

Tribunal da Relação do Porto
Processo nº 5955/18.6T8MTS.P1

Relator: RITA ROMEIRA

Sessão: 21 Outubro 2019

Número: RP201910215955/18.6T8MTS.P1

Votação: UNANIMIDADE

Meio Processual: RECURSO DE CONTRA ORDENAÇÃO LABORAL

Decisão: IMPROCEDENTE, CONFIRMADA A SENTENÇA

ILÍCITO CONTRA ORDENACIONAL PERMANENTE

FALTA DE LICENÇA DE FUNCIONAMENTO

LAR DE IDOSOS

SUCESSÃO DE LEIS

Sumário

I - Havendo o cometimento da contra-ordenação, por falta de licença, com a abertura do estabelecimento (Lar de idosos) e mantendo-o a arguida em funcionamento, sem alvará/licença de funcionamento ou autorização provisória de funcionamento, persistindo, por sua vontade, na sua conduta anti - jurídica, não há, uma consumação instantânea com efeitos duradouros daquela, mas antes permanente, ou duradora.

II - No ilícito contra-ordenacional permanente está em causa apenas uma única conduta mantida e querida, pelo agente ao longo de determinado período de tempo mais ou menos prolongado.

III - Em caso de sucessão de leis, relativas ao regime sancionatório, durante o período de execução de uma única contra-ordenação, será aplicável a todo o comportamento a lei nova vigente no momento da prática do último acto de execução, ainda que mais gravosa, pois não é possível distinguir partes do facto.

Texto Integral

Proc.Nº 5955/18.6T8MTS.P1

Origem: Tribunal Judicial da Comarca do Porto, Juízo do Trabalho de ..., J 3

Recorrente: B..., Unipessoal, Ld^a

Recorrida: Instituto da Segurança Social, IP - Centro Distrital do Porto

Acordam na Secção Social do Tribunal da Relação do Porto

I - RELATÓRIO

A sociedade, B..., UNIPESSOAL, LDA, pessoa colectiva n.º, com sede na Rua ..., n.º ..., ..., ..., impugnou judicialmente a decisão do Instituto da Segurança Social, IP - Centro Distrital do Porto, que lhe aplicou a coima de €20.000,00 pela prática, a título de negligência, da contra-ordenação muito grave prevista e punida pelo n.º 1 do art. 11º do DL n.º 64/2007, de 14/03, com as alterações do DL n.º 99/2011, de 28/09, e do DL n.º 33/2014 de 4/3. Admitida a impugnação judicial e designada data para audiência de julgamento, realizou-se o mesmo, nos termos documentados na acta de fls. 159 e, subsequentemente, foi proferida sentença, em 29-04-2019, de cujo dispositivo consta a seguinte decisão:

“Nestes termos, e com fundamento em todo o exposto, julga-se improcedente, por não provada, a presente impugnação judicial e, em consequência, mantém-se a decisão da autoridade administrativa.

Sem custas, para além da taxa de justiça já paga, por se considerar que não se justifica a correcção a que alude o artigo 8.º, n. 4 do RCP.

Notifique e deposite.

Comunique à autoridade administrativa, nos termos do disposto no artigo 45.º/3 da Lei n.º 107/2009, de 14 de Setembro.”

*

Inconformada com esta decisão a arguida interpôs recurso, nos termos da motivação junta a fls. 165 vº e ss., que terminou com as seguintes conclusões: “1. Por sentença judicial proferida, em 29/04/2019, o tribunal a quo manteve a decisão da autoridade administrativa, ora recorrida, que determinou a aplicação à Arguida, ora Recorrente, de uma coima no valor de €20.000,00 (vinte mil euros), acrescida de custas, por violação do art. 11.º do Decreto Lei 64/2007, de 14 de Março, que refere no seu n.º 2 que *“Os estabelecimentos abrangidos pelo presente decreto-lei só podem iniciar a sua actividade após a concessão da respectiva licença de funcionamento, sem prejuízo do disposto nos artigos 37.º e 38.º.”*

2. Ora, tal decisão administrativa resultou de uma ação inspectiva ao estabelecimento explorado pela arguida, ocorrida em 16/05/2014 pelas 11h, que se encontrava nessa data a funcionar sem licença de funcionamento.

3. Nessa sequência a autoridade administrativa aplicou o D.L. 64/2007 com a redação introduzida pelo D.L. 33/2014 de 04/03 que introduziu uma punição muito mais gravosa para a infração em causa, redação essa que entrou em vigor a 04/05/2014, isto é, doze dias antes da data da inspeção em causa!

4. Ora, acontece que, ficou provado nestes autos que pelo menos desde o início de 2013 que o estabelecimento em causa se encontra em funcionamento

(veja-se o ponto 12 dos factos dados como provados da douta sentença judicial ora recorrida!)

5. Assim, entendeu o tribunal a quo que não obstante tal facto, ao caso sub judice aplica-se a redação resultante do D.L. 33/2014 de 04/03 por neste caso se tratar de uma contra-ordenação permanente, e por isso uma única contra-ordenação, aplicando-se a todo o comportamento a lei nova vigente no momento da prática do último ato de execução, ainda que mais gravosa, por não ser possível distinguir partes do facto!

6. Ora, salvo respeito por diversa opinião, não podemos concordar com o tribunal a quo, pois a contra-ordenação em causa não constitui um ilícito permanente mas sim um **ilícito instantâneo com efeitos duradouros**,

7. Vejamos, com efeito atendendo à letra da lei a contra-ordenação em causa consumou-se com o início da sua atividade sem a licença, o que perdura no tempo são os efeitos desse início;

8. Isto é, o citado artigo 11º não fala em abertura e/ou funcionamento do estabelecimento, diz expressamente: “(...) *só podem iniciar a sua actividade após a concessão da respectiva licença de funcionamento, (...)*”;

9. Na esteira de Acórdãos da Relação de Coimbra de 13/01/2010 e de 04/06/2008, bem como de 19/01/2011 no proc. 849/10.6TBCBR.C1, todos em www.dgsi.pt, entendemos que a contra-ordenação em causa se trata então de um ilícito instantâneo com efeitos duradouros e não de um ilícito permanente, ilícito esse que se consumou no momento da abertura do estabelecimento sem a necessária licença, sendo que a continuação do funcionamento do estabelecimento sem a licença não constitui elemento típico da contra-ordenação, porquanto caso obtivesse licença no dia seguinte ao seu início de actividade, ocorreria à mesma a contra-ordenação, o que sucede, outrossim, é que os efeitos da contra-ordenação prolongaram-se no tempo.

10. Ora, tendo em conta que ficou provado nestes autos que o início da atividade do estabelecimento ocorreu em Fevereiro de 2013, foi nessa data que se consumou a contra-ordenação, e aí terá de se aplicar a redação anterior do D.L. 64/2007 de 14/03, isto é, com as alterações do D.L. 99/2011 de 28/09, aplicando-se a correspondente coima prevista no artigo 30º do D.L. 133-A/97 de 30/05, de 500.000\$00 a 2.000.000\$00, isto é, o mínimo de € 2.493,99 (dois mil quatrocentos e noventa e três euros e noventa e nove cêntimos).

11. De facto, e sem prescindir, nos termos do art. 3.º n.º 1 do RGCO, aplicável ao caso, ex vi art. 60.º da Lei n.º 107/2009, de 14 de Setembro, “*a punição da contra-ordenação é determinada pela lei vigente no momento da prática do facto ou do preenchimento dos pressupostos de que depende*”.

12. Acrescentando ainda no seu n.º 2 “*Se a lei vigente ao tempo da prática do*

facto for posteriormente modificada, aplicar-se-á a lei mais favorável ao arguido, salvo se este já tiver sido condenado por decisão definitiva ou transitada em julgado e já executada”.

13. A base normativa do regime geral do ilícito de mera ordenação social consagrada no n.º 1 do art. 3.º, identifica-se com o estatuído no n.º 1 do art. 2.º do Código Penal.

14. Aliás, vai ao encontro, conseqüentemente, do que a Constituição da República consagra em matéria de irretroactividade da lei penal (*vide* art. 29.º n.º 1 da Constituição da República Portuguesa);

15. Princípio este que é corolário do princípio da legalidade.

16. No que respeita ao n.º 2 do art. 3.º do RGCO, reflete o princípio de favor mandando aplicar a lei mais favorável, que aqui respeita integralmente o preceito do n.º 4 do art. 29.º da CRP, que, por seu turno, consagra o princípio da retroactividade da lei mais favorável.

17. Que, no mais, se encontra igualmente consagrado no n.º 4 do art. 2.º do Código Penal.

18. Conclui-se assim que no caso sub judice impunha-se decisão diversa, aplicando-se a a redação do D.L. em vigor à data da consumação da contra-ordenação por se tratar de uma contra-ordenação instantânea com efeitos duradouros, até porque é a lei mais favorável, e por isso o mínimo da coima legal à data em vigor de €2.493,99 (dois mil quatrocentos e noventa e três euros e noventa e nove cêntimos), tendo em conta que na determinação da concreta medida da coima a decisão judicial do tribunal a quo não merece censura.

Nestes termos e nos demais de direito,

Devem V. Exas revogar a decisão judicial recorrida por erro na determinação da norma aplicável, devendo aplicar-se ao caso judice o D.L. 64/2007 de 14/03, isto é, com as alterações do D.L. 99/2011 de 28/09, aplicando-se a correspondente coima prevista no artigo 30º do D.L. 133-A/97 de 30/05, de 500.000\$00 a 2.000.000\$00, isto é, o mínimo de €2.493,99 (dois mil quatrocentos e noventa e três euros e noventa e nove cêntimos), por ser a redação vigente à data em que a contra-ordenação se consumou, e sem prescindir, por se tratar da lei mais favorável.

E assim fazer Inteira Justiça.”.

Admitido o recurso, respondeu o Ministério Público apresentando contra-alegações, nos termos que constam a fls. 171 vº e ss. que, sem formalização de conclusões, finalizou defendendo que “deverá ser julgado improcedente o

invocado erro na aplicação da norma e ser negado provimento ao recurso, mantendo-se a douta sentença recorrida”.

*

Nesta Relação, o Ex.mº Procurador-Geral Adjunto emitiu parecer, remetendo para a fundamentação da resposta do Ministério Público, em 1ª instância, concluindo no sentido da manutenção da decisão recorrida.

Foi cumprido o disposto no art. 418º do CPP, remetendo-se o processo aos vistos e o projecto de acórdão por via electrónica.

*

Sendo o objecto do recurso delimitado pelas conclusões das alegações apresentadas, salvo questões do conhecimento officioso (cfr. art.s 403º, nº 1 e 412º, nº 1, do CPP), a questão colocada para apreciação consiste em saber se deve revogar-se a decisão recorrida por erro na determinação da norma aplicável, devendo aplicar-se o D.L. 64/2007 de 14/03, por se tratar de uma contra-ordenação instantânea com efeitos duradouros, como defende a recorrente.

*

II - FUNDAMENTAÇÃO

A) OS FACTOS:

O Tribunal a quo, considerou:

“Com interesse para a decisão da causa, estão provados os seguintes factos:

1. A arguida B..., Unipessoal, Lda., é proprietária de um estabelecimento de apoio social, com fins lucrativos, situado na Rua ..., n.º ..., ..., que prossegue resposta social de estrutura residencial para pessoas idosas.
2. Em 16/5/2014, pelas 11h, ocorreu uma acção inspectiva a tal estabelecimento, que se encontrava a funcionar sem alvará/licença de funcionamento ou autorização provisória de funcionamento.
3. Nessa data o estabelecimento acolhia então 13 utentes.
4. Pelos serviços prestados os residentes pagavam uma mensalidade que oscilava entre um mínimo de €490,00 e um valor máximo de €1.250,00.
5. Em 16/5/2014 o estabelecimento de apoio social não dispunha de licença de utilização para prosseguir a actividade social de ERPI.
6. Os espaços do equipamento social da arguida, para o exercício da actividade social de estrutura residencial, eram compostos da seguinte forma:

Cave:

- zona de arrumos;
- dispensa com produtos alimentares com 2 arcas;
- dispensa com produtos de higiene;

Rés-do-chão:

- gabinete médico com instalação sanitária;

- 1 quarto individual com instalações sanitárias;
- 1 quarto duplo com instalações sanitárias;
- 1 instalação sanitária de pessoal;
- corredor com acesso exterior;
- sala de estar e de refeições;
- 1 instalação sanitária para utentes;
- cozinha com acesso ao exterior;
- dispensa.

1º andar:

- 1 quarto de casal com instalação sanitária;
- 1 quarto duplo;
- 1 quarto duplo com instalação sanitária;
- 1 instalação sanitária;
- 1 quarto triplo com instalação sanitária;
- zona de estar com acesso para um terraço exterior;
- zona elevada, com 3 degraus, com 1 quarto triplo e instalação sanitária;

Anexos:

- 1 gabinete técnico;
- 1 sala de convívio;
- 1 lavandaria;
- 1 sala de funcionários com cacifos e WC;
- 1 sala de fisioterapia, em obras.

7. Em 14/6/2012 a Autoridade Nacional de Protecção Civil emitiu um parecer favorável relativamente ao pedido de Certificado de Segurança Contra Incêndios nas instalações do equipamento social.

8. Em 13/2/2013 foi emitido o parecer técnico favorável n.º 55/SAI/2013, homologado por despacho da Directora Adjunta do ISS, relativo ao edifício onde é prosseguida a actividade social de ERPI.

9. Em 13/5/2015 foi emitida Licença de Funcionamento n.º 20/2015, em nome da arguida, para prosseguir a resposta social de ERPI com uma lotação máxima de 14 residentes.

10. Em 3/12/2015 a arguida solicitou aos serviços de licenciamento da Segurança Social uma reavaliação para aumento da capacidade do seu equipamento social, para uma lotação de 16 utentes, que mereceu uma decisão desfavorável.

11. A arguida não agiu com o cuidado e o dever a que estava obrigada e lhe era exigível, ao não ter observado as regras inerentes ao exercício da actividade social de ERPI, sujeita ao prévio licenciamento e/ou autorização provisória.

12. O estabelecimento em causa está em funcionamento, de forma contínua, desde pelo menos o início do ano de 2103.

*

De resto, não se provaram outros factos relevantes para a decisão da causa.”.

*

B) O DIREITO

Reiterando os argumentos invocados na impugnação deduzida contra a decisão administrativa, insurge-se a recorrente contra a decisão recorrida por considerar que se impunha, no caso, a aplicação da coima prevista no Dec.Lei n.º 64/2007 de 14.03, na redacção em vigor à data em que ocorreu o início da actividade do estabelecimento e, em seu entender, se consumou a contra-ordenação que não discute cometeu, por ser a lei mais favorável no tempo, perante a alteração introduzida pelo Dec.Lei n.º 33/2014 de 04.03 e por considerar tratar-se de uma contra-ordenação instantânea com efeitos duradouros.

Ora, este não foi o entendimento da M.ª Juíza “a quo”, como demonstra o que, a este propósito, consta na decisão recorrida e se transcreve:

« Foi aplicada à recorrente/arguida uma coima no valor de €20.000,00 (sem qualquer sanção acessória) por se ter considerado que a mesma cometeu, a título de negligência, uma contra-ordenação muito grave prevista e punida pelo n.º 1 do art. 11.º do DL n.º 64/2007, de 14/03, com as alterações do DL n.º 99/2011, de 28/09, e do DL n.º 33/2014 de 4/3.

O Decreto-Lei n.º 64/2007, de 14 de Março, republicado pelo Decreto-Lei n.º 33/2014, de 4 de Março, estabelece o regime de licenciamento e de fiscalização da prestação de serviços dos estabelecimentos de apoio social em que sejam exercidas actividades e serviços do âmbito da segurança social relativos a crianças, jovens, pessoas idosas ou pessoas com deficiência, bem como os destinados à prevenção e reparação das situações de carência, de disfunção e de marginalização social.

O art.º 11.º deste Decreto-Lei prescreve que os estabelecimentos abrangidos pelo presente decreto-lei só podem iniciar a actividade após a concessão da respectiva licença de funcionamento, sem prejuízo do disposto nos artigos 37.º e 38.º (n.º 1).

A instrução do processo e a decisão do pedido de licença de funcionamento são da competência do Instituto da Segurança Social, I.P (n.º 2).

O início de actividade do lar para idosos sem a obtenção de licença ou autorização provisória de licenciamento constitui uma contra-ordenação muito grave, nos termos dos arts. 39.º-B, alínea a), e 39.º-E, alínea a), do Decreto-Lei n.º 64/2007, de 14 de Março, a que corresponde a coima de €20.000,00 a €40.000,00.

O bem jurídico directamente protegido é a saúde das pessoas, como resulta do preâmbulo do Decreto-Lei n.º 64/2007, de 14 de Março, onde impressivamente se afirma: “com efeito, os tipos de ilícitos actualmente previstos exigem uma reformulação no sentido de uma melhor adaptação à realidade e à legislação entretanto publicada, procurando que os mesmos sejam dissuasores da prática de ilícitos, em particular do exercício da actividade sem licenciamento e de situações de negligência e maus tratos, com carácter de reincidência.

A necessidade de combater estas práticas ilícitas sancionando-as de forma rigorosa é premente, particularmente no que concerne ao exercício ilegal de actividades de apoio social, que funcionam ao arrepio dos mais elementares direitos dos cidadãos, adultos e crianças ou jovens institucionalizados, e que o Estado tem o dever de proteger, regulando mais eficazmente, porque envolvem pessoas em situação de grande vulnerabilidade social”.

Nos autos resulta provado que em 16/5/2014, pelas 11h, ocorreu uma acção inspectiva ao estabelecimento explorado pela arguida, que se encontrava a funcionar sem alvará/licença de funcionamento ou autorização provisória de funcionamento. Este estabelecimento está em funcionamento, de forma contínua, desde pelo menos o início do ano de 2103.

Na impugnação que deduziu propugna a arguida a aplicação da lei mais favorável no tempo, perante a alteração introduzida ao DL n.º 64/2007 introduzida pelo DL n.º 33/2014, de 4/3, que introduziu uma punição mais gravosa do que a vigorava pela redacção introduzida pelo DL n.º 99/2011. A redacção introduzida pelo DL n.º 33/2014 ao DL n.º 64/2007 entrou em vigor a 4 de Maio de 2014 (cfr. art. 7º do DL 33/2014), em momento anterior à acção inspectiva a que se referem os presentes autos.

O ilícito praticado pela arguida constitui uma contra-ordenação (de execução) permanente, por referência e semelhança à noção de crime permanente que nos é dada pela doutrina: a execução e consumação do delito prolongam-se no tempo - Cavaleiro de Ferreira, "Lições", pg. 168.

Na verdade, como ensina Eduardo Correia (Direito Criminal, vol. I, pgs. 309 e 310): “tipos de crimes permanentes são aqueles em que o evento se prolonga por mais ou menos tempo ... Na estrutura dos crimes permanentes distinguem-se duas fases: uma, que se analisa na produção de um estado antijurídico, que não tem aliás nada de característico em relação a qualquer outro crime; outra, e esta propriamente típica, que, corresponde à permanência ou, vistas as coisas de outro lado, à manutenção desse evento, e que, para alguns autores, consiste no não cumprimento do comando que impõe a remoção, pelo agente, dessa compressão de bens ou interesses jurídicos em que a lesão produzida pela primeira conduta se traduz.

A existência deste dever, naturalmente ligada à natureza dos bens jurídicos

protegidos, distingue o crime permanente dos chamados crimes de efeitos permanentes - ,v. g. o furto.

Nos crimes permanentes, realmente, o primeiro momento do processo executivo compreende todos os actos praticados pelo agente até ao aparecimento do evento (v. g. no crime de cativo do art.º 328º a privação da liberdade do violentado), isto é, até à consumação inicial da infracção; a segunda fase é constituída por aquilo a que certos autores fazem corresponder uma omissão, que ininterruptamente se escoia no tempo, de cumprir o dever, que o preceito impõe ao agente, de fazer cessar o estado antijurídico causado, donde resulta, ou a corresponde, o protrair - se da consumação do delito. Desta forma, no crime permanente haveria, pelo menos, uma acção e uma omissão, que o integrariam numa só figura criminosa.”

À semelhança dos crimes permanentes, nas contra-ordenações permanentes verifica-se uma unificação jurídica de todas as condutas como se todas elas se tivessem verificado no momento da última conduta.

Neste tipo de contra-ordenação está assim em causa apenas uma única conduta - uma única contra-ordenação - cuja execução se mantém ao longo de determinado período de tempo, mais ou menos prolongado.

Por assim ser (e por contraponto com a contra-ordenação continuada, que constitui a prática de vários ilícitos, assentes em várias resoluções, num mesmo quadro de solicitação exterior), por estarmos apenas perante uma única contra-ordenação, é de entender que nestas situações, perante o seu carácter unitário, será aplicável a todo o comportamento a lei nova vigente no momento da prática do último ato de execução, ainda que mais gravosa, pois não é possível distinguir partes do facto.

E este é o entendimento que tem vindo a predominar na jurisprudência e doutrina (cfr. acórdão da Relação do Porto de 18/12/2013, processo 1074/12.7PEGDM.P1, in www.dgsi.pt, e jurisprudência aí referida; e pela doutrina Maia Gonçalves in "Código Penal Português", VIII ed., pg. 183; Cavaleiro de Ferreira, ob. cit., pg. 169; Germano Marques da Silva, "Direito Penal Português, I, Editorial Verbo, 1997", pgs. 278 e 279; e Manuel António Lopes Rocha "Aplicação da Lei Criminal no tempo e no Espaço", in Jornadas de Direito Criminal, C.E.J., 1983, pg. 101.

Nestes termos, e perante todo o exposto, é de entender não merecer censura a decisão proferida pela autoridade administrativa ao aplicar o regime legal introduzido pelo DL n.º 33/2014.

Assim, e tendo em conta os critérios fixados no artigo 39.º-I, do DL n.º 64/2007 na redacção introduzida pelo DL 33/2014, para a determinação da concreta medida da coima, afigura-se-nos que a mesma foi correctamente doseada pela autoridade administrativa ao fixar pelo seu mínimo e sem

qualquer sanção acessória das previstas no art. 39º-H, pelo que nada há a censurar.» (sublinhados nossos).

Como já dissemos e decorre das suas alegações, vem a arguida requerer a revogação desta decisão, por considerar que ocorre erro na determinação da norma aplicável, defendendo dever aplicar-se, o Dec.Lei nº 64/2007 de 14.03, com as alterações do Dec.Lei nº 99/2011 de 28.09, e a correspondente coima prevista no art. 30º do Dec.Lei nº 133-A/97 de 30.05, de 500.000\$00 a 2.000.000\$00, com o mínimo de €2.493,99 (dois mil quatrocentos e noventa e três euros e noventa e nove cêntimos), dado ser a redacção vigente à data em que a contra-ordenação se consumou e se tratar da lei mais favorável.

Que dizer?

Desde já, que não concordamos com a recorrente.

Não perfilhamos o seu entendimento de quando se consumou o ilícito, em causa. Ao, contrário, face ao que se deixou transcrito constante da sentença recorrida, em nosso entender, acertadamente, atenta a factualidade apurada nos autos, concordamos que se trata de uma única conduta, cuja execução se prolongou no tempo e concordamos com o enquadramento legal efectuado naquela, seguindo entendimento doutrinal e jurisprudencial que acompanhamos, no sentido de que a lei aplicável é a vigente no momento da prática do último acto de execução.

Desse modo, tal como se considerou naquela, reportando-se à decisão proferida pela autoridade administrativa, também, entendemos não merecer censura a decisão recorrida, ao aplicar o regime legal introduzido pelo Dec.Lei nº 33/2014, pois concordamos com o entendimento de que o ilícito que, sem discussão, foi praticado pela arguida constitui uma contra-ordenação permanente e não instantânea.

Senão, vejamos.

Comecemos por, uma breve incursão sobre o regime jurídico que, sem discussão, é aplicável no caso, decorrente do Dec.Lei nº133-A/97, de 30.05, diploma que, substituiu o Dec.Lei nº 30/89, de 24.01, procurando implementar um quadro legal que permitisse e fomentasse respostas de qualidade e inibisse as que a não possuíssem, em matéria de equipamentos para prestação de apoio social, promovendo-se, assim e através dele, o bem-estar dos respectivos utentes.

Como decorre, desde logo, do seu art. 1º, sob a epígrafe “Objectivo” que estipula:

“ O presente diploma define o regime de licenciamento e de fiscalização da prestação de serviços e dos estabelecimentos, adiante designados por estabelecimentos, em que sejam exercidas actividades de apoio social do âmbito da segurança social relativas a crianças, jovens, pessoas idosas ou

peças com deficiência, bem como os destinados à prevenção e reparação de situações de carência, de disfunção e de marginalização social.”

Enunciando no art. 2º, sob a epígrafe “Estabelecimentos”, que:

“ 1-As actividades de apoio social a que se refere o artigo anterior podem ser exercidas em creches, centros de actividades de tempos livres, lares para crianças e jovens, lares para idosos, centros de dia, lares para pessoas com deficiência, centros de actividades ocupacionais para deficientes e através de serviços de apoio domiciliário” e o nº 2 do mesmo preceito, estipula que:

“Consideram-se ainda abrangidos pelo presente diploma os estabelecimentos de apoio social com diferente designação, desde que prossigam objectivos semelhantes aos dos estabelecimentos referidos no nº 1 do artigo 1º”.

No art. 6º, nº1, inserido no Capítulo II, relativo ao licenciamento dos estabelecimentos dispõe:

“ Nenhum estabelecimento pode iniciar a sua actividade sem se encontrar licenciado”.

E, dispõe no art. 19º, sob a epígrafe, “Autorização provisória de funcionamento”, que:

“1 - Não se encontrando reunidas todas as condições técnicas de funcionamento exigidas para a concessão do alvará, mas sendo seguramente previsível que podem ser satisfeitas no prazo de 180 dias, pode ser concedida uma autorização provisória de funcionamento, que deve especificar as condições a satisfazer pelo requerente.

2 - A autorização provisória é válida pelo prazo de 180 dias, prorrogável por uma só vez, mediante requerimento fundamentado.”.

Ora, no caso, como decorre dos factos provados 2 e 12, a arguida começou a explorar o estabelecimento, em causa, no início do ano de 2013 e mantinha-o em funcionamento em 16.05.2014, sem estar licenciado ou lhe ter sido concedida uma autorização provisória de funcionamento.

E, para quando assim acontece o diploma, que se vem a referir, dispõe no Capítulo IV, sob a epígrafe “Regime sancionatório”, no art. 30º, que:

“A abertura ou o funcionamento de estabelecimento que não se encontre licenciado nem disponha de autorização provisória de funcionamento válida constitui contra-ordenação,..”.

Sem dúvida e sem discussão, o que ocorre no caso.

E, porque é o essencial da discussão, refira-se que aquele regime sancionatório manteve-se inalterado, com a revogação do Dec.Lei nº133-A/97, de 30.05, com a entrada em vigor do Dec.Lei nº64/2007, de 14.03, o qual veio reformular o regime de licenciamento e de fiscalização da prestação de serviços e dos estabelecimentos de apoio social, em que sejam exercidas actividades e serviços do âmbito da segurança social relativos a crianças,

jovens, pessoas idosas ou pessoas com deficiência, bem como os destinados à prevenção e reparação das situações de carência, de disfunção e de marginalização social, com excepção do regime sancionatório constante do capítulo IV, onde se integra aquele art. 30º, como decorre do seu art. 45º, sob a epígrafe “Regime sancionatório”, dispondo que, “1 - Aplica-se ao licenciamento da actividade o regime sancionatório constante do capítulo IV do Decreto-Lei n.º 133-A/97, de 30 de Maio” e do seu art. 47º, que sob a epígrafe “Norma revogatória”, dispõe que, “Fica revogado o Decreto-Lei n.º 133-A/97, de 30 de Maio, sem prejuízo do disposto no artigo 45.º”.

Com este Dec.Lei nº 64/2007 alterado e republicado pelo Dec.Lei nº 99/2011, de 28.09 e uma segunda vez alterado e republicado pelo Dec.Lei nº 33/2014 de 04.03 (que entrou em vigor a 04.05) manteve-se a exigência do licenciamento dos estabelecimentos de apoio social, da competência do Instituto da Segurança Social, I.P., com a possibilidade de obter uma autorização provisória de funcionamento, como antes acontecia.

Mas, no que toca ao regime sancionatório, este último diploma procedeu à sua revisão, “atenta a relevância e os níveis de exigência que as atividades de apoio social implicam” como consta do seu preâmbulo, e por se considerar que aquele regime, previsto no capítulo IV do Dec.Lei nº 133-A/97, de 30.05, aplicável às entidades que desenvolvem actividades e serviços de apoio social nos termos do nº 1 daquele art. 45º do Dec.Lei nº 64/2007, de 14.03, alterado e republicado pelo Dec.Lei nº 99/2011, de 28.09, “encontra-se desajustado da realidade atual, designadamente no que concerne aos limites mínimos e máximos das coimas aplicáveis, que se mantêm inalterados desde 1997.”

Assim, nos termos do seu art. 3º, aditou “ao Decreto-Lei n.º 64/2007, de 14 de Março os artigos 39.º-A a 39.º-K, com a seguinte redação:

« Artigo 39.º-A Contraordenações

As infrações ao disposto no presente decreto-lei constituem contraordenações, nos termos dos artigos seguintes.

Artigo 39.º-B Infrações muito graves

Constituem infrações muito graves:

a) A abertura ou o funcionamento de estabelecimento que não se encontre licenciado nem disponha de autorização provisória de funcionamento válida; (...).

Artigo 39.º-E Coimas

Às infrações previstas nos artigos 39.º-B a 39.º-D são aplicáveis as seguintes coimas:

a) Entre 20 000,00 EUR e 40 000,00 EUR, para a infração muito grave referida na alínea a) do artigo 39.º-B; (...))»”.

*

Da análise do que antecede e tendo em consideração a factualidade assente, não se suscitam dúvidas que o regime sancionatório do ilícito cometido pela arguida se alterou, sendo diferente e mais grave, do que se encontrava em vigor, no início do ano de 2103, quando a arguida iniciou a exploração do referido estabelecimento, o actual e que se encontrava já em vigor, em 16.05.2014, pelas 11h, quando ocorreu a acção inspectiva que observou que, o estabelecimento explorado pela arguida, se encontrava a funcionar sem alvará/licença de funcionamento ou autorização provisória de funcionamento e que, está em funcionamento, de forma contínua, desde o início.

Sendo desse modo, pese embora, este último regime ser mais gravoso para a arguida, nem com apelo ao argumento de lhe dever ser aplicada a lei mais favorável no tempo, lhe assiste razão.

Porque, ao contrário do que defende, não estamos perante uma contra ordenação de consumação instantânea com efeitos duradouros, mas sim, uma contra ordenação de execução permanente, por referência e semelhança à noção de crime permanente, que nos é dada pela doutrina e pela jurisprudência, como bem o notou e considerou a M^a Juíza “a quo”.

Justificando.

No caso, a contra ordenação praticada pela arguida e pela qual vem condenada, consuma-se, nos termos previstos pelo art. 30º do Dec.Lei nº 133-A/97, referido e naquele art. 39º-B, al. a) do Dec.Lei nº 64/2007 (na redacção aditada pelo citado Dec.Lei nº 33/2014), não só, com a abertura mas, também, com o funcionamento de estabelecimento que não se encontre licenciado nem disponha de autorização provisória de funcionamento válida.

Não há uma consumação instantânea, ao contrário do alegado pela arguida/recorrente.

A este propósito, (Figueiredo Dias, in “Direito Penal”, Parte Geral, Tomo I, pág. 314) ensina que, “O crime não será instantâneo, mas antes duradouro (também chamado, embora com menor correcção, permanente) quando a consumação se prolongue no tempo, por vontade do autor. Assim, se um estado antijurídico típico tiver uma certa duração e se protrair no tempo enquanto tal for vontade do agente, que tem a faculdade de por termo a esse estado de coisas, o crime será duradouro. Nestes crimes, a consumação, anote-se, ocorre logo que se cria o estado anti - jurídico; só que ela persiste (ou dura) até que um tal estado tenha cessado. O sequestro (art. 158º) e a violação de domicílio (art. 190º-1) são exemplos desta espécie de crimes”.

E, (Germano Marques da Silva, in “Direito Penal Português”, Teoria do Crime, 2.ª edição, Universidade Católica Editora, pág. 424) ensina que: “Não se deve confundir o crime continuado com o permanente. Este, o crime permanente,

ocorre quando a consumação se protraí no tempo, dependente da vontade do sujeito activo o pôr-lhe termo com um acto de sentido contrário para que o crime não prossiga, como sucede, v.g., no sequestro [art.º 158.º, n.º 2, al. b)], no rapto [art.º 160.º, n.º 2, al. a)] e na tomada de reféns [art.º 161.º, n.º 2, al. b)]. O crime continuado, por sua vez, é uma repetição de actos, mas que entre cada um medeia um interregno temporal. ALIMENA, ao comparar o crime instantâneo com o permanente e com o crime continuado utiliza uma imagem gráfica muito expressiva: enquanto o crime instantâneo é comparado com um ponto (.), o continuado exige para a sua realização uma linha de pontos (...) e o permanente uma linha ininterrupta (-)".

Seguindo o mesmo entendimento (Maia Gonçalves, citando A. Carvalho Filho, in "Código Penal Anotado", 1995, vol. I, pág. 834) escreve: "Ao contrário do crime continuado, em que a acção criminosa é divisível, no crime permanente essa acção é indivisível. O estado violador da lei prolonga-se sem intervalos, numa duração, digamos assim, sem colapsos nem limites, e a qualquer momento está sendo cometido o crime, porque esse ininterrupto estado antijurídico é que é, exactamente, o crime. A prescrição, portanto, há-de correr de quando cessa a permanência da acção" (citado no acórdão de 04.06.2008, do Tribunal da Relação de Coimbra, Processo nº 2631/07.9TBPBL, in www.dgsi.pt, rodapé, nota VIII), em cujo sumário se lê: "I. - Na categoria dos ilícitos duradouros ou permanentes enquadram-se as infracções em que a realização de acto ou a produção de evento com prolongamento no tempo do estado antijurídico típico por efeito de constante renovação da resolução criminosa do agente, o qual tem a faculdade de lhe por termo a qualquer altura."

Idêntico entendimento tem sido o seguido nesta Relação, como se retira entre outros do (Acórdão de 05.03.2003, Proc. nº 0212140, disponível in www.dgsi.pt), onde se pode ler que, "Tipos de crimes permanentes são aqueles em que o evento se prolonga por mais ou menos tempo", sintetizando-se no seu sumário que, "O crime de usurpação de funções é um crime permanente, em que a execução e consumação do delito se prolongam no tempo, verificando-se uma unificação jurídica de todas as condutas, como se todas elas se tivessem verificado no momento da última conduta."

Também, agora, a propósito da consumação das contra-ordenações e do prazo de prescrição, (António de Oliveira Mendes e José dos Santos Cabral, in "Notas ao Regime Geral das Contra-Ordenações e Coimas", Almedina, 2ª ed., pág.s 78 e 79) escrevem que, "contra-ordenação permanente é aquela em que o momento de consumação perdura por um tempo mais ou menos longo e, enquanto dura essa permanência, o agente encontra-se a cometer a contra-ordenação. Assim, tempo da comissão da contra-ordenação permanente é todo

o espaço que vai até à terminação do facto (consumação material).”.

Aqui chegadas, importa citar o que, relativamente a infracções contra-ordenacionais, se fez constar do (Ac. da Relação de Lisboa de 28.03.2001, 00112623, in, www.dgsi.pt.) “Importa considerar que o figurino do crime permanente não é incompatível, como se nos afigura evidente, com a contra-ordenação permanente.”

Assim, o que se deixa exposto, além de demonstrar porque a decisão recorrida não nos merece censura, leva-nos a concluir que a contra-ordenação é permanente, tal como nos crimes permanentes, quando se verifica uma unificação jurídica de todas as condutas, como se todas elas se tivessem verificado no momento da última conduta.

Precisamente, sempre com o devido respeito por diferente opinião, o que ocorre no caso. O que se verifica é que há o cometimento com a abertura do estabelecimento mas verifica-se, também, que ocorre a sua persistência por falta de licença. A arguida em 16.05.2014, pelas 11h, mantinha em funcionamento, sem alvará/licença de funcionamento ou autorização provisória de funcionamento, o estabelecimento, persistindo na sua conduta anti-jurídica por sua vontade.

Em suma, dúvida nenhuma nos subsiste de que a infracção cometida pela arguida constitui uma contra-ordenação permanente, em que a execução e sua consumação se prolongam no tempo, verificando-se uma unificação jurídica de todas as condutas, como se todas elas se tivessem verificado no momento da última conduta.

E, quando assim, acontece, quanto à questão de qual a lei a aplicar em caso de sucessão de leis no tempo, são a doutrina e a jurisprudência uniformes que, no caso de contra-ordenações permanentes, por referência dos crimes permanentes, aplica-se sempre a lei nova, ainda que mais severa, desde que a execução ou o último acto tenham cessado no domínio da mesma lei.

Entre muitos outros, veja-se o que se lê, nos sumários dos Acórdãos desta Relação, no (Acórdão de 05.03.2003, supra citado), “..., verificando-se uma unificação jurídica de todas as condutas, como se todas elas se tivessem verificado no momento da última conduta. Havendo sucessão de leis no tempo, aplica-se sempre a lei nova, ainda que mais severa, desde que a execução ou o último acto tenham cessado no domínio da mesma lei.”.

E, no (Acórdão de 18.12.2013, Proc. nº 1074/12.7PEGDM.P1, in www.dgsi.pt, bem como a jurisprudência e doutrina nele citada), “II - Em caso de sucessão de leis penais durante o período de execução reiterada de um único crime, será aplicável a todo o comportamento a lei nova vigente no momento da prática do último ato de execução, ainda que mais gravosa, pois não é possível distinguir partes do facto.”.

Assim sendo, regressando ao caso, resta concluir que, pese embora, estarmos perante uma sucessão de leis durante o período de execução da contra-ordenação, como se considerou na decisão recorrida, defende a recorrida e vem entendendo a jurisprudência, na situação será aplicável a todo o comportamento a lei nova vigente no momento da prática do último acto de execução, ainda que mais gravosa, pois não é possível distinguir partes do facto, o mesmo é dizer, é aplicável o Dec.Lei nº 64/2007, com a redacção introduzida pelo Dec.Lei nº 33/2014, em vigor desde 4 de Maio de 2014. Improcede, desta forma, o recurso interposto.

*

III - DECISÃO

Por todo o exposto, acordam as Juízas desta Relação em julgar improcedente o recurso interposto pela recorrente, B... - Unipessoal, Lda.

Custas a cargo da recorrente, fixando-se a taxa de justiça em duas UC's.

Após trânsito em julgado deste Acórdão, comunique à autoridade administrativa, com cópia certificada do mesmo.

Porto, 21 de Outubro de 2019

Rita Romeira

Teresa Sá Lopes