



A INSPECÇÃO ADMINISTRATIVA NA FUNÇÃO DE SUPERVISÃO

A função de supervisão e a actividade administrativa de inspecção¹

Luís Guilherme Catarino²

Sumário: *No âmbito das funções administrativas de supervisão, o poder de inspecção conferido às autoridades reguladoras tem sido pouco estudado e menos regulamentado. É um paradoxo, pois a inspecção é, desde há muito, essencial à regulação da actividade económica. Traduz-se na prática de actos de conteúdo verificativo e exprime o exercício de um poder-dever de natureza pública (embora possa ser delegado ou co-adjuvado por entidades privadas), executivo, de conhecimento, de comprovação e de fiscalização ou controlo. Permite adquirir conhecimento e elementos de uma determinada realidade ou verificar a adequação de comportamentos ao ordenamento jurídico, podendo ser realizada “in situ”. Alguns Autores consideram-na uma mera técnica de inspecção - denominando-a de “visita inspectiva” -, outros distinguem-na enquanto técnica de supervisão com características próprias, porque particularmente intrusiva e temporariamente limitadora da liberdade dos administrados que operam num sector económico. É sobre esta realidade e a sua regulação jurídica necessária que aqui nos debruçamos.*

I. Introdução: a regulação e a supervisão.

A função de inspecção administrativa enquadra-se no âmbito dos poderes de “supervisão regulatória”, enquanto parte de um sistema de intervenção, afinação e controlo da compatibilização entre a *esfera de liberdade* económica dos particulares e a *esfera de autoridade (imperium)* de quem a limita para prosseguir o interesse público. Como em qualquer sistema de controlo, à regulação é conatural a função de estabelecimento de normas de conduta (regras, princípios, orientações, recomendações) e a supervisão, monitorização e fiscalização do seu cumprimento e possível modificação de comportamentos (de forma *preventiva* ou de forma *repressiva*).

¹ O presente texto corresponde ao Seminário havido em Lisboa, no Instituto de Valores Mobiliários, em Maio de 2017, e distribuído aos graduandos. As opiniões expendidas são-no a título pessoal e naturalmente só vinculam o Autor.

² Assessor do Conselho de Administração da Comissão do Mercado de Valores Mobiliários.

A actividade de inspecção administrativa traduz-se numa actividade prosseguida directa ou indirectamente pela Administração pública, tendo como fim a averiguação de uma realidade concreta e a comprovação da actuação dos administrados/regulados no cumprimento das normas que os regulam.

A passagem do paradigma administrativo-regulatório do “Estado licenciador” para o “Estado supervisor” acompanhou um movimento político de desregulação, de privatização e de liberalização das actividades económicas nos anos oitenta. Assistimos então ao aparecimento, em áreas fortemente reguladas - do ambiente, da energia, das telecomunicações, do urbanismo, do sector financeiro -, a fenómenos de simplificação e da intervenção mínima do Estado na liberdade de iniciativa e de empresa (*hollowing out of the state*). A substituição de controlos prévios de actos, de negócios ou de actividades (licenças, autorizações, aprovações, homologações, certificações) por controlos *a posteriori*, (meras comunicações de início de actividade ou de operações), é uma característica da mudança de ambiente regulatório. Teve um cariz neo-liberal forte, típico do derrubar de fronteiras e da forte concorrência entre Estados, e que se instalou numa nova era de globalização. A prossecução destas políticas públicas não implicaram uma “retirada” de cena do Estado que ressurgiu com fortes poderes de reacção a eventos nefastos. Novas formas e meios de intervenção intrusivos no exercício de actividades privadas intensificar-se-iam posteriormente e de forma quase insuportável - pensemos apenas nas novas fontes e nos novos meios de “dizer” o Direito de forma “abstracta” fora da legitimação tradicional (normas técnicas, Orientações, Pareceres, Instruções, Recomendações, Decisões, Q&A ou FAQs...).

O momento de verificação administrativa da “entrada” de um *player* num meio regulado é um momento importante de obtenção de informação e de *prevenção* de perigos³: decorre da existência de uma grande *assimetria* na detenção de informação

³ (...) *the standard inspection game is a two-by-two game which reflects the major asymmetry in information in licensing procedures: the fact that the applicants have complete but hidden information on what activity they plan individually and on its legal merits* (WAGENHEIM, 2004: 21).

pelas entidades públicas e pelos agentes privados⁴ e destina-se a preparar a supervisão *on-going* ou permanente pelo regulador⁵. A alteração de paradigma – da autorização para a supervisão - caracteriza-se assim pela necessária assunção de novos meios, *hard*, de intervenção estadual (*rolling back of the State*). O risco e a responsabilidade decorrentes de um *deficit* de supervisão inicial tem de ser coberto por formas de precaução assentes na inspeção, na investigação e na sanção, prevenindo os danos para o mercado e para os investidores⁶.

II. A intervenção do Estado na Economia. A “intervenção de “polícia”.

As novas formas de intervenção desta administração ainda encontram arrimo, dentro do direito administrativo Económico, nas formas estaduais típicas de **intervenção**. Uma velha distinção, ainda hoje operativa, distingue entre actividades: *i) de fomento*, traduzidas em estímulos à actividade dos particulares, vg através de subsídios, subvenções, isenções; *ii) de empresa*, com a prestação pública directa de bens e de serviços à colectividade, para suprir comportamentos que os demais particulares não querem assumir; *iii) de serviço público* ou de interesse económico geral, através da garantia da prestação pública de determinados serviços ou bens colectivos (ou de interesse público ou geral); *iv) de polícia*, que se expressa usualmente

⁴ Embora não seja caso de discutir a natureza da autorização, certo é que na doutrina francesa se entende que *elle lie le bénéficiaire à l'institution parce qu'elle est le canal par lequel s'exerce un pouvoir de police sur l'activité autorisée, qu'il s'agisse de la police du domaine quand l'activité a lieu sur celui-ci, ou d'une quelconque police spéciale* – MOURGEON, 1967, 186. No entanto, entendemos que a relação que então se inicia não se esgota, como refere posteriormente o autor, em obrigações negativas decorrentes de medidas de polícia, mas também em obrigações de *facere*, de *non facere*, de *dare* (positivas) perante a autoridade autorizadora.

⁵ Neste sentido, p.e. o art. 296º do Código dos Valores Mobiliários doravante (CodVM) aprovado pelo DL nº 486/99, de 13 de Novembro, http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=450&tabela=leis

⁶ Conforme escrevemos anteriormente, no âmbito da responsabilidade dos reguladores económicos um nível óptimo de ponderação e aferição da culpa deverá atender ao *critério da actividade mais perigosa do regulador*, sendo mais tolerável uma intervenção de controlo público excessiva em actos de supervisão *a priori* do que uma actuação insuficiente no âmbito de actividades de polícia-administrativa, sancionatórias ou punitivas – CATARINO, 2014:210.

na regulação/regulamentação de actividades, em ordens e proibições, autorizações, certificações, homologações, inspeções, investigações, sanções.

A função ou actividade clássica de *polícia-industrial* de protecção de *perigos* (não confundamos com “Estado de Polícia”), dita de “supervisão, custódia ou vigilância da economia”, ainda visa, embora de forma mais ampla e etérea (dado que o *perigo* foi substituído pelo *risco*⁷), a manutenção da ordem pública (ou de ordens públicas sectoriais, dada a regulação “em rede”⁸). Esta actividade de *ajustamento* de comportamentos a fins públicos tem assumido desde o desenvolvimento económico-industrial variadas manifestações – no âmbito ambiental, tributário, urbanístico, de segurança, da saúde - e várias designações – supervisão, fiscalização, vigilância...

Assumimos há muito que a supervisão traduz uma *actividade da Administração limitadora da liberdade dos administrados, mediante a qual se quer garantir que os sujeitos privados ou públicos, que actuam sob o regime do direito privado, operando num determinado sector ou nele desenvolvendo determinada actividade, o façam de forma ajustada ao estabelecido na ordenação do referido sector ou actividade*. Dentro desta função de *garantia* para um sector, temos distinguido entre três formas típicas de *controlo* e de *vigilância*⁹: a forma de supervisão *ex ante*, prévia ou **a priori**, a supervisão dita **contínua** ou permanente, e a supervisão que consideramos **reactiva**, numa distinção sumamente necessária do ponto de vista do regime jurídico aplicável¹⁰. Temos assim:

⁷ Acerca da distinção entre perigo e risco nas modernas sociedades, Loureiro, 2001: 790.

⁸ STOBER, 1992: 184, com expresso arrimo no art. 74.11 da Constituição de Bona.

⁹ No presente texto seguimos, actualizada, a n/ tese de doutoramento de 2008, *A hetero-regulação dos mercados bolsistas pela CMVM e as garantias processuais fundamentais. Da Justiça Administrativa às Autoridades Administrativas Independentes*, policop. Coimbra, FDUC, pp. 446 ss. Acerca do fundamento e classificação de modalidades de supervisão, no ramo especial do Direito Administrativo do Mercado de Valores, CATARINO, 2009:450.

¹⁰ Consoante a *natureza da actividade* em causa seja preventiva ou punitiva as garantias dos administrados face à intrusão da administração na sua esfera de liberdade teremos um regime jurídico necessariamente mais garantista – a uma intrusão ou compressão de direito, liberdades e garantias mais forte necessitaremos de uma fundamentação necessariamente mais forte e densa e de um regime

1) as actividades ditas de “**controlo prévio**”, onde se incluem por excelência actividades traduzidas em actos de *autorização, aprovação ou dispensa, de operações ou actividades*” – incluindo os actos de aprovação e as modernas “*meras comunicações*” ou não oposição (prévia) ao exercício de actividades;

2) as actividades “de **controlo do exercício de actividade e dos serviços** prestados, *vg* através da exigência de prestação de informação pelos regulados e sua fiscalização *in situ*” - de documentos e do seu exame, e outros actos de intervenção - e mesmo de medidas de correcção;

3) as actividades “de **controlo “a posteriori”** de verificação de cumprimento (...) que permitam *advertir* um infractor para o cumprimento de uma norma, *recomendar* uma conduta para suprir uma irregularidade, tomar medidas *provisórias* excepcionais e *investigar* para eventual sancionamento de violação de bens jurídicos ou interesses públicos que a entidade reguladora deve *prossequir, permitir* ou *garantir*.”

A noção de “vigilância” de MARCELLO CAETANO, inerente à actividade de polícia especial da Administração, aproxima-se da actual noção de *supervisão contínua* e da sua *finalidade*: visa obter “a informação destinada a habilitar as autoridades de polícia a prevenir quaisquer possíveis perturbações e a adoptar as necessárias providências para atalhá-las quando se produzam...”. Prossegue o Autor: “A acção preventiva da polícia desenvolve-se mediante a *vigilância*, ou pela prática de actos. A *vigilância* pode ser geral ou especial. A *vigilância geral* traduz-se na observação constante da conduta dos indivíduos nos lugares públicos e de todas as actividades que nestes decorrem. A *vigilância especial* é a que segue o desenrolar de certa forma de actividade (...) *Vigiar* reporta-se etimologicamente a um estado de vigília. *Vigiar* é mais do que *controlar*

jurídico que cumpra o mandato constitucional de *favor libertatis* (art. 18º da CRP) – cfr CATARINO, 2010: 291-293.

(*verificar*) pois corresponde a *verificar* de forma *atenta e próxima*, e é menos do que *tutelar*, que implica um estado de dependência, protecção e/ou sujeição (...)”¹¹.

A vigilância de situações que podem com grande probabilidade traduzir-se em lesão (ou *perigo de lesão*) implica ter *informação e boa informação*, porquanto se vai para além da *aparência* sem chegar à *ingerência*. Existem variadas técnicas de vigilância e de observação que, embora também dirigidas à recolha de dados com eventuais fins preventivos, não implicam para os cidadãos ter de suportar uma intervenção ou ingerência administrativa *in situ*, que designaremos de inspecção em sentido estrito.

Esta distinção foi operacionalizada pela Lei-quadro das entidades administrativas independentes com funções de regulação da actividade económica dos setores privado, público e cooperativo, aprovada pela Lei nº 67/2013, de 28 de Agosto (Lei-quadro das entidade reguladoras ou LQER).

O *nomem juris* não a torna verdadeira Lei-quadro ou lei de enquadramento pois não tem força jurídico-constitucional superior aos diplomas que aprovam os Estatutos das diversas autoridades abrangidas pelas suas normas. Não é uma lei de valor reforçado como as leis orgânicas, ou leis que exijam uma maioria qualificada ou as leis que sejam um pressuposto normativo de outras (art. 112º CRP).

Tal como sucedera em 2004 com o regime jurídico da administração directa e o da administração indirecta do Estado, tinha sido pedido pelo então Ministro da Economia e Finanças, Joaquim Pina Moura, um estudo sobre esta nova Administração com o fito de uniformizar o quadro legal “ad hoc” e lacunoso em que se moviam estas autoridades independentes. A Proposta de Lei (em cuja génese se encontra um estudo

¹¹ Acerca das novas funções de vigilância e controlo dos mercados e a *tool box* das novas entidades reguladoras para desempenhar a função de vigilância e controlo de uma ordem pública sectorial, CATARINO, 2009: 266 e 287-98. Transcrevemos aqui parte do texto relativo à noção material de supervisão e suas formas face ao ordenamento administrativo e constitucional.

e anteprojecto elaborados por Vital Moreira e Fernanda Maçãs¹²) caducaria com a dissolução da AR, após a queda do XIV Governo Constitucional. Volvidos 11 anos, e na sequência do Memorando de Entendimento sobre as Condicionalidades de Política Económica celebrado entre Portugal e a denominada “Troika”, foi encomendado um novo estudo. Pretendia criar-se orientações político-jurídicas harmonizadoras que balizassem o futuro legislador dentro de um (limitado) âmbito subjectivo de aplicação (*infra*).

Ao distinguir entre a actividade de *supervisão* e de *fiscalização* (art. 3º, nº2, e) a LQER pretendeu, embora de uma forma não dogmaticamente correcta (*cfr* art. 40º, nºs 1 e 3), distinguir entre duas vertentes de supervisão, orientação que os Estatutos de algumas autoridades sectoriais seguiram¹³.

III. A inspecção enquanto actividade de fiscalização.

Inspeção vem do latim *inspicere*, olhar para dentro. Traduz um processo psicológico de conhecimento; ao contrário, Inquérito vem de *inquirere*, de investigar, divergindo as noções pelo *objecto da aquisição de ciência* que se pretende. A investigação é menos limitada que a inspeção nomeadamente na excelência dos meios de prova que procura¹⁴. Os actos de inspeção traduzem-se na prática de actos

¹² Da Autoria do Professor Vital MOREIRA, com a colaboração da Juíza-Conselheira Maria Fernanda MAÇÃS, o Projecto seria publicado em Março de 2003, “Autoridades Reguladoras Independentes: Estudo e Projecto de Lei Quadro”, *Direito Público e Regulação*, nº4, Coimbra Editora.

¹³ Assim, art. 1º, nº2, dos Estatutos da Comissão do Mercado de Valores Mobiliários, aprovados pelo Decreto-Lei n.º 5/2015, de 8 de janeiro, e alterado pela Lei n.º 148/2015, de 9 de setembro (Estatutos); art. 9º, nº 2 dos Estatutos da Entidade Reguladora dos Serviços de Águas e Resíduos, (ERSAR), aprovados pela Lei n.º 10/2014, de 6 de março; art. 4º, nº4, al. h), e 11º, nº2, al. e), 13º e 14º dos Estatutos da Entidade Reguladora dos Serviços Energéticos (ERSE), aprovados pelo Decreto-Lei n.º 97/2002, de 12 de abril; arts. 1º, nº2, e 4º, nº3, al. j), e 33º e 34º dos Estatutos da Autoridade Nacional da Aviação Civil (ANAC), aprovados pelo Decreto-Lei n.º 40/2015, de 16 de março; art. 9º, nº1, als. j), l), m) n) dos Estatutos da Autoridade Nacional de Comunicações (ANACOM), aprovados pelo Decreto-Lei n.º 39/2015, de 16 de março.

¹⁴ Como referimos no texto, ao “olhar para dentro” o processo psicológico de conhecimento da inspeção torna-se juridicamente relevante quando a actividade de inspeção incide sobre a esfera

de conteúdo verificativo (muitas vezes meramente verbalizados) e exprimem o exercício de um *poder* público executivo de *conhecimento*, de *comprovação* e de *fiscalização ou controlo*, que tem como finalidade adquirir conhecimento e elementos de uma determinada realidade ou verificar a adequação de um comportamento ao ordenamento jurídico¹⁵.

A sua dinâmica serve na maioria das vezes para *restaurar* a legalidade (num fenómeno de autotutela), ou para *impedir a produção ou continuação da produção* de um dano (e estaremos perante medidas policiais ou cautelares). Mas também possibilita *vantagens* para os particulares em casos concretos, como sucede nas denominadas “inspecções de comprovação”: a prática de um acto ou negócio privado ou o início de uma actividade (institucional ou negocial), depende de um ato administrativo que se apoia na prévia inspecção. Pensemos nas averiguações ou entrevistas (que podem ser colectivas) para verificar da idoneidade e adequação de uma pessoa a um cargo social numa instituição financeira (art. 30º-B, nº6 do Regime Geral das Instituições de Crédito e Sociedades Financeiras, aprovado pelo DL nº 298/92, de 31 de Dezembro, RGIC); ou para decidir de uma autorização ou um registo para exercício de serviços de investimento, verificando da completude dos requisitos técnicos e humanos (arts. 295º-298º CodVM).

Podemos, por isso, proceder a classificações mais estritas deste vasto poder público, consoante o seu *nível de intervenção regulatória e finalidade*.

Começando pelos vários *níveis de intervenção* da autoridade no âmbito de uma inspecção, num 1º nível os procedimentos de verificação e inspecção têm em vista uma actividade material de *obtenção* de informação (pedidos de documentos ou sua obtenção *in situ*). Pode corresponder àquilo que se denomina de *fase instrutória de um procedimento* mais vasto. Num 2º nível assiste-se à redacção das *conclusões* dos actos

jurídica de outrem; o *inquirere* para aquisição de ciência transforma-se num extraordinário meio de prova – TENORE, 1999: 293.

¹⁵ RIVERO ORTEGA, 2002: 73.

cognitivos praticados no nível primário, que podem redundar em recomendações e mesmo ordens ou determinações aos regulados. Corresponde grosso modo ao que se denomina de *fase decisória*. Finalmente, num 3º nível poderemos passar a uma averiguação de ilícitos detectados na primeira fase e de procura de prova (em rigor, estaremos já perante uma actividade de investigação). Corresponderá a uma fase *integrativa da eficácia*¹⁶.

A sua *finalidade* poderá ser (i) de *vigilância*, para fins de direcção de uma actividade e eventual autocorreção; (ii) de *fiscalização*, para vigilância e controlo directo com eventual adopção de medidas provisórias; ou (iii) *instrutória*, e então a inspecção será um instrumento de obtenção de elementos para um posterior procedimento administrativo (de autorização, de certificação, de inquérito ou investigação).

É clara a falta de distinção normativa entre a actividade de *inspecção* (supervisão traduzida em meros pedidos de informação ou em “visitas inspectivas”), de *vigilância* (traduzida em funções de advertência, prevenção, orientação – conformação de condutas à normatividade sectorial), e de *controlo* (supervisão traduzida em ordens correctivas perante actividades irregulares). Pela nossa parte, e com a maioria da doutrina espanhola citada, mantemos uma distinção operativa dos conceitos: dentro do vasto *tool kit* regulatório de vigilância e fiscalização (expressões da lei), a inspecção em sentido estrito traduz-se numa actividade de fiscalização concreta, deliberada para ter lugar *in situ* – que também pode ser denominada de “visita” inspectiva. O *iter procedimental* inclui também actos *internos* porque têm lugar na sede do regulador: inicialmente (pensemos nos actos de planeamento, que podem incluir prévios pedidos de informação para melhor delimitação do objecto) ou no final (a elaboração de Relatórios e propostas finais, que implicam a verificação da coerência lógica dos documentos e das conclusões).

¹⁶ WANGENHEIM, 2004.

Afastamos por isso a classificação que distingue a actividade de inspecção consoante o *local da verificação*: distinguir as inspecções consoante os actos se efectuem exclusivamente nos serviços da administração através de uma análise formal e de coerência dos documentos (inspecção *interna*), ou fora dos serviços (inspecção *externa*), não confere qualquer alcance normativo à noção. Com a noção de inspecção pretende-se caracterizar uma actividade *material* muito particular, de obtenção e verificação de informação *in loco*. A distinção “não se resume a uma mera distinção de ordem espacial ou de localização dos actos inspectivos, acarretando, na verdade, importantes consequências, na medida em que o procedimento de inspecção externa pode restringir os direitos e liberdades fundamentais dos sujeitos passivos, desde logo” no que respeita à validade do procedimento, decorrente do impacto da validade dos actos praticados e da documentação obtida exclusivamente em procedimento exterior¹⁷.

Operacionalizado o conceito, este procedimento externo de inspecção tem sempre uma função:

(i) *informativa*, de *observação* e *comprovação* da realidade (a existência de um vasto registo de informações é uma importante arma de supervisão da efectividade do ordenamento legal);

(ii) *preventiva* e de *dissuasão* que opera tipicamente antes da verificação de uma infracção (ao verificar e prevenir a adequação de comportamentos, permite-se a adopção de medidas provisórias urgentes e um efeito intimidatório);

(iii) de *garantia* do cumprimento de obrigações para a conservação e adequação ao regime sectorial (salientamos esta segunda vertente, pois o Estado regulador tem uma função *orientadora* e não apenas de *controlo negativo/punitivo*);

¹⁷ Ac STA de 29-06-2016, Proc. 1095/15, in <http://www.dgsi.pt/jsta.nsf/35fbbbf22e1bb1e680256f8e003ea931/7650b54edffcab2780257fe3004dc199?OpenDocument&ExpandSection=1>

(iv) *instrutiva* ou *pedagógica* pois lhes é conatural um acompanhamento e esclarecimento técnico que, não sendo o seu objecto, é real e previne infracções que decorram de erro ou desconhecimento (a transmissão de informação, *p.e.* através de recomendações e advertências, acompanha a intensidade *formativa* da regulação);

(v) de *assistência técnica*, que embora seja função auxiliar, na realidade actual determina que o conhecimento dos inspectores seja transmitido aos regulados. A complexidade técnica e o pulular de fontes sectoriais *informais* de criação ou de revelação do Direito, e a sua interpretação “autêntica” (não num sentido técnico-jurídico mas no de que é o regulador que fixa o alcance e conteúdo das regras e princípios), tornam esta vertente essencial.

Poderíamos acrescentar uma sexta função, vi) *punitiva* ou *repressiva*. Em rigor dogmático, *a função repressiva já não é uma função de supervisão*. Mas a hipertrofia da Administração e do seu poder sancionatório-punitivo em detrimento da judicialização dos conflitos tem levado a uma hipertrofia repressiva e por vezes à contaminação da actividade de *supervisão* (e inspecção administrativa) pela função *sancionatória*.

IV. Características desta actividade e algumas classificações.

A actividade de inspecção insere-se na relação jurídico-administrativa típica da *actividade de polícia*¹⁸:

1) é uma actividade desenvolvida pela *administração pública* ou, quando legalmente possível, por terceiros em seu nome e por sua conta:

2) é *unilateral* e tipicamente *restritiva* de direitos, liberdades e garantias (veremos na II Parte as implicações do exercício de uma série de faculdades técnicas ou de

¹⁸ RAMOS, 2002: 51.

poderes de autoridade, que limitam ou colidem com direitos fundamentais das pessoas físicas e jurídicas);

3) é *temporária e transitória* (uma *visita* não pode ser ilimitada no tempo);

4) tem cariz *técnico* (baseia-se em actos materiais de verificação e de comprovação de factos e circunstâncias, sendo essencial uma boa formação técnica dos inspectores);

5) é *instrumental* (é dirigida para uma finalidade própria, que a *funda e limita*);

6) é *independente e autónoma* (a actividade não se encontra sujeita a ordens hierárquicas de fixação de uma orientação concreta fora do domínio técnico e funcional, e visa ou tem como objectivo verificar o cumprimento de normas ou de recomendações ou de instruções);

7) tem uma natureza *fiduciária* ou de *garantia* de fins públicos (a vigilância e verificação feita através de prerrogativas extraordinárias visa *garantir* o interesse público e bens fundamentais – neste sentido se pode dizer que tem uma função “conservadora”);

8) traduz-se num feixe de poderes-deveres *funcionalizados* (não estamos perante direitos subjectivos da Administração mas perante *poderes-deveres*, sendo uma actividade com princípios próprios);

9) os poderes são *heteroatribuídos e específicos* (a actividade e os poderes de inspecção e a sua delimitação decorrem necessariamente da lei formal, não podem ser indeterminados, nem atribuídos pelo autor ou pela própria entidade pública – está vedada a *autoatribuição*);

10) tendo fonte *legal*, *tais poderes funcionais são inalienáveis, imprescritíveis e irrenunciáveis* (embora a titularidade possa não corresponder ao seu exercício efectivo, dada a faculdade de auxílio ou de cooperação de terceiros, o exercício é sempre *necessário*);

11) conjuga um cariz *preventivo* pois visa proteger bens jurídicos determinados (que se aparta da actividade ou função sancionatória).

A actividade administrativa de inspecção pode ter lugar em qualquer momento e uma classificação típica distingue-a entre prévia e *a posteriori*¹⁹. A distinção baseia-se na sua *instrumentalidade*: é *prévia* quando necessária à prática de um acto do regulado ou do regulador. Por exemplo, quando este procede à verificação da existência dos requisitos humanos, técnicos e materiais - funcionários, instalações e instrumentário como equipamento tecnológico - que habilitem uma empresa ou pessoa a desenvolver actividades a nível profissional, preparando a supervisão contínua (cfr. arts. 298º e 304º-8º do CodVM). É *sucessiva* ou *a posteriori* quando se destina à comprovação e verificação da manutenção e cumprimento dos requisitos de legalidade para o exercício de uma actividade pelo seu titular (cfr. arts. 114º, 122º, 292º-8º e 366º do CodVM).

Hoje podemos especificar um pouco mais estas classificações e distinguir as denominadas *inspecções de comprovação*, que têm lugar após obtenção de uma licença, autorização ou aprovação, mas *imediatamente antes* do início da actividade regulada. Também pode ter lugar *imediatamente após* o início de actividade quando o paradigma das “autorizações de entrada” é substituído por meras “comunicações prévias” (*supra*).

A supervisão *contínua* pressupõe actos sucessivos de vigilância e de fiscalização inerentes às relações jurídicas duradouras constituídas entre regulador e regulado, mas algumas inspecções estão limitadas – p.e. até ao esgotamento (ou pela execução) de um acto (caso de uma Oferta Pública de Aquisição de valores mobiliários)²⁰.

¹⁹ Para uma mais exaustiva classificação das actividades de controlo que se inserem nesta actividade - preventivo ou sucessivo, de legitimidade ou de mérito, de actos ou da actividade), vd TENORE, 1999: 12.

²⁰ RAMOS, 2002: 94.

As inspecções ainda se distinguem quanto à sua *fonte* pois podem obedecer: *i)* a um Plano previamente aprovado pelo Conselho de Administração da autoridade administrativa reguladora (os “planos de actuação organizada” são típicos da Administração fiscal, e hoje também exigidos pela LQER²¹ - *infra*); *ii)* a um pedido internacional de cooperação; *iii)* a um tema geral ou genérico, que origina as denominadas inspecções “temáticas” ou “dedicadas”. Neste último caso temos, por exemplo, a prevenção do branqueamento de capitais, a correcta informação na venda de produtos financeiros complexos, a verificação da correcção da informação prestada pelos regulados ao regulador para cobrança de taxas regulatórias (atividade que está paredes-meias com auditorias externas – *infra*); *iv)* as inspecções podem decorrer de uma determinação ou deliberação *ad-hoc*, seja para estudo e melhoria das condições de um mercado, seja para verificar e comprovar factos irregulares suficientemente indiciados por rumores, por denúncias ou reclamações²² (denominam-se muitas vezes de inspecções *extraordinárias* para as distinguir das que decorrem de planos anuais, ditas *ordinárias*, art. 8º do Regime Jurídico da Inspeção, aprovado pelo Decreto-Lei nº 276/2007, de 31 de Julho - *infra*).

Não referimos aqui as *inspecções intra-administrativas* (internas ou aos próprios serviços das autoridades administrativas, usualmente denominados de auditorias internas), as *inspecções inter-administrativas*, nacionais ou internacionais (vg. realizadas por outras entidades, como a verificação pelos serviços da IGAT, da IGAP, do Tribunal de Contas, ou de entidades da administração indirecta da Comissão Europeia

²¹ Acerca dos “planos de inspeção” em vários domínios da economia, sua conaturalidade ao momento político actual, natureza jurídica, publicidade das suas linhas gerais e discricionariedade, *vd.* a vasta bibliografia citada em URETA, 2006: 89.

²² Nos EUA foi-se longe recompensando-se as denúncias de ilegalidades cometidas pelos agentes profissionais no mercado, prevendo-se a possibilidade de recompensa no caso de condenação por crime de iniciados (até 10% da coima aplicada, segundo o art. 21(A) do *SEAct* introduzido em 1988 pelo *Insider Trading and Securities Fraud Enforcement Act*). Mais recentemente, pela lei Sarbanes-Oxley de 2002, além de se proteger o anonimato das denúncias ou prestação de informações (visando-se os profissionais do meio financeiro, e sancionando-se severamente as represálias de que estes possam ser objecto, *vg.* pelos seus superiores – art. 1107), permite-se afastar ou mitigar o sancionamento dos participantes em delitos que os denunciem - CONAC, 2002: 65.

– como a EBA ou a ESMA - ou do Grupo Banco Mundial – caso dos *assessments* do FMI –, ou de *fora* internacionais não institucionais – caso do FATF-GAFI), ou as ditas de *Alta Inspeção* (p.e. audições e inquéritos parlamentares, art. 1º e 8º da Lei nº5/93, de 1 de Março²³)²⁴

A actividade inspectiva pode implicar, do *lado activo*, prestação de actividades de terceiros à Administração. Temos casos de hétero-inspecção mediante colaboração (técnica) com as autoridades inspectoras de outros serviços da administração (directa e indirecta) do Estado, ou da Administração autónoma, local e regional, ou de peritos (*infra*), e casos de *auto-inspecção*. Uma forma de *auto-inspecção por particulares* sucede no caso da auditoria aos Relatórios e Contas das empresas abertas, talvez porque o legislador assumiu que, por eventual falta de competência técnica, pelo custo excessivo ou impossibilidade prática, a inspecção pública deve ser a excepção. Mas tais agentes desenvolvem uma actividade de cariz *público e preventivo* e, como tal, estão *sujeitos a princípios* e regras públicas (de imparcialidade e neutralidade perante eventuais conflitos de interesses), e à *subordinação* à autoridade do regulador (podendo estar sujeitos a sanções pela sua actividade).

Uma última questão respeita à já referida indistinção entre a *inspecção* e a *investigação*. Conforme referimos, a actividade de inspecção encontra-se demasiado confundida com o âmbito sancionatório por alguma jurisprudência e pelo legislador (vd os nºs 1, als. g) e h) e 3, als. a) e b) do art. 40º da LQER). As actividades devem ser claramente dissociadas, porque: 1) a inspecção assenta num momento *preventivo*. O recurso à sanção significa que o primeiro momento de supervisão falhou; 2) porque o binómio regulação-sanção encontra-se em regressão. Acabou o Mundo bipolar típico da era da industrialização, e a opção regulatória moderna vai pelo fomento de políticas de “adesão” voluntária da conduta dos particulares ao quadro regulatório; 3)

²³ https://www.parlamento.pt/Legislacao/Documents/Legislacao_Anotada/InqueritosParlamentares_Annotado.pdf

²⁴ URETA, 2006: 41 ss.

finalmente, porque o fim tradicional da actividade no Estado de Polícia, de *investigar para punir*, cedeu o lugar no moderno Estado-regulador a um ordenar e conformar condutas²⁵.

Correspondendo a funções e a actividades materialmente distintas, tal não significa que o resultado de uma inspecção e os elementos recolhidos não possa levar à instrução de um processo de investigação por áreas com funções contenciosas – o que o Tribunal Constitucional já sancionou²⁶. Mas o que se pretende então com a *investigação* é a corroboração ou obtenção da (nova ou superior) prova da prática de ilícitos que podem ter sido indiciados numa inspecção, obtenção feita através de meios de instrução “fortes” típicos do processo de conta-ordenação ou criminal.

Conforme escrevemos antes, veja-se como a distinção entre “*inspecções*” e *investigação* ou “*inquéritos para averiguação de infracções*” é utilizada, por exemplo, pela lei dos valores mobiliários no “âmbito dos poderes de fiscalização” da CMVM – cfr. a distinção constante das als. a) e b) do nº1, do art. 364º do CódigoVM. Esta sintonia com o art. 262º, nº1 Código do Processo Penal mantém-se quando o Código, já no âmbito da investigação de infracções criminais, também chama a estas últimas “averiguações preliminares” (art. 383º, nº2). A distinção é claramente *teleológica*²⁷. A distinção é traçada consoante a actividade se destina à *comprovação* do cumprimento (*regularidade, legalidade, legitimidade*) das prescrições legais inerentes às actividades nos mercados (sobretudo por aqueles que se encontram previamente habilitados por autorização ou comunicação prévia), ou tem como objectivo a *descoberta e perseguição* de actividades ilícitas administrativas ou criminais. Por definição legal (*vd* Lei nº 49/2008, de 27 de Agosto, Lei da Organização da Investigação Criminal), a

²⁵ URETA, 2006, 36.

²⁶ Neste sentido, *inter alia*, o Ac. do Tribunal Constitucional 340/2013, Proc. Processo n.º 817/12, de 17 de Junho de 2013, <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20130340.html>

²⁷ O CodVM distingue no “âmbito dos poderes de fiscalização” as inspecções que a CMVM entenda necessárias para a supervisão de entidades, e “inquéritos para averiguação de infracções de qualquer natureza” cometidas o âmbito do mercado, contra-ordenacionais ou criminais (cfr als. a) e b) donº1 do art. 364º). Também o encontramos nas regras da Autoridade da Concorrência, CATARINO, 2009; 278.

investigação abarca actos destinados a averiguar a existência de um ilícito, determinar agentes e responsabilidade, descobrir e recolher provas (art. 1º) - noção paralela à de inquérito da lei processual penal.

Ainda no âmbito financeiro, a Diretiva 2014/65/EU do PE e do Conselho, de 15 de Maio de 2014 (relativa aos mercados de instrumentos financeiros, vulgo DMIF II), distingue claramente na supervisão os poderes de “inspecção” e de “investigação” (a par da aplicação de medidas corretivas necessárias), e o poder de solicitar informação e “efetuar inspecções ou investigações no local” (art. 69º, nºs 1 e 2 a) a c)).

Na prática estas actividades (inspecção e investigação) confundem-se porque as acções de inspecção findam muitas vezes com a reposição da ordem jurídica violada (*função preventiva*) mas sobretudo porque têm características *materiais* similares. São ambas actividades *unilaterais, externas e restritivas* ou com efeitos limitativos sobre a esfera jurídica dos obrigados (pelo exercício de poderes de *imperium*); os actos praticados no procedimento externo são sobretudo *técnicos* (visam a comprovação de factos relativos à conformidade legal de uma conduta), são *directos ou imediatos* (pensemos nas actividades de procura de prova *in situ*); a acção em que se traduz é necessariamente *transitória* (temporalmente limitada), e legalmente *regulada* (submetida a princípios legais de razoabilidade, fundamentação, proporcionalidade, mas sobretudo princípios constitucionais fundamentais para-penais e de tutela judicial ou *judicial review*), e *instrumental* (na investigação, a um procedimento sancionatório)²⁸.

As inspecções, enquanto actividades de supervisão externa, podem evoluir para actividades de investigação e passar a inserir-se na instrução de um processo

²⁸ Como veremos, esta intervenção singular da Administração, embora se baseie numa decisão discricionária, pode traduzir-se numa actuação *vinculada* (p.e. inspecção perante uma denúncia) e *regulada*, e é muitas das vezes instrumental (ou, ou como cumprimento de funções de vigilância contínua sobre actividades autorizadas, variando o regime aplicável). Seguimos aqui a classificação de RAMOS, 2002: 50 ss.

contraordenacional ou criminal mas estarão então sujeitas a regimes jurídicos materiais diferentes, também no seu *iter processual*²⁹.

V. Regulação jurídica do procedimento inspectivo

Na maioria dos casos abrangidos pela LQER, as inspecções realizadas têm uma natureza informal, no sentido de que se baseiam em normas gerais de *poder* e não de *procedimento*³⁰. Apesar da falta de regulamentação, nenhuma manifestação de autoridade da Administração Pública é indiferente ao Direito encontrando-se, enquanto tal, submetida a princípios fundamentais gerais da legalidade, da proporcionalidade, da igualdade e da imparcialidade, de celeridade e economia processual, da segurança jurídica, da audição prévia e da protecção da confiança legítima (arts. 266º, 267º CRP e 3º, 4º, 5º 6º, 9º, 14º do Código do Procedimento Administrativo, aprovado pelo DL nº 4/2015, de 7 de Janeiro, CPA). É natural a tendência do legislador sectorial para uma maior extensão dos poderes de intervenção sobre os agentes particulares durante uma actividade inspectora estrita, dado ser um meio eficiente de garantir os superiores interesses públicos tutelados (caso do sistema financeiro e da sua integridade, arts. 82º e 101º CRP). Mas tal intervenção submete-se

²⁹ Relativamente à aplicabilidade do regime jurídico, mais garantista, das regras e princípios internacionais num processo de investigação da Autoridade da Concorrência, aparentemente sem curar da construção de um estatuto do arguido, Ac do Tribunal Constitucional nº 461/2011, Proc. 366/11, de 11 de Outubro, <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20110461.html>

³⁰ Cfr. arts. 364º e 361º do CodVM. No mesmo sentido, os arts. 4º, 10º, 12º, i), do Estatuto do ISP, e 58º-9º do DL nº 144/2006, de 31Jul (actividade seguradora e regime contra-ordenacional); os arts. 9º a 12º do ICP ANACOM; os arts. 22º (“sindicâncias, inquérito, auditorias”) e 56º da ERSE; os arts. 45º e 53º da ERC; os arts. 6º, 28º e 34º da ERS. Embora seja controvertida a sua natureza como entidade de regulação, também a AdC foi provida de normas genéricas de competência (cfr. arts. 7º, nº3, e 17ª), mas igualmente com as normas procedimentais mais completas das demais entidades sectoriais (cfr. arts. 17º, 18º e 20º, “Poderes de inquérito”). Também neste campo procedimental, os estatutos que regem as Inspeções Gerais da Administração Central adiantam bastante mais – cfr. arts. 63º e segs. da Lei Geral Tributária aprovada pelo DL 398/98, de 17Dez e suas sucessivas alterações até à Lei 60-A/2005, de 30Dez, ou os arts. 44º a 54º do Código de Procedimento e de Processo Tributário aprovado pelo DL nº 433/99, de 26Out, mas sobretudo o “Regime Complementar do Procedimento de Inspeção Tributária aprovado pelo DL nº 413/98, de 31Dez (Parte I, “Procedimento de Inspeção Tributária”).

ao princípio do controlo da administração pelo Direito, i.a. através da aplicação das regras gerais da actividade administrativa³¹.

Pela sua natureza e efeitos, existe a necessidade de modulações do regime geral decorrentes da sua função e da natureza limitativa ou restritiva da esfera privada e patrimonial que lhe é inerente (art. 26º, nº1, 34º, 61º, nº1, 62º, nº1, 86º, nº2 CRP). Desde logo na aplicação do princípio fundamental da legalidade: o regime deve ser particularmente intenso, i.e., tem de ser o legislador a estatuir esta competência, os casos e condições de intervenção, e tal regulação deve casar com uma maior profusão regulamentar dado que a inspecção requer alguma *flexibilidade* administrativa. Também a igualdade, a imparcialidade e a proporcionalidade da Administração são fundamentais, por exemplo evitando que se realizem inspecções reiteradas sobre o mesmo agente, pugnando por que se cause o menor prejuízo ou perturbação possíveis para a actividade e reputação do administrado, e que, se não existir outro meio de obter informação, se opte pelos meios que garantam a maior eficácia e a “optimidade” dos actos³² (art. 5º e 7º CPA). O inspector pode, como veremos, recorrer à força pública, o que tem como contrapartida a possibilidade de sindicabilidade contenciosa de actos (vg. por via cautelar), o direito de resistência constitucionalmente garantido (art. 21º CRP), ou, *a posteriori*, o “remédio” normal da responsabilidade civil extracontratual da Administração ou a alegação da invalidade do resultado (vg da prova se se fundar em actos ilícitos).

Cumpra por isso determinar o regime jurídico aplicável a esta actividade administrativa. Numa tentativa de formalização e procedimentalização normativa deparamo-nos desde logo com a referida “Lei-quadro das entidades administrativas independentes com funções de regulação da actividade económica dos setores privado, público e cooperativo”, LQER.

³¹ Assim, Freitas da ROCHA, 2006: 8-10.

³² Substituindo o princípio da *oportunidade* pelo de “optimidade” na conciliação do princípio da legalidade com o da eficiência na obtenção do bem comum, GOMES CANOTILHO, 7ª ed.: 727.

Conforme já referimos não estamos perante uma Lei de valor reforçado (como as leis orgânicas ou aquelas que constituem “pressuposto normativo necessário de outras leis”, arts. 112º, nº 3 e 168º, nº6 da CRP). A LQER não visa estatuir parâmetros materiais, regras e princípios enquanto pressuposto de decretos-lei, nem, ao contrário do que sucede nas leis de bases, criar as *bases* ou princípios a desenvolver posteriormente pela via legislativa (vg através de leis de desenvolvimento, arts. 112º, nº2, 164º, d) e i), 165º, f), g) e u), 198º, nº1 c) e 227º, nº1, c)³³. A LQER não pretende traçar regras e princípios jurídico-materiais e procedimentos a respeitar pelos actos legislativos posteriores, mas criar um ordenamento jurídico genérico dando orientações políticas de harmonização para os actos legislativos posteriores, no que constitui competência legislativa *concorrente com o Governo* (art. 198º, nº1 a) CRP).

O seu regime jurídico pode assim ser derogado, sem qualquer vício de invalidade por ilegalidade ou inconstitucionalidade, quando o Governo estatui por Decreto-Lei os estatutos legais dos reguladores sectoriais, aí fixando, i.a., os poderes de supervisão e de fiscalização e o seu regime (art. 6º e 7º). Tal não sucede, no entanto, se o Governo pretender alterar a sua *natureza* de administração independente, p.e. submetendo-a a poderes de direcção, de superintendência ou de tutela de entidades públicas ou privadas (a “ligação” de cada autoridade a um “ministério de tutela” é aliás uma excrescência de difícil compreensão), ou se pretender limitar a sua independência institucional, funcional ou financeira, ou a sua autonomia de gestão, financeira e administrativa (art. 267º, nº3 CRP). O art. 5º da LQER estatui sobre o regime jurídico aplicável à actividade dos reguladores sectoriais nela contidos (e daqueles que posteriormente venham a ser neles enquadrado), o que pode ser expressamente afastado por Decreto-Lei sectorial (arts. 2º, nº1 e 3º, nº3 LQER). Assim, e para além das normas contidas na Constituição da República Portuguesa e nos instrumentos decorrentes do Direito dos Tratados, temos a aplicação inequívoca das fontes: a) da

³³ CANOTILHO, 7ª ed.: 749.

Lei-quadro cujas normas sejam conformes à legislação comunitárias, *b)* da legislação nacional sectorial, *c)* dos estatutos legais do regulador sectorial, *d)* dos regulamentos internos e subsidiariamente as leis gerais do procedimento administrativo gracioso e contencioso³⁴. São ainda aplicáveis por força da LQER, *i.a.*, o regime da *contratação pública* e o regime geral da *responsabilidade civil do Estado* (afastando-se assim uma antiga querela sobre a aplicação dos princípios gerais da responsabilidade civil extracontratual à Administração independente, AAI) e o *regime de inspecção e auditoria dos serviços do Estado* (als. *b)* e *e)* do nº3 do art. 2º).

Compete à AAI verificar o cumprimento de deveres legais, regulamentares ou de orientações ou determinações do regulador (art. 40º, nº1, *h)* e *h)*, e exercer poderes em “matéria de inspecção e auditoria, de fiscalização e sancionatórios (embora as normas legais contidas nas als. *a)* e *b)*, do nº3, dos arts. 40º e 42º confundam estes conceitos).

Em cada regulação sectorial o legislador seguiu a LQER na distinção entre *supervisão* e *fiscalização*, e as prerrogativas ou actos em que se traduzem as suas competências, mimetizando os poderes enunciados na LQER. No âmbito da inspecção, e atentos casos de especial complexidade, o regulador pode contratar peritos para apoio e acompanhamento dos seus colaboradores (art. 37º). Aqueles dispõem, no âmbito desta prestação de serviços, do direito de acesso à informação relevante e ficam sujeitos ao dever de sigilo no relacionamento externo e tratamento restrito da informação, nos termos aplicáveis à CMVM, mediante apresentação de credencial³⁵.

³⁴ Se a Constituição tem aplicação directa através dos seus princípios fundamentais e das regras preceptivas, a legislação administrativa geral sempre se aplicaria, subsidiariamente, a todas as entidades públicas, no exercício de poderes públicos (mesmo a entidades expressamente excluídas da aplicação da LQER, como o Banco de Portugal e Entidade Reguladora da Comunicação Social).

³⁵ O art. 361º, nº2, *d)* do CodVM já previa a possibilidade de a CMVM poder proceder, como o BdP, à contratação de terceiros, aliás de forma mais ampla. Basta que seja considerado “necessário ou conveniente”, não se exigindo como requisito uma especial complexidade (o Código fala de colaboração “em razão da especialidade técnica”), nem que se trate de uma verdadeira inspecção (é possível em qualquer modalidade ou forma de supervisão).

É importante salientar o regime da inspecção aprovado no âmbito do Programa de Reestruturação da Administração Central do Estado (*PRACE*), pelo Decreto-Lei nº 276/2007, de 31 de Julho - “Regime jurídico da actividade de inspecção da administração directa e indirecta do Estado” (RJI)³⁶. Seria possível entender que o regime jurídico da actividade de inspecção, (“auditoria e fiscalização”) pelos serviços da administração directa e indirecta do Estado (art. 1º) era de aplicação supletiva às entidades reguladoras independentes, antes de 2013. O regime jurídico aplica-se a todos os serviços da administração directa e indirecta do Estado, “aos quais tenha sido cometida a missão de assegurar o exercício de funções de controlo, interno ou externo”, contendo um regime jurídico geral, em termos de cooperação, procedimentos, garantias, direitos e deveres dos inspetores e inspecionados. Na falta de norma expressa, até à LQER publicada em 2013 este regime aplicava-se como meio de colmatar lacunas de regulação de uma actividade que, embora conceptualmente pouco trabalhada e escassamente regulamentada, se traduzia numa intervenção económica pública crescente sobre direitos e liberdades fundamentais (art. 10º Código Civil). O seu âmbito subjectivo de aplicação (art. 3º) foi estendido pela Assembleia da República à Administração independente reguladora de sectores económicos (art. 5º, nº3 LQER), incluindo um especial regime de incompatibilidades e impedimentos para o “pessoal de inspecção” (art. 2º) e algumas regras básicas de organização interna que ultrapassam a revisão do CPA de 2015.

A Lei procede a algumas classificações importantes de inspecção (*cf.* art. 8º, nº3), desde logo entre as “inspecções ordinárias” e as “inspecções extraordinárias”, mas tende a amalgamar os actos ditos de inspecção sem distinguir quando são praticados no que posteriormente designa de actividade de “auditoria, inspecção, inquérito, sindicância, averiguações” (art. 8º, nº1). Ora, a *auditoria* é, quando interna e segundo

³⁶ http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=1627&tabela=leis&so_miolo=

o IIA³⁷, uma atividade independente e objetiva, de garantia e de consultoria, que tem como finalidade acrescentar valor e melhorar as operações de uma organização, avaliando a eficácia dos processos de gestão do risco, e de governação. A *sindicância* traduz-se “numa indagação aos serviços quando existam sérios indícios de ilegalidades de actos de órgãos e serviços que, pelo seu volume e gravidade, não devam ser averiguados no âmbito de inquérito”. Finalidade igualmente diversa tem o *inquérito* que “consiste na verificação da legalidade dos actos e contratos concretos dos órgãos e serviços resultante de fundada denúncia apresentada por quaisquer pessoas singulares ou colectivas ou de inspecção”. Os processos de *averiguações* são processos de investigação sumária, urgentes, que findam com propostas de arquivamento ou de início de processo de inquérito/investigação da mais variada índole - laboral, criminal, contra-ordenacional³⁸.

Uma noção tão “compreensiva” da noção legal de inspecção, que pode revestir a *forma de auditoria, inspecção, inquérito, sindicância ou averiguações*, revela que a lei teve em vista estatuir sobre o *procedimento material fundamental* que subjaz a todas estas formas inspectivas (*vd* arts. 8º e 16º, alínea d). Aliás, nesta aproximação de actividades de inspecção ao exercício de funções de *controlo* (interno ou externo) das entidades reguladas, a distinção residirá nos Regulamentos de inspecção sectorial que desenvolvem o RJI, cuja aprovação é obrigatória (art. 9º).

A par do RJI e dos regulamentos sectoriais dever-se-á aplicar à actividade de inspecção o Código de Procedimento Administrativo? Existe alguma controvérsia relativamente à aplicação das regras gerais comuns aos procedimentos administrativos, *vg* o Código do Procedimento Administrativo. Os seus detractores afirmam que as inspecções não têm por objectivo ou fim praticar um acto administrativo, ou resolver ou definir uma situação ou caso concreto. Visam apenas

³⁷ Noção do *Institute for Internal Auditors*, disponível in <https://na.theiia.org/Pages/IIAHome.aspx>

³⁸ Estas definições legais gerais constam do art. 3º, nº2, Lei n.º 27/96, de 1 de Agosto, que consagra e regula as relações de tutela administrativa.

obter informação que permita a prática posterior de um acto (seja deliberar o arquivamento da inspecção, seja a adopção de uma medida provisória, proferir Recomendações ou ordens ou determinar o início de um procedimento sancionatório). Alegam igualmente que a procedimentalização excessiva daí decorrente, como a audição dos interessados, a fixação de prazos e a formalização de diligências, ou a cooperação necessária com os interessados, colocaria em causa a finalidade inspectiva. Na realidade, o inspecionado tem direito de acesso aos procedimentos e arquivos, nos termos gerais, desde que tal acesso não perturbe ou faça perigar uma inspecção em curso.

A favor da sua aplicação alega-se que o regime jurídico do procedimento administrativo geral ou comum há muito que deixou de ser pensado como instrumental à prática de actos administrativos. As disposições do CPA relativas aos princípios gerais, “ao procedimento e à actividade administrativa”, constituem o regime geral de toda a actividade e actuação pública de *imperium* não especificamente regulada (art. 2º, nº1). Os procedimentos administrativos não são meramente aqueles que se destinam à prática de um acto administrativo, mas todos os que se destinam a formar, a manifestar ou a executar a vontade da Administração (art. 267º, nº5 CRP e arts. 1º e 2º CPA).

A aplicação a título subsidiário não parece dever levantar dúvidas. As autoridades administrativas reguladoras são entes administrativos, criados para prosseguir fins públicos, seguem aqui uma actividade com especial natureza, exercendo poderes públicos ou de autoridade, que se impõem de forma unilateral aos administrados, e que podem vir a permitir ao órgão definir e regular uma conduta externa (arts. 6º e 7º LQER). Os poderes exercidos não decorrem da criação de uma relação jurídica mas da própria lei, e como tal não se afirmam num espaço livre de Direito mas num princípio de legalidade, de razoabilidade e de proporcionalidade. Apesar de a maioria dos actos praticados numa inspecção revestirem natureza material e técnica – por vezes jurídica

mas sem que se forme um acto administrativo -, é necessário que exista uma regulação procedimental que possa ser legitimatória de actos interlocutórios ou de um acto final.

Qual o regime jurídico aplicável perante o pedido de acesso a certidões ou documentos, ou de participação como interessado, ou de audiência e de contraditório? A necessidade de regular juridicamente o procedimento ou actos nele praticados implica que seja chamado o CPA à regulação subsidiária, indo-se para além dos meros princípios administrativos.

A par das fontes *supra* referidas, enformam este procedimento de autoridade princípios fundamentais como da *legalidade* (art. 266º CRP e 3º CPA). Dadas as suas características intrusivas e potencialmente limitadoras da liberdade individual, é essencial que seja o legislador a estatuir as competências, o seu *alcance* e *âmbito*, *meios* e *faculdades* (art. 18º CRP). A habilitação legal deve determinar uma *regulamentação administrativa necessária*, externa e interna, dada a necessidade de flexibilidade inerente à actividade (art. 9º RJI).

É igualmente essencial a observância de princípios da *igualdade* e da *imparcialidade* estrita (*neutralidade* ou isenção, arts. 6º e 9º CPA), dada a ampla discricionariedade de decisão e de ação. Os supervisionados não podem ser tratados de uma forma desigual que não se baseie em factos objectivos e razoáveis, nem que algum tenha um tratamento mais favorável. Por isso é igualmente essencial a existência de Planos de supervisão e a sua fundamentação - o *Quem*, o *Quando*, o *Porquê*, o *Como* e o *Onde*, *Por quem* – *infra* (art. 8º RJI).

O princípio fundamental da *proporcionalidade* deve ser cumprido pelo legislador ao estatuir estes meios *fortes* de intervenção ou de correcção de actos dos particulares (caso das medidas provisórias ou de polícia administrativa, ou da utilização de meios coercivos ou de meios cautelares). Também a Administração é instada a cumprir na sua actuação os princípios fundamentais da *igualdade*, de *razoabilidade* e de

necessidade de intervenção, da *adequação* dos meios utilizados (e da estratégia) face ao fim pretendido, *proibindo o excesso* (art. 266º, nº2 CRP e art. 7º CPA). Como referimos, tal impede um regulador de realizar repetidas inspecções a um mesmo sujeito como *second best* de falta de condenação ou de prova bastante da prática de ilícitos - o que se não deve confundir com os actos de monitorização do cumprimento de ordens ou de determinações concretas³⁹. Também exige a adopção de medidas com a menor perturbação ou custo possível para o regulador e para os visados, evitando actos inúteis, fora de horários normais de trabalho ou que causem dano público à reputação do visado. As relações devem pautar-se pela *boa-fé* e por isso a realização de inspecções deverá ser previamente comunicada ao visado - a menos que tal comunicação comprometa os objectivos pretendidos, art. 16º, d) RJJ.

Os princípios da *eficiência* e da *eficácia* foram erigidos, na moderna Ciência da Administração, a princípios fundamentais, e assentam numa relação de idoneidade dos *meios utilizados* face aos *objectivos* definidos. Podendo considerar-se reconduzido ao princípio fundamental da proporcionalidade, o mandato de eficácia pugna por uma actuação que impeça a consolidação na ordem jurídica de ilegalidades (importante no paradigma do “Estado supervisor”), mas também a caducidade ou a prescrição de infracções ou procedimentos punitivos. O princípio da *eficácia* encontra-se por isso ligado ao princípio da *celeridade*; o regulador tentará inspecionar todos os regulados mas, não sendo possível, há que afazer uma adequada seleção do objeto.

³⁹ Neste sentido a decisão do Tribunal Central Administrativo Sul, Proc. 5674/12, de 14Abr2015: “a realização, sem qualquer fundamento, de forma repetida, relativamente ao mesmo sujeito e quanto aos mesmos factos, é inaceitável, quer do ponto de vista dos princípios e valores jurídicos subjacentes ao ordenamento jurídico tributário, em especial dos que regulam o procedimento inspectivo, quer os próprios direitos e garantias que no Código de Procedimento e de Processo Tributário e na nossa Lei Fundamental são reconhecidos aos contribuintes, recordando-se que, nos termos do artigo 266.º da CRP, toda a actividade da Administração Tributária, embora directamente direccionada para a realização do interesse público (em primeira linha, o da obtenção de receita), deve pautar-se pela subordinação e respeito à Lei e à Constituição, isto é, respeitar os direitos e interesses legítimos dos cidadãos (princípio da legalidade), da igualdade, da proporcionalidade, da justiça e da boa-fé”.

VI. O procedimento inspectivo ou de fiscalização *in situ*.

O procedimento inspectivo traduz uma sucessão de actos e de factos ordenados que, de uma forma racional, permitirão a concretização da vontade da administração inspectiva. Por regra, o procedimento inicia-se mediante a prática de um acto formal, desenrola-se e finda tipicamente com uma decisão. Veremos que é conatural à actividade de inspecção que, a final, se cumpra o dever de o inspector informar o órgão administrativo competente para decidir. Quando existam propostas de *non facere* a dirigir ao inspecionado, ou de *facere* dirigidas ao órgão decisor, existe um dever de decidir pelo órgão competente (art. 13º CPA).

A actividade inspectiva dos reguladores, dissemo-lo já, é uma actividade tipicamente desprocedimentalizada e desformalizada (inexiste formalismo legal e normas de procedimento especial, na generalidade dos sectores). No entanto, não é uma actividade juridicamente desregulada no seu *iter* procedimental.

A actividade é simultaneamente *interna* – com a preparação da inspecção, com a análise aprofundada dos documentos, dos factos, da sua coerência, dos meios a utilizar face aos objectivos -, e *externa* – com a prática dos actos materiais que se praticam nas instalações dos inspecionados ou de terceiros envolvidos na inspecção.

Existem 4 fases típicas num procedimento de inspecção: a *iniciativa*, a *instrução*, a *decisão* e a *integração da eficácia* ⁴⁰.

A *iniciativa* nasce necessariamente de deliberação de órgãos superiores do regulador (ou de quem tiver poderes delegados), mediante proposta tecnicamente fundamentada. Fora do âmbito criminal e no âmbito das suas atribuições de supervisão ou fiscalização administrativa a deliberação do início do procedimento de

⁴⁰ GOUVEIA, 2016: 82.

inspecção pode decorrer de pedido, de queixa ou de denúncia, mas igualmente de um Plano prévio.

É essencial a fase da *planificação* e da *deliberação* subjacente à *iniciativa*. Quer estejamos perante inspecções “ad-hoc” quer perante inspecções baseadas em planos anuais de supervisão, há que saber *Quem* (?) vai ser objecto de inspecção, *Quando* (?) se vai iniciar, o *Porquê* (?) da sua motivação ou o fundamento, *Como* (?) e *Onde* (?) se realizará, *vg* em termos territoriais, *Por quem* (?), em termos de recursos humanos, de instituições ou peritos envolvidos, previamente identificados, e credenciados⁴¹.

Todos estes requisitos determinam o *objecto* e a *finalidade* concreta da inspecção. Dada a escassez de meios *materiais* e *humanos* da Administração, as dificuldades técnicas e materiais inerentes à actividade, e perante a ampla discricionariedade de decisão (liberdade de acção) e a vastidão de sectores a regular (não se podem inspecionar todos ao mesmo tempo), o cumprimento diligente do poder-dever de inspecionar é provado através da *fundamentação* dos procedimentos de inspecção eleitos. Assim se afastam alegações de prossecução de interesses políticos ou de interesses e agendas próprias (sobretudo quando as entidades reguladoras são objecto de auto-captura e patrimonialização dos cargos).

A formação da vontade de iniciar uma inspecção é também um momento essencial de controlo da actividade do regulador, da sua eficiência, igualdade e imparcialidade (a igualdade e imparcialidade, a par das garantias dos visados, são motivos pelos quais se proíbem inspecções sem objecto pré-definido, como as *phishing expeditions*), mas também de prevenção da alegação da sua responsabilidade. Demonstra o cumprimento diligente das suas atribuições, no que pode ser a defesa perante a alegação de danos sofridos por terceiros decorrentes da omissão de vigilância, ou de

⁴¹ Neste sentido, *i.a.* o art. 9º, nº3 ERSAR; art. 13º ERSE; art. 4º, nº3 ANAC; arts. 12º, nºs 1 e 2 e 44º ANACOM.

acção (por errada ou tardia inspecção, ou por violação grave de princípios fundamentais).

A inspecção não pode ser arbitrária mas decorrer de elementos *objectivos* como seja um *plano de actividades de inspecção*: estas são usualmente efetuadas “em execução de planos de inspecções previamente aprovadas” e “sempre que se verifiquem circunstâncias que indiciem perturbações no respectivo setor de atividade” (art. 42º, nºs 1 e 3 LQER)⁴². É discutível se tais planos internos têm natureza de *ordem de serviço* ou *instrução interna*, com efeitos hierárquicos, ou mesmo de actos com efeitos externos – neste último caso deveriam obedecer às regras de toda a actividade regulamentar que estatui deveres e direitos para particulares. Mas as decisões não são públicas.

Os planos ou programas anuais no sector financeiro são usualmente baseados em *modelos de risco* que atribuem *racionalidade, objectividade, normatividade e eficácia* à inspecção. Os modelos de risco foram há muito assumidos pelas teorias do *new public management* como meio de maior eficiência e economicidade pública, juntamente com a gestão por *objectivos* (art. 4º LQER)⁴³. Com base em informação coligida e tratada pelo órgão de supervisão e aplicação de métodos e fórmulas matemáticas, obtém-se uma notação de risco para o universo dos supervisionados. Esta notação é essencial para a fixação dos *objectivos*, da *estratégia*, das *condutas* e dos *meios* a afectar, da necessidade de cooperação e/ou de colaboração com outras entidades, nacionais ou estrangeiras, o período temporal previsível e os locais onde operar.

A deliberação depende de alguns critérios subjectivos: os efeitos que se pretendem obter (de comprovação, de prevenção, de dissuasão); o grau de perigo ou de risco de determinadas condutas ou agentes; a repercussão social e o dano público que pode ser infligido aos visados; o tipo de actos iniciais mais adequados. Tal não afasta a

⁴² No mesmo sentido, art. 99º da Directiva 2013/36/EU do PE e do Conselho, de 26Jun2013, ou CRD IV.

⁴³ URETA, 2006: 105-30.

liberdade de decisão interna e não obsta a que em cada momento sejam decididas outras actuações “ad-hoc”, porque necessárias face a condutas perigosas ou urgentes (dispensando-se prévias comunicações), ou face à alteração de circunstâncias e por conhecimento de factos novos.

A sua essencialidade e efeitos para o mercado (em termos de prevenção, de boa-fé, de garantia, de justificação e racionalidade) *implicam que exista alguma divulgação pública*, não dos planos concretos ou dos seus métodos de trabalho, mas dos *critérios genéricos* seguidos ou definidos como linhas de orientação. Embora não exista a possibilidade da sua impugnação (excepto quando deles resultem efeitos directos e imediatos para um regulado), também não podemos esquecer que eventuais desvalores jurídicos de que enferme podem ser posteriormente arguidos em casos concretos, a par de actos procedimentais com efeitos jurídicos danosos (sejam imputáveis ao inspector e/ou ao órgão de decisão/deliberação, arts. 8º do Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado aprovado pela Lei nº 67/2007, de 31 de Dezembro - RRCEE)

Com efeito, a generalidade dos actos de inspecção são técnicos, materiais e de tramitação e execução mas, perante actos externos, *vg* os praticados total ou parcialmente nas instalações dos inspecionados, pode vir a ser suscitada a correcção formal da inspecção. Tal possibilidade é de tomar em conta aquando da necessidade de medidas provisórias de polícia, cautelares ou obrigações de *pati* determinadas no local pelo inspector em estado de necessidade - apreensão de documentos, selagem ou encerramento de locais onde se desenvolve o negócio ou de actividade da empresa). Com efeito, o Código de Processo nos Tribunais Administrativos (CPTA), aprovado pela Lei nº 15/2002, de 22 de Fevereiro, permite a impugnação de “todas as decisões que, no exercício de poderes jurídico-administrativos, visem produzir efeitos jurídicos externos numa situação individual e concreta sendo irrelevante a sua forma (art. 52º e segs.). Igualmente de considerar é a possibilidade de o visado recorrer

então a processos administrativos cautelares contra o regulador (Título IV, Cap. I CPTA), como a intimação da autoridade administrativa para a prática ou abstenção da prática de uma conduta (art. 112º) ou de recorrer a processos urgentes (Título III, Cap. II CPTA), como a intimação para a protecção de direitos, liberdades e garantias que o inspeccionado entenda estarem a ser violados (art. 109º ss).

O verso destes poderes decorre de, no decurso do procedimento inspectivo, o regulador poder recorrer a *medidas provisórias* ou a *procedimentos cautelares (infra)* ou instar o inspeccionado a alterar de imediato uma conduta perigosa (*infra*, Parte II).

A fase da *decisão* não é por isso totalmente separável das demais fases do procedimento, como a *instrução*. A deliberação inicial é essencial pois funciona como *autorização* e contém um feixe de instruções genéricas aos colaboradores do regulador e aos regulados, permitindo cumprir juízos legais de necessidade e de oportunidade – *i.e.*, juízos de que se conformam com as normas legais atributivas de tal poder⁴⁴. Para além do cumprimento dos princípios gerais que regem toda a Administração, a instrução é balizada por dois parâmetros:

a) há-de incidir sobre informação *necessária* face à finalidade da supervisão (o que ainda deixa uma ampla margem de oportunidade ou conveniência);

b) os dados ou documentos a obter devem ter *conexão com a lei sectorial* que rege os mercados (circunstância que *legitima* a própria intervenção da autoridade).

Quando se traduza em inspecções *in situ* deve existir uma *comunicação* ou notificação prévia ao inspeccionado de cujo *conteúdo* constem elementos como a *identificação e habilitação* dos inspectores (“credenciados”), o *objecto*, o *tempo* (as inspecções não podem ter uma duração ilimitada pelos possíveis efeitos de ingerência na organização e funcionamento da empresa, art. 86º, nº2 CRP), e o *local* da

⁴⁴ VERA, 1998: 54. Não entrando na questão da natureza destes planos, certo é que esta autovinculação é garante de igualdade e objectividade de actuação, e de redução da discricionariedade – também, RIVERO ORTEGA, 2000: 196; DELLIS, 1997: 339.

inspecção. Outras informações sobre o objecto da inspecção, as regras que a regem e os efeitos das diligências poderão ser complementadas, sendo prestadas em reunião prévia com os responsáveis dos regulados, ou no momento do seu início (arts. 16º, d) do RJI, *a contrario*, e, no mesmo sentido, o art. 44º, nº2 ANACOM).

Quando tal notificação prévia contenda com o objectivo da inspecção, possa frustrar um eventual efeito surpresa, ou se tenha de agir em estado de necessidade (art. 3º, nº2, 10º-12º CPA), procede-se à sua comunicação em momento posterior ao início da inspecção. *A posteriori* existirá sempre a possibilidade de contraditório e de audição. No entanto, a necessidade de comunicação prévia não deverá ser afastada com base em meras teorias de eficiência⁴⁵.

O dever de *identificação*, tal como o dever de *respeito e consideração* (urbanidade) durante a inspecção, são essenciais. Existe um documento oficial (“credencial” ou, nos serviços que tenham áreas de inspecção, *cartão de inspector*) que confere autoridade pública ao colaborador-inspector, salvaguardando desde logo a sua posição pessoal. Afasta-se a ilegitimidade de quem se arrogue exercer tais poderes de autoridade, através da protecção penal, e da possibilidade do exercício de poderes de *imperium* numa actividade externa - embora o excesso ou errada utilização (abuso de autoridade) sejam igualmente sancionados (arts. 358º, 386º e 382º Código Penal). A credenciação do inspector confere-lhe competência perante os inspecionados para a prática dos actos de autoridade legalmente previstos (deve fazer prova da sua legitimidade quando lhe for solicitado), mas também a possibilidade de recorrer, se necessário, à força pública *vg* policial. O dever de urbanidade tem efeitos disciplinares

⁴⁵ O Supremo Tribunal Federal norte-americano tem reiterado a necessidade de notificação prévia, mesmo no caso de inspecção a actividades particularmente perigosas por entidades como a OSHA, refuta quaisquer teorias de eficiência. Vd casos *Marshall vs Barlow's Inc.* 98 S. Ct. 1816 de 1978 e *Michigan vs Tyler*, 98 S. Ct 1942, de 1978 in *Supreme Court Review* infra, de 1978, “Fourth Amendment – Administrative Searches and Seizures”, in *Journal of Criminal Law and Criminology*, vol. 69, nº558, pp. 552-562.

(a par dos demais regimes de responsabilidade) e impende sobre todos os funcionários em geral.⁴⁶

Estes elementos são essenciais para se obter a *colaboração* e a *participação instrutória* dos inspecionados. Esta cooperação é preciosa para uma ação eficaz pois permite compreender melhor os documentos ou atos sob análise, e com o menor dano possível – o que evita o recurso a medidas judiciais ou a sanções erradas⁴⁷. Quando os supervisionados optem pelo silêncio, tal política encerra para eles graves riscos: i) pela possibilidade de prática de ilícitos (se incumprirem os seus deveres legais de cooperação e de prestação informação); ii) pelo risco de cessação da sua actividade (alguns elementos de informação são *conditio sine qua non* da sua manutenção no mercado, após a autorização)⁴⁸.

O direito de participação no procedimento pelo inspecionado, contrapartida do *dever de cooperação activa* (obrigação de *facere*), permite-lhe carrear elementos e informação e esclarecimentos que considere úteis ou necessários face ao âmbito e ao objecto da inspecção. Aliás, face à possível instrumentalidade da inspecção perante um posterior processo sancionador, ele deve carrear informação e, a final, proceder por escrito às alegações, esclarecimentos e exposição que entenda deverem constar do Relatório final. Este dever de colaboração constitui a contra-face do direito do inspecionado a obter informação (princípio da cooperação e do contraditório, arts.

⁴⁶ Acerca das especificações pode ver-se uma breve síntese das *Grandes Écoles* francesas e espanholas de engenheiros e outros, ou os *clubs* ingleses e TUV alemãs (*Technische Überwachungs Vereine*), de verificação e controlo de riscos, AMETLLER, 2003: 21 ss. Particularmente incisivo nestes “deveres acrescidos” quanto à defesa dos direitos absolutos e interesses patrimoniais das entidades reguladas e dos investidores, ALBUQUERQUE, 2004: 123.

⁴⁷ Neste sentido, Ac. STA de 14Dez2005 no Proc. 644/2005, in *ADSTA*, 535, 1201.

⁴⁸ Claro que, mesmo nos casos em que não possa existir uma prévia comunicação da inspecção para não frustrar a actividade inspectora, ainda aí o contraditório será exercido, embora *a posteriori* ou sucessivamente – *cfr.* TENORE, 1999: 75. Esta última questão, de fixação de um *prazo* para o procedimento, é extremamente importante devendo entender-se que se aplicam aqui as normas gerais constantes do procedimento administrativo (*vg.* para processos urgentes), e, se a inspecção se inserir no campo das contra-ordenações, os princípios do processo penal do “prazo razoável” também se aplicam aqui (neste sentido igualmente ORTEGA, 2000, 186).

11º-12º CPA), estando esta troca de impressões e esclarecimentos (mútuo) apenas limitado pela eficácia da inspecção e pelo dever de sigilo legal.

As autoridades inspectoras podem ainda: *i)* solicitar a colaboração técnica de quaisquer serviços da administração pública para acompanhamento das acções de inspecção (art. 7º RJI); *ii)* nos termos das respectivas atribuições e competências, devem colaborar entre si e com entidades da administração directa ou indirecta do Estado, e mesmo da Administração autónoma, local e regional (art. 7º RJI); *iii)* podem contratar peritos para apoio e acompanhamento dos inspetores, regime pensado sobretudo para intervenção de entidades privadas que acarretam um custo directo (i.a. art. 37º, nº2 Estatutos; art. 9º, nº4 e 42º ERSAR; art. 12º, nº3 ANACOM).

O procedimento instrutório deve findar com a redacção de um Relatório de Inspecção (as tradicionalmente denominadas *actas inspectivas* da sociedade industrial, que eram redigidas no local e coassinadas pelo interessado). O resultado das inspecções deve ter a intervenção dos interessados através de audição prévia - nos casos de imediata assinatura esta não consubstancia uma *aceitação* mas mero *conhecimento* do seu conteúdo -, podendo os inspecionados inserir observações e documentos sobre o que entenda como *factos relevantes* (art. 67º-8º CPA).

Existe um *dever de diligência* dos inspectores na obtenção de informação *completa* e *suficiente* para determinar os factos, e a responsabilidade e as circunstâncias objecto de investigação, permitindo a tomada de decisões pelo órgão hierarquicamente competente com base probatória (*vg* documental) suficiente. Estamos perante actos com relevância externa mas preparatórios de decisões definitivas, devendo ser afastada qualquer ideia da sua definitividade e autotutela ou consequências executórias.

Face às *declarações* do inspector e do inspecionado, aos documentos constantes do processo, e perante conclusões e propostas fundamentadas, a acta é posteriormente

votada e aprovada pelo órgão dirigente. Nos órgãos colegiais é natural haver *dissenting opinion* inerente à independência de espírito dos seus membros e ao julgamento próprio que deve guiar a *governance* interna de órgãos colegiais (privados ou públicos), numa resistência ao fenómeno de *group think*. As abstenções ou opiniões dissidentes devem ficar lavradas em acta também pela sua relevância para efeitos de eventual responsabilidade pessoal - pública ou privada (art. 8º RRCEE).

Tal como sucede com a realização da audiência prévia, todos estes actos desempenham um *papel regulatório* não despidendo enquanto *alternative douce* de adequação de comportamentos. O mesmo sucede com eventuais recomendações ou injunções posteriores, que devem ser monitorizadas, a termo (art. 15º, nºs 4 e 6 RJI). Podem também servir de antecâmara de procedimento sancionatório (*alternative dure*), caso em que, tendo a autoridade poderes sancionatórios, deve a respectiva área de sancionamento ter conhecimento de tais propostas para iniciar um procedimento de investigação e eventual aprofundamento da inspeção, *vg* obtendo mais prova (ou utilizando outros meios de prova), face aos ilícitos detetados (art. 15º, nº7 RJI).

VII. Estatuto material dos agentes da inspeção.

A criação de corpos públicos como os inspectivos, é típica de uma filosofia criadora de “expertocracias burocráticas”, *i.e.* de uma administração burocrática que domine pelo seu *saber*, como foram no início do séc. XX as autoridades independentes.

É tão imprescindível na moderna era da tecnologia e da inteligência artificial como o foi no fim do séc. XIX. Numa sociedade que se industrializava em toda a Europa, sentiu-se a necessidade de criação de corpos e organismos públicos especiais de controlo, como a actual Inspeção Geral Tributária, ou da Segurança Social, das Condições no Trabalho, da Saúde. A sua especificidade baseava-se no que Max Weber denominava de *domínio ou autoridade do saber*.

A inspecção juntava a uma Administração de Fomento económico a Vigilância e fiscalização típica de Polícia, para garantir a higiene e a segurança perante os primeiros perigos técnicos e sociais, de produtos e indústrias. Era dotada de uma tão grande autonomia técnica e funcional (necessária à sua imparcialidade) que fundou a denominada “hierarquia debilitada” ou de “eficácia indiferente”⁴⁹.

Os agentes e funcionários que desenvolvem a sua actividade inspectiva encontram-se ainda hoje adstritos a direitos e deveres funcionais *especiais* porque típicos da inspecção. A existência de uma racionalidade técnica independente e de uma forte autonomia funcional pretende evitar a instrumentalização da actividade, que se pode traduzir, por exemplo, em afastar o cumprimento das ordens hierárquicas inspectivas de carácter particular ou singular que imponham *um resultado* concreto, positivo (*p.e.* nas conclusões sobre ilícitos) ou negativo (*vg.* de não inspecção ou de não verificação de quaisquer ilícitos). Também visa evitar que sigam par a par (ou nas mesmas mãos) os distintos poderes de inspecção e/ou investigação e sanção.

Claro que estas características podem contender com o poder *funcional* de direcção típico da hierarquia administrativa, sendo certo que existem ordens superiores que são formal e materialmente legítimas, como *p.e.* o actuar perante denúncias concretas ou o não actuar dado as mesmas se basearem em comunicações anónimas não plausíveis e sem provas. Outras poderão condicionar funcionalmente a eficácia de uma inspecção - e por isso serem ilegítimas -, como pretender fazer reflectir dissídios técnico-profissionais no desenvolvimento ou nos resultados de uma inspecção; não o conseguindo, pretender por isso alterar uma equipa ou substituir todos os agentes que já estão “no terreno”, inopinadamente e sem fundamento; estabelecer novos prazos, irrazoavelmente curtos, numa actividade *on-going*; reflectir dissídios técnico-profissionais nas progressões na carreira inspectiva, na variação dos respectivos vencimentos ou na atribuição dos prémios de produtividade.

⁴⁹ AMETELLER, 2006: 9; RAMOS, 2002: 216-238; URETA, 2006: 222.

As “linhas vermelhas” da autonomia são etéreas: há que saber distinguir quando está em causa o confronto entre a autoridade *funcional* ou do *saber* e a que advém da titularidade de um cargo na organização burocrática (autoridade *material* vs autoridade *formal*). Pode haver uma mera dessintonia entre superiores hierárquicos e os inspectores na valoração, qualificação ou interpretação jurídica dos factos que estão submetidos ao seu conhecimento por via da inspecção; mas não existe na relação de subordinação hierárquica qualquer dever legal de plena e/ou prévia sintonia na valoração de factos.

A intervenção hierárquica directa sobre as conclusões de um inspector (não sobre a mera redacção), alterando-as, ou fazendo-o mudar de sentido sem fundamento lógico ou técnico, pode violar os seus deveres legais de imparcialidade ou neutralidade e constituir mesmo falta disciplinar grave do superior administrativo. Claro que lhe é sempre possível destruir a eficácia de uma inspecção ou de um relatório, *vg* através da denominada “ineficácia provocada”: tomando o relatório ou respectivas conclusões como meramente informativas ou opinativas; arquivando-o; ou nada decidindo⁵⁰.

A dificuldade de a autoridade *formal* aceitar a sobreposição de uma autoridade *material*, em que se deve basear, é real, e em último caso aos Tribunais poderá ser atribuída a apreciação de condutas em concreto, *vg* do ponto de vista disciplinar. Mas a lei é expressa ao afirmar esta ampla autonomia técnica e funcional dos inspectores, no exercício das funções de inspecção: num caso concreto, nos limites da acção e respectivas finalidades, não podem receber senão orientações genéricas (art. 10º RJI).

O correspondente desta autonomia e independência funcional dos inspectores é a exigência de grande *capacidade técnica*. O estatuto funcional e remuneratório interno, os exigentes requisitos numa contratação (pública) com a divulgação (fundamentada)

⁵⁰ VERA, 1998: 57; URETA, 2006: 106; RIVERO ORTEGA, 2000: 190; GAVÍN, 2000: 238-9.

dos resultados concursais (arts, 26º, 28º, 32º, 48º LQER⁵¹), demonstrarão também que eles têm e obedecem a exigências de extrema habilitação e qualificação profissional. Não exageramos se afirmarmos que as suas competências devem ser, tecnicamente, superiores às de um juiz. Também por isso é reforçada a exigência de *imparcialidade* e de *neutralidade* da sua actuação, o que, ante a independência técnica, pressupõe um regime de *incompatibilidades* reforçado: não deve participar em inspecções em entidades com os quais teve (ou tem, se permitido) alguma relação pessoal, profissional ou empresarial, directa ou indirecta.

Existe um regime de *incompatibilidades* e *impedimentos*, e de *prevenção de conflitos* de interesses extremamente exigente (art. 20º RJI), que é completado pelo regime geral do procedimento administrativo (arts. 69º-74º CPA, arts.19º e 32º da LQER).

Salientamos um caso particular em que um regulador (a CMVM) tem no seu Estatuto a previsão da existência de uma Comissão de Deontologia que intervirá necessária e fundamentadamente em matérias de conflitos de interesses, a pedido do Conselho ou da pessoa visada, por exemplo quanto à possibilidade de intervenção numa ação inspectiva (*cf* art. 29º, nº1 dos Estatutos). Não tem poder para derrogar ou isentar a aplicação da lei, nem para decidir situações em abstracto – i.e., não tem competência para praticar actos normativos. Mas, perante um caso concreto, em caso de dúvida (casos claros e com precedentes não devem ser objecto de ponderação), procederá à sua verificação e decisão, aplicando a lei, e eventualmente dirimindo possíveis dissídios.

⁵¹ Um bom exemplo de *governance* interna dos reguladores pode ser visto no *website* da ERSAR vg com divulgação de regulamentos internos de avaliação de desempenho, de carreiras, de remunerações, de recrutamento, de selecção com divulgação dos resultados fundamentados - <http://www.ersar.pt/pt/site-comunicacao/site-noticias/Paginas/onclusao-de-procedimentos-de-recrutamento-para-a-ERSAR.aspx>).

A salvaguarda da autonomia e neutralidade de actuação estende-se a eventuais pleitos judiciais decorrentes de actos praticados no âmbito das suas funções. Nos *processos judiciais, disciplinares ou criminais* que sejam intentados contra os inspectores, devido a actos ocorridos *no exercício e por causa* das suas funções, eles devem ser assistidos por um advogado indicado pelo dirigente máximo do serviço, ouvido o interessado – este terá uma opinião sobre a escolha do defensor. O organismo de supervisão pagará os honorários do advogado, as custas judiciais, as deslocações e ajudas de custo necessárias para comparencia no tribunal – e esta garantia deve estender-se a processos disciplinares internos, corolário da sua independência técnica perante os inspecionados e os seus superiores hierárquicos (art. 19º RJI). No caso de condenação judicial o colaborador que foi objecto de demanda judicial deve reembolsar a autoridade administrativa dos custos em que esta incorreu (art. 19º, nº3 RJI).

A necessidade de independência, imparcialidade e igualdade pode ser reforçada por um estatuto remuneratório especial (art. 23º, nº 2 e 3 RJI e arts. 4º, 10º e 48º LQER). Com efeito, os chefes de equipa multidisciplinares *podem* ter um *estatuto remuneratório* diverso, com um acréscimo remuneratório, a par da designação de coordenadores, não em termos “ad-hoc”, mas nos termos dos respectivos diplomas orgânicos ou regulamentos internos de carreiras e de inspecção. A legalidade e transparência da sua actuação encontra-se por isso dependente dos *regulamentos internos* de carreiras, de remuneração e de inspecção.

Como contrapartida dos seus poderes de obtenção e detenção de informação, existe um forte dever de *sigilo profissional perante terceiros*, que vigora durante e após cessação de funções, relativamente às matérias de que tomaram conhecimento no exercício e por causa das suas funções. Os colaboradores dos reguladores não podem divulgar tais informações, nem utilizar ou obter proveito, próprio ou alheio, por si ou por interposta pessoa, (art. 21º RJI, mas também, p.e. os arts. 354º e 373º

CodVM, 78º RGIC, e 383º Código de Processo Penal). A possibilidade de acesso a dados e informações comerciais e industriais susceptíveis de afectar a vida profissional (ou pessoal) da empresa ou dos seus colaboradores, em virtude da génese da sua *auctoritas* funcional, individual ou física, determinou que a violação do *dever de segredo* seja civil e criminalmente punido⁵².

Este dever de segredo pode entrar em conflito com o *dever de colaboração com a Justiça* ou com o *dever* que impende sobre os funcionários, *de comunicação de ilícitos* verificados no decurso e por causa da actividade inspectora, quer às autoridades judiciárias (*cf.* o conceito *funcional* de autoridade por participação em funções públicas do art. 386º Código Penal) quer a pedido de outras autoridades públicas. Existem regras para fazer face a um eventual conflito de deveres (art. 11º do Código Penal), devendo ser judicialmente suscitada a apreciação da possibilidade do levantamento do sigilo (art. 135º Código de Processo Penal).

Existe sempre um *dever de imediata comunicação interna dos ilícitos de que o inspector tomou conhecimento, ao superior hierárquico*, e as actas ou relatórios de inspecção lavradas fora dos limites fixados no caso concreto valem como denúncias ao regulador (art. 40º, nº3, e) LQER).

VIII. Os poderes das autoridades na situação jurídica inspectiva.

A actividade inspectiva encontra-se balizada pelos seus *objectivos* e pelos *actos legalmente permitidos, necessários e adequados* (arts. 11º RJI). As diversas leis sectoriais seguiram uma enumeração das prerrogativas necessárias a uma eficaz e eficiente acção, similar à contida na LQER e no RJI de que salientamos:

⁵² Desde há muito que a IOSCO estatui entre os seus princípios, que *Where accountability is through the government or some external agency, the confidential and commercially sensitive nature of much of the information in the possession of the regulator must be respected. Safeguards must be in place to protect such information from inappropriate use or disclosure*, <http://www.iosco.org/library/pubdocs/pdf/IOSCOPD82.pdf>

- i) o direito de *acesso* às instalações das entidades sujeitas às suas competências de supervisão, durante o *tempo necessário* para o exercício da função;
- ii) a possibilidade de *requisição* para exame e consulta e/ou de *apreensão* para junção aos autos de inspecção, livros, documentos, registos, arquivos e outros elementos que sejam *pertinentes*, i.e. legalmente obrigatórios e objecto das suas competências que se encontrem relacionados com o âmbito ou objecto da inspecção (a LQER refere no seu art. 42º a faculdade de obter cópias ou extractos dos documentos “controlados”). Podemos acrescentar o acesso à documentação relacionada, como a contabilística, os extractos financeiros e bancários, relatórios e pareceres relacionados com a actividade regulada e que permitam prosseguir o objectivo da inspecção;
- iii) proceder a *exames* e *perícias*, por exemplo nos sistemas informáticos e na documentação relativa à sua programação e processamento de dados no âmbito regulado (a lei geral fala também na possibilidade de fazer medições e colheitas de amostras para exame laboratorial, mas tal depende naturalmente dos meios detidos pela entidade que inspeciona e pelo exercício do direito de colaboração) - art. 16º, c) RJI;
- iv) *convocar* colaboradores, trabalhadores ou representantes legais dos regulados, para prestação de *esclarecimentos*, *declarações* ou *depoimentos* – se necessário através de ajuda de autoridades policiais (art. 13º RJI). Este dever de cooperação recai sobre factos ou documentos “relacionados com o objecto e a finalidade da inspecção ou auditoria”, na letra do art. 42º, nº2 da LQER, o que demonstra como o âmbito e finalidade da inspecção determina o exercício em concreto dos poderes legais;
- v) solicitar o *fornecimento* ou *cedência* de material ou equipamento próprio do supervisionado, e o *fornecimento nos locais inspecionados de instalações* “dignas” e “eficazes” para o desempenho das funções de inspecção. A eficácia prende-se naturalmente com a vantagem decorrente da presença

dos inspectores nas instalações, que permite no imediato esclarecer dúvidas, obter informação e documentos relevantes (arts. 4º e 5º, 16º, h) RJI);

vi) tomar medidas *provisórias adequadas e necessárias*, como proceder à *selagem* de instalações, à *apreensão* de documentos e objectos de prova, lavrando o respectivo auto (dado o impacto externo estas medidas devem ser objecto de uma particular fundamentação, arts. 268º, nº3 CRP e 152º CPA, e art. 16º, e) RJI);

vii) solicitar o *apoio de autoridades policiais* em caso de necessidade (arts. 16º, f) RJI), dado que os inspetores não são órgãos de polícia criminal (*vd* art. 3º da Lei de Organização da Investigação Criminal, Lei n.º 49/2008, de 27 de Agosto);

viii) exercer a *potestas* pois são considerados *autoridade pública*, para efeitos de protecção criminal, e para o exercício de *poderes unilaterais de autoridade* (art. 16º, m) RJI, art. 37º, nº1 Estatuto, e art. 358º Código Penal). Significa que a intervenção da Administração e dos seus colaboradores é feita com base em *poderes funcionais* atribuídos previamente por lei, e não pela constituição de uma relação jurídica prévia, devendo os demais sujeitos (num círculo legalmente determinado) suportar na sua esfera jurídica os efeitos decorrentes do seu exercício;

ix) adoptar ou solicitar a adopção de *medidas cautelares* necessárias (leia-se medidas preventivas ou de polícia administrativa que se revelem necessárias e adequadas perante o *periculum in mora* e verificado um *fumus boni iuris*, ou propor medidas cautelares nos termos do CPA (art. 89º), do RGCORD (art.41º e 48º-A) – arts. 14º e 16º, g) RJI⁵³.

Os inspecionados (pessoas singulares e colectivas) têm o *dever de cooperação*, de prestação pontual da informação e dos esclarecimentos *solicitados e necessários* para

⁵³ CATARINO, 2009: 506 ss.

apuramento de factos *objecto* de inspecção. A informação legalmente exigida aos regulados é coligida para ser disponibilizada ou estar à disposição da autoridade de regulação que, por si ou com a colaboração de entidades terceiras, a todo o tempo, pode comprovar a sua completude, veracidade, objectividade e actualidade.

Como vimos, pode esta procura de informação pelos corpos de inspecção implicar a necessidade da sua *instalação temporária na sede* ou agência do regulado (prevendo a lei esta limitação do direito de usufruir livremente da propriedade, art. 61º, nº1 CRP); de obter *declarações* do inspecionado ou seu representante ou esclarecimentos dos seus técnicos ou revisores oficiais de contas (o direito à presença de representante pode ser dispensado pelo próprio para eficácia da inspecção); de efectuar uma fiscalização mediante o *acesso* a locais privados (domicílios e/ou sedes, o que a lei estatuiu face aos arts. 26º, nº1 e 34 CRP); de proceder ao *exame de dados* informáticos (eventualmente dados telefónicos, prevendo a lei a interferência nos meios de correspondência ou comunicação, art. 34º, nº1 CRP); de *buscar* e eventualmente *apreender* documentos (onde se contém correspondência) e apreender outros elementos como *imagens* captadas em ambiente externo ao regulador (cópias de imagens ou de gravações, de actividades e de pessoas, prevendo a lei tal possibilidade de compressão de direitos de personalidade, art. 24º, nº1 CRP); procurar o apoio público de autoridade policial perante resistência ou obstrução dos representantes do supervisionado.

A jurisprudência constitucional não tem sido clara na distinção entre as regras e princípios que norteiam os procedimentos administrativos de supervisão, os sancionatórios e os de investigação criminal (para as entidades administrativas a quem foram conferidos poderes de investigação de crimes) – vide, *i.a.*, o Ac do Tribunal

Constitucional nº 461/2011, Proc. 266/11, de 11 de Outubro⁵⁴. Em todas estas prerrogativas os poderes públicos interferem, limitam ou restringem a esfera fundamental dos supervisionados. Colocando-se a necessidade de enfrentar e resolver algumas questões decorrentes da colisão de interesses públicos superiores com direitos ou bens fundamentais dos particulares, a doutrina e jurisprudência tem vindo a efectuar a concordância prática dos mesmos (que trataremos na Parte II deste artigo)⁵⁵.

Bibliografia:

ALBUQUERQUE, Pedro, e PEREIRA, Maria de Lurdes, (2004), “A responsabilidade civil das autoridades reguladoras e de supervisão por danos causados a agentes económicos e investidores no exercício de actividades de fiscalização ou investigação”, *O Direito*, Ano 126.º, Tomo I, Coimbra, Almedina

CANALS Y AMETLLER, Dolors, (2003), *El ejercicio por particulares de funciones de autoridad – Control, inspección y certificación*, Comares, Granada

CATARINO, Luís Guilherme, 2009, *Regulação e Supervisão dos Mercados de Instrumentos Financieros - Fundamento e Limites do Governo e Jurisdição das Autoridades Independentes*. Coimbra, Almedina

- 2010, “Direito Administrativo dos Mercados de Valores Mobiliários”, AAVV, *Tratado de Direito Administrativo Especial*, vol. III, Coimbra, Almedina, pp. 373-521

- 2014, “O Novo Regime da Administração Independente: *Quis custodiet ipsos custodes*” *Revista da Concorrência e Regulação*, Ano V, nºs 17, pp. 171-239

CONAC, Pierre-Henri (2002), *La Régulation des Marchés Boursiers par la Commission des Opérations de Bourse (COB) et la Securitie and Exchange Commission (SEC)*, LGDJ (Bib. Droit Privé) Paris

DELLIS, Georges, (1997), *Droit Pénal et Droit Administratif – L’Influence des Principes du Droit Pénal sur le Droit Administratif Répressif*, LGDJ, Paris

FREITAS da ROCHA, J, (2008), “O controlo do controlo tributário (meios reactivos à inspecção tributária)”, *Cadernos de Justiça Administrativa*, , nº 67

GAVÍN, Ignacio Pemán, (2000), *El Sistema Sancionador Español*, CEDECS Ed., Barcelona.

GOMES CANOTILHO, José Joaquim, (2008), 7.ª ed., *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, Almedina, Coimbra

⁵⁴ Algumas das questões jurídico-constitucionais alegadas no processo merecerão no futuro próximo decisões do Tribunal que supram o dissídio jurisprudencial e dogmático que tem vindo a surgir nestes temas - <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/>

⁵⁵ Acerca da aplicação no âmbito do processo administrativo sancionatório de direitos fundamentais como o direito ao silêncio, à não autoincriminação, ao sigilo da correspondência e das telecomunicações (incluindo meta-dados) o nosso trabalho, 2009: 489 ss e a jurisprudência do TEDH e TJUE aí citada e analisada).



LOUREIRO, João, (2001), “Da sociedade técnica de massas à sociedade de risco: prevenção, precaução e tecnociência”, *Estudos de Homenagem ao Prof. Doutor Rogério Soares*, Coimbra: Coimbra Editora, pp. 797-891

LUCHSINGER, Constanza González, (2014), *La Inspección Administrativa (Responsabilidad del Estado por Inactividad en su Ejercicio)*, Univ. Chile, Santiago <http://repositorio.uchile.cl/handle/2250/129665>

MARCELLO CAETANO, (1980), *Manual de Direito Administrativo*, 9.ª ed., II, Almedina, Coimbra

MOURGEON, J., (1967), *La répression administratif*, LGDJ, Paris

NASIM, Ryan, (2015), “Administrative Inspections: The Loophole in the Fourth Amendment”, in *Touro Law Review*, Vol. 31, nº4, pp. 829-850

RAMOS, Severiano Fernández, (2002), *La Actividad Administrativa de Inspección*, Ed. Comares, Granada

RIVERO ORTEGA, Ricardo, (2000), *El Estado Vigilante*, Tecnos, Madrid

STOBER, Rolf, (1992), *Derecho administrativo económico*, (trad. e anotado), MAP, Madrid

TENORE, Vito, (1999), *L’ispezione amministrativa ed il suo procedimento*, Giuffrè, Milão

URETA, Agustín García, (2006), *La Potestad Inspector de las Administraciones Públicas*, Marcial Pons, Madrid

VERA, José Bermejo, (1998), “La Administración Inspectora”, *RAP*, 147, Set/Dez, pp. 39-59.

MOREIRA, Vital, e MAÇÃS, Fernanda, 2003, Projecto vertido no estudo de VITAL MOREIRA e Fernanda MAÇÃS, 2003, e “Uma Lei--Quadro da Regulação Independente?”, in VITAL MOREIRA e Maria LEITÃO MARQUES, 2003, 119

WANGENHEIM, Georg von, (2004), *Games and Public Administration – The Law and Economics of Regulation and Licensing*, Edward Elgar, Cheltenham, UK