identificados na alínea b) e c) do ponto 5 deste relatório uma vez que a razão da previsão dos artigos 116º a 120º do RJSF é precisamente a de sujeitar a autorização prévia o exercício da actividade de intermediação financeira como, aliás, resulta expressamente do artigo 118º, nº 1, do referido RJSF.
- 10. Não releva igualmente o facto de o infractor alegar que se encontrava a aguardar a aprovação da legislação reguladora da actividade de intermediação financeira para obter a respectiva autorização uma vez que esta poderia e deveria ter sido obtida ao abrigo do disposto naqueles artigos 116º a 120º do RJSF.
- 11. Como circunstância atenuante releva a pronta e franca e espontânea confissão por parte do infractor no que respeita à natureza das operações desenvolvidas.
- 12. Não são conhecidas quaisquer circunstâncias agravantes.
- 13. Razão pela qual, em minha opinião, devem os arguidos ser condenados em pena de multa que, nos termos do artigo 128º do RJSF, deverá ser graduada entre 10.000 e 5.000.000 de patacas.
Na graduação da referida pena de multa deverão ser consideradas, a circunstância atenuantes, a ausência de circunstâncias agravantes.

Macau, aos 03 de Setembro de 2004

de capitais e financiamento do terrorismo não sendo, todavia, possível verificar a existência de indícios desses ilícitos criminais;

- e) Do exercício dessa actividade não licenciada resultou em elevado montante de clientes e elevadas verbas envolvidas;
- f) Ao montante da multa aplicada em situações de natureza e dimensões semelhantes;

- O Conselho de Administração delibera:

- a) Propor a aplicação à sociedade “(A), Limitada”, e solidariamente ao Sr. (B) na qualidade de responsável pela sociedade gestora daquela, a pena de multa de MOP 1.000.000 (um milhão de patacas) patacas, ao abrigo do disposto nos artigos 122º, nº 2, alínea b), 126º, nº 1, alínea a) e 128º, nº 1, todos do Regime Jurídico do Sistema Financeiro, aprovado pelo Decreto-Lei nº 32/93/M, de 5 de Julho;
- b) Submeter a presente deliberação à consideração do Exmº Senhor Secretário para a Economia e Finanças. ”

- Pelo Despacho do Senhor Secretário para a Economia e Finanças de 14 de Dezembro de 2004, foi homologada a deliberação;

- Inconformados com a decisão, foi interposto o presente recurso.

Conhecendo:

Estando provado que a partir da data não apurada, a sociedade recorrente dedicava-se a operações de intermediação financeira, na qual

estabeleceu um elevado número das relações contratuais de compra e venda de valores nos mercados monetário com diversos clientes, por via de abrirem contas de margem dos respectivos clientes.

Aos recorrentes, por exercer estas actividades sem prévia autorização, foi aplicada na pena de multa de MOP\$1.000.000,00 nos termos do artigo 122º nº 2 al. b), 126º, nº 1 al. a) e 128º nº 1 do D.L. nº 32/93/M.

Com esta pena aplicada não conformaram, recorreram para este Tribunal, com os argumentos divididos em duas parte, em relação subsidiária:

1. Vício de violação da Lei

- 1) Por erro nos pressupostos de facto por ter qualificado a actividade dos Recorrentes como mera actividade de intermediação financeira e não como específica actividade de investimento cambial por conta margem;
- 2) Violação do princípio da igualdade, da justiça e da imparcialidade, por ter decidido em situação idêntica, de modo diferente;
- 3) Falta de fundamentação.

2. Erro de direito, por ter fundamentado a decisão na disposição na al. b) do nº 2 do artigo 122º do RJSF, inaplicável aos recorrentes.

No fundo, o que os recorrente levantaram prende com uma questão de erro nos pressupostos de direito, e não de facto, pois, trata-se de uma questão de interpretação de factos e a suas respectiva enquadramento jurídico o fundamento que, tal como os próprios recorrentes já afirmaram

claramente, incorre a decisão no erro nos pressupostos por ter qualificado a actividade dos recorrentes como mera actividade de intermediação financeira e não como específica actividade de investimento cambial por conta margem.

Sabemos que só existe erro nos pressupostos de facto quando o órgão dá como verificados factos que realmente não ocorreram, independentemente da vinculação dos pressupostos ou da discricionariedade da escolha dos pressupostos.

Ao contrário, incorreria no erro de direito sobre os pressupostos, se o órgão, tendo-se vinculado a um conceito jurídico ou técnico ao escolher o pressuposto, dá como subsumíveis no conceito escolhido factos que não são qualificáveis como tal.

O que os recorrentes levantaram, quer no seu fundamento principal quer no subsidiário, consiste essencialmente numa questão: se a administração, perante os factos provados nos autos, tinha feita uma correcta qualificação jurídica ou não.

Quanto a nós, os recorrentes estão a jogar as palavras: tendo exercido as actividades especificadas de investimento cambial por conta margem, cuja actividade não está especificamente regulada por lei, não integra na categoria da actividade de intermediação financeira e fica excluída da aplicação do Título III do mesmo Diploma.

Não sendo os recorrentes, nomeadamente a Empresa recorrente, instituições financeiras, nem instituições de crédito, muito menos umas agências ou sucursais destes instituições, enquanto exerciam as actividades financeiras, que actividade deles é?

Pelo Decreto-Lei nº 32/93/M, estabeleceu-se o regime jurídico regulado as actividades dos intermediários e doutras instituições financeiras. Prevê o artigo 116º deste diploma que “[o] disposto no presente título aplica-se aos intermediários financeiros e às outras instituições financeiras que não sejam consideradas instituições de crédito, excluídos aqueles cuja actividade esteja regulamentada por legislação especial.”

No artigo 117º prevê-se as operações permitidas:

“1. Aos intermediários financeiros apenas pode ser autorizada a prática de operações de compra e venda, por conta de terceiros, de valores ou instrumentos transaccionados nos mercados monetário, financeiro ou cambial, ou a aceitação de ordens dos investidores relativamente aos mesmos valores ou instrumentos.

2. As restantes instituições financeiras apenas podem efectuar as operações permitidas pelas normas legais ou regulamentares que disciplinem a respectiva actividade.”

O exercício da actividade própria de intermediários financeiros ou de outras instituições financeiras depende de prévia autorização do Chefe do Executivo, mediante parecer da AMCM. (nº 1 do artigo 118º)

Quem exercer as referidas actividades financeiras, constitui uma das contravenções previstas no artigo 122º do mesmo Diploma:

“1. Constituem contravenções puníveis nos termos deste capítulo todos os actos que violem as normas do presente diploma e as disposições regulamentares contidas em avisos ou circulares da AMCM ou que perturbem o sistema de crédito ou falseiem as condições normais de funcionamento dos mercados monetário, financeiro e cambial.

2. Constituem infracções de especial gravidade as seguintes práticas ou actos:

a. O exercício, pelas instituições sujeitas a supervisão, de quaisquer actividades não incluídas no respectivo objecto, bem como a realização de operações não autorizadas ou que lhes estejam especialmente vedadas;

b. A prática não autorizada, por quaisquer outras pessoas ou entidades, de operações reservadas às instituições referidas na alínea anterior;

c. A falsificação ou inexistência de contabilidade devidamente organizada, bem como a inobservância das normas e procedimentos contabilísticos aplicáveis quando, neste caso, possa resultar prejudicado o conhecimento da situação patrimonial e financeira da instituição;

d. A recusa ou obstrução ao exercício da actividade supervisora da AMCM;

e. A inobservância das disposições e dos limites prudenciais de natureza legal, regulamentar ou administrativa destinados a proteger a liquidez e a solvabilidade das instituições, a salvaguarda contra riscos e a garantia de depositantes e outros credores, quando de tal incumprimento resulte ou possa resultar afectado o equilíbrio das suas estruturas financeiras;

f. A inobservância do dever de informação referido no artigo 82.º;

g. A realização do capital social ou do respectivo aumento em termos diferentes dos autorizados;

h. A violação dos condicionalismos legais em matéria de concessão de crédito e prestação de garantias às pessoas referidas no artigo 65.º e alíneas b), c) e d) do n.º 1 do artigo 66.º;

i. A realização de fusão, cisão ou transformação de instituições de crédito ou outras instituições financeiras sem observância dos respectivos condicionalismos legais;

j. A realização de acções publicitárias em violação das determinações da AMCM;

k. A recusa da prestação de informações ou do envio de elementos de remessa obrigatória à AMCM;

l. A remessa ou exibição de quaisquer informações ou documentos falsos à AMCM;

m. O desrespeito do regime de controlo de participações sociais consagrado nos artigos 40.º a 46.º;

n. A violação das normas contidas nos artigos 49.º a 51.º;

o. O incumprimento das obrigações em matéria de registo;

p. A subsistência dos factos constitutivos de uma contravenção após a aplicação de uma sanção, quando a irregularidade não seja suprida no prazo fixado pela AMCM.”

Define o artigo 1º al. c) do citado Diploma que é 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.

A sua actividade não pode deixar de ser actividade financeira, mas só as instituições financeiras, “regularmente constituídas e autorizadas nos termos do presente diploma ou em legislação especial”, podem exercer uma actividade financeira, sem prejuízo do disposto nos artigos 16º e 117º – artigo 2º deste citado diploma.

O artigo 16º prevê que “só as instituições de crédito regularmente constituídas e autorizadas (os bancos, a Caixa Económica Postal, as sociedades de locação financeira e outras sociedades que correspondendo ao disposto na al. b) do artigo 1º como tal sejam legalmente classificadas – artigo 15º) nos termos do presente diploma ou em legislação especial podem exercer uma actividade que compreenda a recepção, do público, de depósito ou outros fundos reembolsáveis.

E o artigo 117º prevê as actividades financeiras permitidas a exercer por outras pessoas singulares ou colectivas – chamados “intermediários financeiros, que também dependem da respectiva prévia autorização - artigo 118º.

Este é um princípio.

Admite-se que o artigo 116º, *in fine*, exclua a aplicação às actividades que se encontram regulamentadas por lei especial, e independentemente de saber se se chama a actividade exercida pelos recorrentes como “actividades especificadas de investimento cambial por conta margem”, nunca se pode a sua actividade financeira escapar do controlo governativo de prévia autorização.

Ainda por cima, não se encontrando regulamentada especificamente a alegada actividade na lei especial, torna-se obviamente que tais intermediários não se distinguem, no ponto de vista de sujeição

ao regime geral, dos restantes intermediários financeiros, carecendo portanto a prévia autorização prevista no artigo 118º do mesmo Diploma.

O essencial é que os recorrentes exerciam, como eles também assim reconheceram, as actividades de intermediação financeira sem ter autorizado para tal, cometeram assim a contravenção prevista no artigo 112º nº 2 al. b) deste Diploma.

Afigura-se-nos correcto o enquadramento jurídico da decisão recorrida, nada há que censurar, improcedendo os fundamentos principais e subsidiários nesta parte.

Quanto aos fundamentos laterais – a falta de fundamentação e do violação do princípio da igualdade, da justiça e da imparcialidade.

Nesta parte os recorrentes argumentaram que a entidade recorrida alterou a prática habitualmente seguida, o arquivamento dos processo de transgressão, incumbe-lhe o especial dever de fundamentação. Não a tendo feito, incorre o vício de violação do disposto no artigo 114º do Código de Procedimento Administrativo. Por outro lado, tendo a entidade recorrida decidido do caso idêntico pelo critério diferente, viola o princípio de igualdade, da justiça e da imparcialidade.

Concluimos ser manifestamente infundada esta argumentação.

Por um lado, em consequência da decisão acima tomada, afigurando-se ser legal a decisão recorrida que julgou ilegal a conduta dos recorrentes, não há lugar à apreciação da igualdade, pois, a própria administração não está vinculada pela “práticas” antecedentes, e cabe o Tribunal apreciar apenas a legalidade do acto administrativo e, como se sabe, a igualdade não funciona na ilegalidade. Assim é falível o seu fundamento do recurso nesta parte.

Por outro lado, quanto à falta de fundamentação, o que os recorrentes alegam é a eventual falta de fundamentos, a fundamentação material, que distingue da falta de fundamentação (formal) exigida pelo artigo 114º do Código de Procedimento Administrativo. Trata-se a decisão recorrida uma “homologação” da aplicação da multa proposta pela AMCM, aderindo todos os fundamentos constantes das informações apresentadas, inclusivé o relatório final do instrutor no processo de infracção, onde consta claramente a factualidade apurada e a sua subsunção jurídica, fundamentação esta que se afigura ser suficiente e clara, quer da qualificação quer da aplicação da multa.

Mesmo na parte da fundamentação material do acto, falível também é o argumento do recurso, pois, em consequência da consideração acima tomada, torna-se manifestamente insubsistente esse argumento.

Não se verifica, por isso, quaisquer vícios alegados pelos recorrentes, é de improceder o recurso.

Pelo exposto, acordam neste Tribunal de Segunda Instância em negar provimento ao recurso interposto pela **Agência Comercial (A) e (B)**.

Custas pelos recorrentes.

Macau, aos 19 de Janeiro de 2006

Choi Mou Pan (Relator) – José Maria Dias Azedo – Lai Kin Hong

Magistrado do Mº. Pº. presente - Victor Manuel Carvalho Coelho