



REPÚBLICA DE ANGOLA
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
ACÓRDÃO N.º 351/2015

PROCESSO N.º 433-D/2014

(Recurso Extraordinário de Inconstitucionalidade)

Em nome do povo, acordam, em Conferência, no Plenário do Tribunal Constitucional:

I. RELATÓRIO

Pedro José Mendes Simões, com os demais sinais de identificação nos autos, interpôs, com fundamento na alínea a) do artigo 49.º e ss. da Lei n.º 3/08, de 17 de Junho, - Lei do Processo Constitucional - o presente Recurso Extraordinário de Inconstitucionalidade, tendo por base a seguinte argumentação:

1. O seu pedido de abertura de instrução contraditória foi indeferido, mas só foi notificado deste indeferimento no mesmo dia em que foi notificado do despacho de pronúncia, irregularidade que viola o princípio da legalidade, presunção da inocência, julgamento justo e equitativo, acusatório e contraditório, direito a um julgamento justo e conforme a lei.
2. O fundamento do indeferimento foi a extemporaneidade quando, na verdade e segundo cópia recepcionada do requerimento, deu entrada dentro do prazo, tendo os funcionários do cartório registado no livro de porta, apenas seis dias depois.
3. Além das declarações da ofendida/assistente, não existem no processo outros meios de prova para sustentar a decisão condenatória, o que viola o princípio *in dubio pro reo*, e bem assim o da presunção da inocência, consagrado no artigo 67.º n.º 2 da Constituição da República de Angola (CRA).
4. O facto de o Recorrente viver em comunhão de cama, mesa e habitação com a ofendida, Maria da Natividade Guerreiro Clara, configura uma situação de união de facto e, conseqüentemente, afasta a responsabilidade criminal deste, nos termos do artigo 431.º, § 2 do CP.
5. O Tribunal Supremo, ao considerar o Banco Finibanco como a entidade burlada e, simultaneamente, condenar este a “*repor os valores ilegalmente movimentados na conta da assistente...*”, está a violar os princípios da legalidade, do acusatório, do contraditório e da

Handwritten signatures and initials on the right margin, including a large signature at the top, a circled 'S', 'MI', 'AGT', 'Assistente', 'Eduardo', and 'Helo'.

estabilidade da instância, previstos nos artigos 6.º, 174.º n.º 2. 175.º e 177.º da CRA.

Termina pedindo que os Acórdãos recorridos sejam declarados inconstitucionais.

Colhidos os vistos do representante do Ministério Público e dos Juizes Conselheiros deste Tribunal, cumpre apreciar e decidir.

II. COMPETÊNCIA DO TRIBUNAL

O Tribunal Constitucional, nos termos da alínea m) do artigo 16.º da Lei n.º 2/08, de 17 de Junho (Lei Orgânica do Tribunal Constitucional), na redacção dada pelo artigo 2.º da Lei n.º 24/10, de 3 de Dezembro, conjugada com a alínea a) do artigo 49.º da Lei n.º 3/08, de 17 de Junho (Lei do Processo Constitucional), é competente para, após o esgotamento de todos os recursos ordinários oponíveis nos tribunais comuns, apreciar *“as sentenças dos demais tribunais que contenham fundamentos de direito e decisões que contrariem princípios, direitos, liberdades e garantias previstos na Constituição”*.

III. LEGITIMIDADE DAS PARTES

Tem legitimidade activa quem possui interesse directo em demandar e legitimidade passiva quem tem interesse directo em responder à demanda.

O ora Recorrente tem legitimidade activa nos termos da alínea a) do artigo 50.º da Lei 3/08, de 17 de Junho, porquanto, viu o seu recurso indeferido, *in totum*.

IV. OBJECTO DO RECURSO

O objecto do presente recurso é o Acórdão de 17 de Julho de 2014 proferido no processo n.º 14303 que correu seus termos na 1.ª Secção da Câmara Criminal do Tribunal Supremo tendo negado provimento ao recurso interposto pelo Recorrente.

V. APRECIANDO

Alega o Recorrente que só foi notificado do despacho que indefere o seu pedido de abertura de instrução contraditória no mesmo dia em que foi notificado do despacho de pronúncia, e que este facto violou os princípios da legalidade, da presunção de inocência, de um julgamento justo, equitativo e conforme a lei, bem como os princípios do acusatório e do contraditório.

Acresce a isso o facto de ter dado entrada do requerimento a solicitar abertura de instrução contraditória dentro do prazo legal, mas os funcionários do cartório apenas registaram no livro de entrada seis dias depois, quando já era extemporâneo, tendo o juiz da causa utilizado este argumento para indeferir o peticionado.

Handwritten notes and signatures on the right margin, including a large signature at the top, a circled 'S', and several other illegible signatures and initials.

Assistirá razão ao Recorrente? Vejamos:

A questão é levantada no Acórdão recorrido como questão prévia e aí entendeu o Tribunal Supremo que o requerimento do pedido de abertura de instrução contraditória, além de ter dado entrada fora do prazo, não especificou que outras diligências deveriam ter sido feitas. Também indicou, de forma genérica, como testemunhas, “todas as pessoas ouvidas nos autos” o que, igualmente, não satisfaz as exigências do artigo 28.º da Lei n.º 20/88, de 31 de Dezembro.

Ainda no mesmo Acórdão, o Tribunal Supremo reconhece que andou mal o Tribunal recorrido ao notificar o arguido do despacho de indeferimento aquando da notificação do despacho de pronúncia, mas considera que o facto de *“o réu não ter interposto recurso do despacho de indeferimento e nem do despacho de pronúncia, e tendo as questões levantadas pelo réu sido tratadas em julgamento, andou bem o Tribunal recorrido ao considerar supridas as irregularidades.”*

Importa esclarecer que a instrução contraditória, que já não é obrigatória, conforme artigo 327.º do CPP, com a redacção dada pelo artigo 26.º da Lei n.º 20/88, de 31 de Dezembro (Lei do Ajustamento das Leis Processuais, Penal e Civil), tanto pode ser requerida pelo Ministério Público, pela parte assistente, ou pelo próprio arguido. O requerimento deve articular os factos que pretende provar, indicando também o rol de testemunhas, com menção exacta dos factos a que cada uma deverá responder, e juntando todos os documentos que devam ser apreciados.

Este requerimento deve dar entrada dentro dos cinco dias seguintes a contar da data em que o arguido é notificado da acusação.

O prazo referido supra é peremptório, ou seja, não sendo o acto praticado dentro deste prazo, a parte faltosa perde o direito de o praticar.

Compulsados os autos verificamos que o mandatário do arguido foi notificado do despacho de indeferimento no dia 25 de Abril de 2013 (fl. 272) e, no dia 29 do mesmo mês e ano, um funcionário do referido cartório, recepcionou o pedido de abertura de instrução contraditória. Aliás, a fls. 309 – verso, o mesmo funcionário, respondendo a solicitação do juiz, confirma ter recepcionado o documento na data retro mencionada.

O que devia ter acontecido era, no mesmo dia em que o documento foi entregue e recepcionado, registar-se no livro de porta, facto que só aconteceu dias depois, o que é grave. De notar que o próprio Tribunal *“a quo”* reconheceu o erro e mandou instaurar o competente processo disciplinar ao funcionário em causa.

Ao arguido não pode ser imputada qualquer responsabilidade pelo registo tardio no livro respectivo. O único meio de prova que este tem de que cumpriu o prazo de cinco dias é, efectivamente, a cópia recepcionada do

Handwritten notes and signatures on the right margin, including initials and the date 14/7/13.

seu requerimento. Até aqui assiste razão ao recorrente. Quanto as demais alegações, decaiem.

De notar que da acusação até a pronúncia, deve decorrer um prazo razoável que permita os intervenientes no processo (MP, assistente e arguido), caso não concordem com a acusação, ou a falta desta, puderem dela reclamar, ou solicitar a abertura da instrução contraditória.

No caso em apreço, este período não existiu, pois que o arguido foi notificado do despacho que indefere o seu pedido de abertura de instrução contraditória no mesmo dia em que foi notificado do despacho de pronúncia.

Esta omissão não se consubstancia em nulidade processual. Com efeito, só haveria nulidade nos casos expressamente determinados na lei, nomeadamente os do artigo 98.º do CPP, o que implica a nulidade do acto e de todo processado *a posteriori*. Fora dos casos típicos legais, só se pode falar de irregularidades. Assim, o vício aqui arguido consubstancia-se numa irregularidade processual.

Nos termos do artigo 100.º do CPP, uma irregularidade só produz os mesmos efeitos que a nulidade quando *"...tenha sido arguida pelos interessados no próprio acto, se a ele estiverem presentes, ou devidamente representados ou, se não estiverem, no prazo de cinco dias, a contar daquele em que foram notificados para qualquer termo no processo ou intervieram em algum acto nele praticado, depois de cometida a nulidade"*, ou seja, a irregularidade deve ser levantada pelo interessado (no caso, o arguido) na sua intervenção seguinte no processo.

Impõe ainda o mesmo artigo que, além dever ser arguida dentro do prazo de cinco dias após conhecimento, a irregularidade tem de ser susceptível de influir no exame e decisão da causa.

Compulsados os autos, verifica-se que, a fls. 286, o mandatário do réu foi notificado do despacho a fls. 276 e verso, que indefere o pedido de abertura de instrução contraditória. Reagiu no mesmo dia, apresentando o requerimento a fls. 288 e ss, onde apenas levantou o problema da suposta união de facto não reconhecida, sem nenhuma referência à irregularidade verificada.

Considera este Tribunal que a não realização da instrução contraditória requerida pelo Recorrente não traduz, no caso concreto, uma inconstitucionalidade por não ter influído no exame e decisão da causa, nem privado o Recorrente de exercer plenamente, durante a produção de prova, o seu direito à defesa.

Alega ainda o Recorrente que, além das declarações da ofendida, não existem nos autos outros elementos de prova que atestem o cometimento do crime.

MP
S
MP
Arg.
cancelado
9
Edri
Atelo
J
14/11/11

Em dado momento, o Acórdão do Tribunal Supremo, ao fazer a apreciação dos factos e do direito, defende que “Os factos foram rigorosamente recortados pelo Tribunal recorrido e, no essencial, não nos merecem qualquer reparo”.

Importa esclarecer que, apesar de ser função dos tribunais administrar a justiça, o Tribunal Constitucional só o faz em matéria jurídico-constitucional, o que necessariamente, implica, para os processos de fiscalização concreta, a análise e julgamento das matérias de direito, não já das matérias de facto. Estas, quem as pode (re)valorar é apenas o Tribunal Supremo, usando das faculdades estabelecidas nos artigos 47.º e 51.º n.º 3, da Lei n.º 20/88, de 31 de Dezembro (antes atribuídas ao extinto Tribunal da Relação), em sede de recurso, pois aí lhe é permitido conhecer de facto e de direito, podendo confirmar, revogar, alterar ou anular a decisão recorrida.

Por outras palavras, não compete ao Tribunal Constitucional, determinar se os elementos de prova carreados ao processo foram bem ou mal valorados pelas outras instâncias, pois o princípio que vigora no processo penal é o da livre apreciação da prova que, conforme afirma o Ilustre Professor e penalista Dr. Grandão Ramos, depois da Revolução Francesa, se impôs “como *princípio fundamental do processo penal contemporâneo*” in *Direito Processual Penal, noções fundamentais*, 3.ª ed, pag. 97.

Segundo este princípio, o juiz decide, dando ou não os factos como provados, de acordo com a sua livre convicção, convicção esta criada com a produção da prova durante o processo, porque em boa verdade o nosso “Código de Processo Penal não põe obstáculos de carácter geral à livre apreciação da prova, nem fixa critérios para a sua valoração...” Grandão Ramos, *Ob. Cit.* pag. 98.

Este princípio em nada bule com o da presunção da inocência. Com efeito e como bem entendem Jorge Miranda e Rui Medeiros, in *Constituição Portuguesa Anotada*, tomo I, 2.ª Ed. Pag. 722, este princípio assenta “...na ideia-força de que o processo deve assegurar todas as necessárias garantias práticas de defesa do inocente e não há razão para não considerar inocente quem não foi ainda solene e publicamente julgado culpado por sentença transitada em julgado.” Ainda na senda dos mesmos tratadistas, todo “o processo nasce porque uma dúvida está na sua base e uma certeza deverá ser o seu fim...” e só quando esta dúvida permanece até ao final do julgamento é que se justifica a absolvição do acusado. O juiz que assistiu as audiências de produção da prova está em melhores condições de formar um juízo de certeza sobre a culpabilidade do réu. Foi o que efectivamente aconteceu.

Assim, não vinga a tese segundo a qual a decisão recorrida violou o princípio da presunção da inocência consagrado no n.º 2 do artigo 67.º da CRA.

Handwritten notes and signatures on the right margin, including a large signature at the top, a circled 'S', and several other illegible signatures and initials.

Também não procede a afirmação do recorrente segundo a qual o facto de o recorrente viver em comunhão de cama, mesa e habitação com a ofendida, está configurada uma união de facto, atendível para os efeitos do artigo 431.º, § 2 do CP.

No Acórdão recorrido se afirma e bem, que o comportamento do réu não é um mero ilícito civil e nem se encontra legitimada pelo facto de a assistente ter vivido maritalmente com o Réu, pelo que não obrigava aquela a responder pelas dívidas contraídas pelo seu companheiro marital.

Sobre esta matéria, a CRA tem a família como o “núcleo fundamental da organização da sociedade e objecto de especial protecção do Estado, quer se funde em casamento, quer se funde em união de facto” artigo 35.º.

Porém, o n.º 4 do referido artigo atribui à lei especial o dever de fixar os requisitos e efeitos do casamento e da união de facto para que os mesmos produzam efeitos jurídicos. Estes requisitos vêm fixados no Código da Família e um dos requisitos previstos para que a união de facto produza efeitos é o seu reconhecimento. Segundo o mesmo Código, a união de facto não reconhecida não produz efeitos jurídicos, sendo apenas atendível para efeitos de partilha, nos casos de enriquecimento sem causa, conforme n.º 2 do artigo 113.º do Código da Família.

Do mesmo modo que um casamento que não cumpra com os requisitos legais, não produz efeitos, assim também acontece com a União de facto, pelo que só merecem a protecção do n.º1 do artigo 35.º da CRA, as famílias fundadas em casamento ou em união de facto que preencham os requisitos legais, conforme o n.º4, pois o referido artigo 35.º e os seus números não podem ser analisados isoladamente.

Alega ainda o Recorrente que o Tribunal Supremo considerou o Banco como a entidade burlada e, simultaneamente, o condenou a “repor os valores ilegalmente movimentados na conta da assistente...”, violando, assim, os princípios da legalidade, do acusatório, do contraditório e da estabilidade da instância, previstos nos artigos 6.º, 174.º n.º 2, 175.º e 177.º da CRA.

O Tribunal Supremo considerou que o facto de a assistente não ter “*dado expressamente ordens para a movimentação da sua conta e não tendo sido passado nenhum documento assinado e reconhecido notarialmente pela assistente que autorizasse o Banco a movimentar a sua conta bancária, é o Finibanco quem responde, em primeira linha pelos movimentos efectuados, ilegalmente na sua conta*”, e, em consequência, “*deve o Finibanco repor os valores ilegalmente movimentados na conta da assistente e exigir do réu ou da Sociedade que ele representa, através do foro competente, se for o caso, o pagamento da dívida contraída com o Banco*”.

Foi com base nestas ilações que o Banco fixou o seu entendimento. Como já se referiu em outro momento, o Tribunal Supremo, ao apreciar as

[Handwritten notes and signatures in blue ink on the right margin, including a large signature at the top, a circled 'S', and other illegible markings.]

decisões tomadas pelos tribunais inferiores, tem toda liberdade de confirmar, revogar, alterar ou mesmo anular a referida decisão, no todo ou em parte.

Assim, o Tribunal Supremo tem também liberdade para classificar de modo diverso o tipo legal de crime, sem que isto, de algum modo, fira qualquer preceito constitucional.

Nestes termos,

Tudo visto e ponderado, acordam em plenário os Juizes do Tribunal Constitucional em:

_____ *negou provimento ao Recurso Extraordinário de Inconstitucionalidade, por entender que a decisão recorrida não viola nenhum preceito Constitucional.*
Sem custas (artigo 15.º da Lei n.º 3/08, de 17 de Junho - Lei do Processo Constitucional).

Notifique.

Tribunal Constitucional, em Luanda, 9 de Setembro de 2015.

OS JUÍZES CONSELHEIROS

Dr. Rui Constantino da Cruz Ferreira (Presidente) *Rui Constantino*

Dr. Agostinho António Santos (Relator) *Agostinho Santos*

Dr. Américo Maria de Moraes Garcia *Américo Maria de M. Garcia*

Dr. António Carlos Pinto Caetano de Sousa *António Carlos*

Dr.ª Efigénia M. dos S. Lima Clemente *Efigénia M. S. Lima Clemente*

Dra. Luzia Bebiana de Almeida Sebastião *Luzia Bebiana*

Dr.ª Maria da Imaculada Lourenço da Conceição Melo *Maria da Imaculada*

Dr. Onofre Martins dos Santos *VENCIDO COM DECLARAÇÃO*

Dr. Raul Carlos Vasques Araújo *Raul Carlos*

Dra. Teresinha Lopes *Teresinha Lopes*

(Voto vencido)



**REPÚBLICA DE ANGOLA
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**

ACÓRDÃO Nº 351/2015

DECLARAÇÃO DE VOTO

Proc. 433 - D/2015

Decidiu este Tribunal que não houve nenhuma inconstitucionalidade na decisão recorrida, proferida em recurso pelo Venerando Tribunal Supremo, que confirma a condenação de Pedro José Mendes Simões a dois anos de prisão pela prática de burla por defraudação.

Defendo justamente o contrário, porquanto considero que a decisão recorrida é inconstitucional, pelo que nestes termos entendo que também o Tribunal Constitucional andou ao alvedrio da Constituição não apenas por ter feito uma apreciação do instituto da União de Facto descontextualizada dos cânones constitucionais como, também, por ter validado a alteração da instância efectuada pela decisão recorrida, procedimento que não encontra respaldo legal, doutrinal e jurisprudencial.

I-No que à união de facto interessa, nos termos em que foi fundamentada no recurso extraordinário de inconstitucionalidade intentado neste Tribunal, entendo que efectivamente é causa de exclusão de acção penal, nos termos do artigo 431º do Código Penal, CP, por força do disposto no artigo 35º, nº1, da Constituição da República de Angola, CRA.

Hajelo

O meu entendimento sobre o artigo 35º da CRA, que dispõe sobre *família, casamento e filiação*, é o de que consagra uma garantia institucional que, como muitas outras constantes da Lei Mãe, consubstancia uma realidade jurídica não subjectivada que obtem protecção através da norma constitucional, por se tratar de uma realidade social à qual se afirma que a Constituição pretende assegurar uma protecção especial¹.

Ora, de acordo com a melhor doutrina uma das consequências que advem dessa protecção especial é a de vincular o legislador ordinário ao conteúdo da norma garantida. Nestas circunstâncias, mesmo em caso de modelação do seu conteúdo, o legislador não pode nem descaracterizá-la, nem afectar o seu núcleo essencial². No caso concreto é de atender ao conteúdo do nº1 do artigo 35º da CRA dispor que a *família é o núcleo fundamental da organização da sociedade e é objecto de especial protecção do Estado, quer se funde em casamento, quer em união de facto, entre homem e mulher*. Decorre da citada norma que a CRA protege tanto o casamento quanto a união de facto como fonte de relações familiares e concomitantemente estabelece uma situação de igualdade constitucional por via da qual impede qualquer tratamento diferenciado. Ora, isto repercute-se também a nível dos efeitos do casamento e da união de facto.

Assim considerando, defendo que não tem respaldo constitucional- na perspectiva do direito à igualdade que é o principal eixo estruturante do sistema de direitos fundamentais- o entendimento vertido no Acórdão de que por força do disposto no nº4 do artigo 35º da CRA *a lei regula os requisitos e os efeitos do casamento e da união de facto, bem como da sua dissolução* e assim sendo a união de facto que o réu invoca para afastar a acção penal, artigo 431º do CP, seria atendível apenas depois de

¹ Cf ALEXANDRINO, José de Melo, *Direitos Fundamentais, Introdução Geral*, Príncipe Editora, 2007.

² Idem

toelo

reconhecida. Alega-se em consequência que é o nº 4 do artigo 35º da CRA que remete para a *lei especial o dever de fixar os requisitos e feitos do casamento e da união de facto para que os mesmos produzam efeito jurídico*. Nesta senda adianta, o Acórdão, que *um dos requisitos para que a união de facto produza efeitos é o seu reconhecimento*.

A minha compreensão é a de que a decisão vertida no Acórdão parte do princípio que o disposto no nº4 do artigo 35º da CRA ao remeter para lei especial desobriga que a mesma seja conforme a Constituição. Tese que não subscrevo.

Entendo, ainda, que o Acórdão faz uma deficiente apreciação do requisito reconhecimento da união facto, apontando-o como sendo a sua fonte de direito. Também aqui não acompanho este sentido. Defendo que o direito a que a CRA dá protecção especial no caso da união de facto decorre da relação materialmente existente entre homem e mulher, pois é esta que constitui o seu substrato, ou seja, preenche o seu conteúdo essencial e está expressamente consagrada no seu artigo 35º, nº1. A não ser assim é admitir que o legislador constituinte criou o mesmo instituto que o casamento, mas com uma designação diferente, ao invés de criar um instituto igual ao casamento.

Nesta senda, julgo que se existe uma disposição no Código da Família que contraria a garantia institucional disposta no artigo 35º da CRA, sendo uma lei ordinária, deve ser interpretada de acordo com a Constituição, em obediência ao princípio da supremacia da Constituição, consagrado no seu artigo 7º. Não se pode deixar de trazer à colação o elemento histórico em sede de interpretação. A este respeito é mister referir que o instituto da união de facto nasceu primeiro de uma lei ordinária que por sua vez é muito

anterior à CRA. Assim sendo, a interpretação impõe compatibilização da lei ordinária à Constituição e em caso de haver conflito, para quem assim entende existir, não se resolve dando primazia à lei ordinária.

Outrossim, é mister referir que levantando-se as questões de natureza patrimonial que a acusação da Assistente, Maria da Natividade Guerreiro Clara, coloca e que lesaram o seu património; considerando que tais factos ocorreram na constância da união de facto, é preciso atender que mesmo na perspectiva do Código da Família, a mera união facto- a que não reúne os pressupostos para o seu reconhecimento- é susceptível de produzir efeitos legais nos termos do disposto no artigo 113º, nº2 do CF. Logo, haveria um argumento de maioria de razão para afastar a acção penal ao caso porquanto o fórum competente sempre seria o cível, para resolver as questões pessoais e patrimoniais decorrentes quer do casamento, quer da união de facto. Atenda-se ao comentário de Maria do Carmo Medina sobre o artigo 113º, nº2, a págs. 285, refere que: "*relativamente a terceiros, a união de facto também produz efeitos patrimoniais, pois devem entender-se de responsabilidade solidária as dívidas contraídas por qualquer dos companheiros para satisfazer os encargos normais da vida familiar ou em proveito comum do casal.* Ora, o Acórdão, tal como a decisão recorrida, posicionaram-se, a respeito, manifestamente em sentido contrário.

Trazida a questão à apreciação o Tribunal Constitucional deveria julgar procedente a alegada ausência de responsabilidade criminal do Recorrente, que, por remissão do §2º do artigo 451º do CP, sustenta a sua pretensão com base no artigo 431º, nº 1 do Código Penal, nos termos do qual não há lugar a acção criminal pelo crime de furto nos casos em que as subtracções são cometidas pelo cônjuge em prejuízo do outro, salvo havendo separação judicial de pessoas e bens. Entendo que, efectivamente, o ora Recorrente

não pode, por força daquele preceito legal, ser condenado pelo crime de burla por defraudação, uma vez que, à data dos factos, o réu vivia em união de facto com a ofendida.

Deste modo, entendo que assiste razão ao Recorrente quando faz apelo à ausência de responsabilidade criminal. Defendo que mesmo na hipótese do réu ter, efectivamente, praticado actos subsumíveis ao crime de burla por defraudação não há lugar à acção penal, uma vez que "nullum crimen sine lege", sob pena de violação do princípio da legalidade, uma das traves mestras de todo o direito, mormente o direito penal.

II- Para além disso, entendo que melhor tratamento não teve a admissibilidade no Acórdão da alteração da instância em fase de recurso, conforme resulta da decisão recorrida proferida pelo Tribunal *ad quem*. Neste sentido, considera a decisão recorrida o Banco como a entidade burlada referindo que uma vez "*a Assistente não ter dado expressamente ordens para movimentação da sua conta e não tendo sido passado nenhum documento assinado e reconhecido notarialmente pela assistente que autorizasse o Banco a movimentar a sua conta bancária, é o Finibanco quem responde, em primeira linha pelos movimentos efectuados, ilegalmente na sua conta*". Por conseguinte conclui a decisão recorrida que "*deve o Finibanco repor os valores ilegalmente movimentados na conta da assistente e exigir do réu ou da Sociedade que ele representa, através do foro competente, se for o caso, o pagamento da dívida contraída com o Banco*".
(Citações vertidas no Acórdão)

O Acórdão proferido por este Tribunal considera que a decisão do "*Tribunal Supremo, ao apreciar as decisões tomadas pelos tribunais inferiores, tem*

toda a liberdade de confirmar, revogar, alterar ou mesmo anular a refrida decisão, no todo ou em parte. Assim, o Tribunal Supremo tem também a liberdade para classificar de modo diverso o tipo legal de crime, sem que isto, de algum modo, fira qualquer preceito constitucional." Nesta conformidade, o Acórdão considera que a decisão recorrida andou bem. Todavia, com este entendimento olvidou que esta perspectiva implica reconhecer o Finibanco como o sujeito passivo da relação processual, por ter permitido ao ora recorrente praticar actos lesivos à assistente e entenda-se não permitido no contrato de depósito bancário na sequência do contrato de mútuo que ambos, recorrente e a assistente assinaram com o banco. Esta conclusão é uma consequência lógica que nem mesmo a hipótese considerada de o Banco ter agido enganado por uma falsificação/fraude lhe retira a sua qualidade de sujeito passivo na acção, na medida que foi quem praticou o acto, na óptica da decisão recorrida, mesmo que se considere ter sido enganado.

Julgo nesta perspectiva acolhida também no Acórdão do Tribunal Constitucional que, em qualquer uma das hipóteses, a acção teria de ser intentada contra o Banco e este, por sua vez, defender-se-ia de forma a responsabilizar o autor da acção, chamando-o à acção.

Porém, como também aqui se demonstra, este procedimento jurídico reveste uma natureza cível, porque o que constitui o objecto da acção em "primeira linha" é a violação do contrato de depósito bancário por parte do Banco cujo desenvolvimento, então, traria à colação o verdadeiro autor que responderia perante si civilmente directamente, levantando-se aí a questão do direito de regresso, e caso houvesse lugar a crime ser-lhe-ia intentado o competente processo.

hpelo

Por esta razão, entendo que a decisão recorrida só deveria pronunciar-se sobre o pedido de indemnização nos termos do disposto nos artigos 29º a 34º do CPP.

Defendo que a construção vertida na decisão recorrida da qual resulta a responsabilização do Finibanco em "primeira linha", configura um efeito criminal da condenação arbitrada oficiosamente que entendo ser incompatível com a natureza do direito penal por não se identificar com os seus fins e fundamentos, situação que não se verifica com a acção cível em que é possível fazer-se a distinção entre os chamados lesados mas não ofendidos de forma pacífica e sem alterar a unidade temática do processo. Por isso, sustento que no caso da decisão recorrida apenas seria possível trazer o Finibanco no processo de crime, sem alterar a estabilidade da instância, nos termos do disposto no artigo 32º, nº 1, do CPP, o que não é claramente o caso. Como resulta do Acórdão o Finibanco não se constituiu parte acusadora mas também não deduziu pedido de indemnização por perdas e danos.

Entendo que este é a consequência a retirar do entendimento firmado na decisão recorrida, construção que, contrariamente ao que aconteceu, deveria ser julgada inconstitucional a alteração de sujeitos verificada, por violar os princípios da legalidade, do acusatório e do contraditório. Como se pode constatar da mudança efectuada pela decisão recorrida, o lesado passou a ser um outro sujeito que não a ofendida e concomitantemente o novo sujeito foi considerado vítima da burla por defraudação, ou seja, a burlada deixou de ser a Assistente para ser o Banco embora os danos se tenham verificado na esfera patrimonial da Assistente.

Wpelo

A este respeito é mister referir que os penalistas chamam a atenção para o facto da estrutura acusatória do processo penal ter subjacente um princípio acusatório da qual deriva uma vinculação temática, que mesmo integrado pelo princípio da investigação impede ao tribunal compor livremente o objecto do processo. Assim considerando, só excepcionalmente se admite a reformulação do objecto após a acusação. Na nossa lei este impedimento consta do artigo 359º, nº2, do CPP.

Desta feita é de alinhar com a doutrina e jurisprudência ao aludir que uma reformulação do objecto do processo em julgamento que altere a sua identidade essencial só ser possível com o acordo de todos os sujeitos processuais, sob pena de se lesar a estrutura acusatória e o princípio do contraditório³.

Segundo explicam Teresa Beleza e Frederico Pinto isto é assim porque, *"exactamente, está em causa o princípio da acusação, a vinculação temática associada à estrutura acusatória, a imparcialidade do tribunal de julgamento, o direito de defesa do arguido e, de forma mais genérica, o contraditório decorrente da existência de diferentes pretensões de natureza penal assumidas no processo"*⁴.

Neste sentido a doutrina menciona três vectores da identidade do facto que devem ser tidos em conta: (i) *a identidade do agente*, (ii) *a identidade do facto legalmente descrito* e a (iii) *a identidade do bem jurídico agredido*. No desenvolvimento destes vectores aponta-se a identidade do agente como sendo uma parcela essencial da identidade do facto processualmente

³ Cf BELEZA, Teresa Pizarro e PINTO, Frederico de Lacerda, *Direito Processual Penal I, Objecto do processo, liberdade de qualificação jurídica e caso julgado*, Texto introdutório, Lisboa 2001, pág 15-27.

⁴ Idem.

tpelo

considerado e entende-se que onde se quebra a identidade subjectiva quebra-se a identidade do facto⁵.

III- No que à apreciação da sindicância que cabe a este Tribunal efectuar, em sede do presente recurso, por alegada violação do direito ao processo equitativo e a um julgamento justo, em virtude de não se ter observado os princípios do contraditório e do acusatório, cabe referir que:

No âmbito de um processo que correu os trâmites na 7ª Secção da Sala dos Crimes do Tribunal Provincial de Luanda, o aqui Recorrente foi julgado e condenado a 2 anos de prisão pelo crime de burla por defraudação pp pelos artigos 451º, nº 2 e 3 e 421º, nº 5 do CP e no pagamento de uma indemnização no valor dos prejuízos causados na pessoa da ofendida, Maria da Natividade Guerreiro Clara, com quem viveu em união de facto e se constituiu assistente no processo.

Na origem da condenação esteve a celebração entre o Recorrente, na qualidade de sócio gerente da empresa Tools- Ferramentas e Equipamentos Industriais, Ld.ª, e o FINIBANCO de diferentes contratos de mútuo, nos termos dos quais a conta particular da ofendida nessa instituição bancária foi dada como garantia sem o conhecimento desta, mas com recurso à falsificação da sua assinatura, como alegado no processo. A assistente, note-se, é igualmente sócia desta empresa.

Da sentença condenatória o Recorrente, reclamando a sua inocência, interpôs recurso para o Tribunal Supremo que decidiu no mesmo sentido.

⁵ Cf BELEZA, Teresa Pizarro e PINTO, Frederico de Lacerda, Direito Processual Penal I, Objecto do processo, liberdade de qualificação jurídica e caso julgado, Texto introdutório, Lisboa 2001, pág 25.

Aspe

A decisão recorrida não atendeu, assim, aos fundamentos do recurso, que são retomados, nos seus aspectos principais, em sede do recurso extraordinário de inconstitucionalidade interposto no Tribunal Constitucional e que já antes haviam sido arrolados na contestação apresentada por escrito durante a fase de julgamento (fls. 324 e segts).

No que mais releva, tais fundamentos têm que ver com as irregularidades verificadas ao longo da instrução do processo-crime e do julgamento que, como alegado, consubstanciam violações a direitos e princípios constitucionais e que resultaram do que se segue:

a) - Falta de notificação do despacho que indefere o pedido de abertura de instrução contraditória; b) - falta de provas para sustentar a decisão condenatória e o valor da prova pericial, e c) violação dos princípios do acusatório e do contraditório.

Pelo que dos autos se extrai, o processo que dá lugar à decisão cuja sindicância é pedida ao Tribunal Constitucional enfermou efectivamente de graves irregularidades que poderiam, eventualmente, resultar na nulidade de alguns dos actos processuais praticados se não mesmo de todo o processo,

O Acórdão firma um entendimento contrário, pois entende assistir razão ao Recorrente no sentido de ter havido algumas irregularidades com a instrução contraditória requerida, todavia considera que não consubstanciam nulidade processual, invocando para o efeito o disposto nos artigos 98º e 100º do CPP. Consequentemente o Acórdão considera que *a não realização da instrução contraditória não influiu no exame e decisão da causa nem*

tsplo

privou o Recorrente de exercer plenamente o seu direito de defesa, durante a produção da prova.

Releva, desde logo, sobre esta questão, considerar uma ambiguidade na apreciação deste facto. Da douda sentença proferida pelo Tribunal *a quo* infere-se por um lado haver como que um reconhecimento tácito quanto à apresentação tempestiva deste pedido (lê-se, a págs.7, "*Relativamente à abertura da instrução contraditória, direito que efectivamente lhe assistia, nos termos do artigo 36º do Decreto-Lei nº 35.007, na intenção de provar, como se depreende, que a sua conduta não é criminosa., em virtude de, à data dos factos, viver em união de facto com a assistente.*"), Por outro põe em causa o seu deferimento, como evidencia a passagem seguinte: "*.... A pretensão (abertura da instrução contraditória) do réu, não era porém susceptível de conduzir à procedência, pois, de acordo com o artigo 4º do referido Decreto Lei (DL nº 35.007), o Juiz deve indeferir as diligências que não interessem ao esclarecimento da verdade material*".

Do que a este respeito se constata e tendo em conta as premissas que configuram os ditames de um julgamento justo entendo ter razão o Recorrente quando alega que ficou prejudicado no exercício pleno do seu direito de defesa, com dignidade constitucional (artº 67º, nº 1 da CRA), porque se, atempadamente notificado, poderia ter corrigido o pedido de abertura de instrução contraditória e porque, sem a *sua correcção, não podia recorrer do despacho de pronúncia, sob pena de se deduzir que prescindia do recurso do primeiro despacho, já que este sobe imediatamente nos próprios autos* (artº 655º, nº 9 do CPP)

Na verdade, como também refere a decisão recorrida proferida pelo Tribunal Supremo, a instrução contraditória destina-se a completar a prova indiciária,

lupelo

sendo um direito de defesa do arguido. Assume, porém, particular relevância em sede do processo porque dela pode resultar a manutenção ou não da acusação. A este propósito, vale lembrar o ilustre Processualista Penal, Prof. Vasco Grandão Ramos, quando refere que *"se a instrução contraditória destruir a prova indiciária ou a enfraquecer a ponto de não poder ser mantida ou se dela resultar a inocência ou irresponsabilidade do arguido, o Ministério Público ou o assistente não terão outro remédio senão abster-se de acusar, não mantendo, em tal caso, a acusação provisória anteriormente deduzida"*. (Direito Processual Penal – Noções fundamentais, págs. 350).

Não tendo sido observada esta etapa no processo nos termos legalmente previstos, entendo que se verifica, de facto, um enfraquecimento das garantias que resultam do exercício efectivo/pleno do direito à defesa do Recorrente. É deste exercício, à uma ampla defesa, que decorre não apenas a prerrogativa de trazer ao processo todos os elementos de prova por lei permitidos para demonstrar inocência de quem é acusado, como também a obrigatoriedade de serem observadas todas as fases do processo segundo os parâmetros legais, como aliás tem sido entendimento do Tribunal Constitucional. A busca pela verdade material constitui um dos objectivos do processo penal e é, por consequência, pressuposto de uma decisão justa, sob pena de arguição da nulidade do processo, pois *nullum crimen sine processu*.

O segundo aspecto controverso do presente processo relaciona-se com a produção de prova, estando em causa certificar se o Recorrente tinha ou não falsificado as assinaturas de Maria da Natividade Guerreiro Clara apostas quer nos contratos de mútuo, quer nas livranças, documentos necessários para caucionar a conta bancária da ofendida.

Hfele

Sobre esta matéria lê-se na sentença da 7ª Sala dos Crimes do Tribunal Provincial de Luanda: " *As assinaturas nelas (livranças) apostas como sendo da assistente foram falsificadas por decalque, pese embora o exame laboratorial de folhas 157 a 172 e o exame ordenado oficiosamente por este tribunal efectuado pelos peritos Pedro Manuel Dala, Ana Paula Germano Gomes e Maria de Lurdes Tamavinda Cristóvão, respectivamente Notário Adjunto, Ajudante de Notária e Ajudante principal as confirmar, pois face à negação peremptória da assistente em ter assinado qualquer uma das quatro livranças correspondente aos quatro contratos de mútuo celebrados entre a empresa de que o réu é sócio gerente e o Finibanco, afigura-se-nos que os referidos exames não são conclusivos e por isso não devem vincular este tribunal, resultando disso e da prova feita, a forte presunção de que o réu falsificou a assinatura da assistente Maria da Natividade, concluindo-se igualmente que o reconhecimento notarial da suposta assinatura da assistente, feita no 1º Cartório, teve a cumplicidade criminosa das funcionárias que nele intervieram.....*".

Por seu lado, a decisão recorrida proferida pelo Tribunal Supremo subscreve *mutatis mutadis* o entendimento aqui vertido, ressaltando: ".... O Tribunal recorrido entendeu que o referido exame (exame pericial para avaliar a autenticidade das assinaturas) *não é conclusivo já que aquando da instrução do processo a Polícia Económica havia posto em causa a autenticidade das assinaturas da assistente e observou que as mesmas haviam sido feitas por decalque (fls 136).*

É facto que, nos termos do artigo 655º do CPC, aplicado subsidiariamente ao processo penal ex vi do artigo 1º, § único do CPP, a prova pericial não vincula o Tribunal e pode ser livremente apreciada pelo Juiz da causa. Porém, pelo que se infere dos autos, parece ter ficado latente uma *dúvida*

ttjelo

razoável sobre a falsificação das assinaturas. E, nesta senda entendo como alega o Recorrente haver prova insuficiente sendo que os factos que suscitem dúvidas, não devem determinar a condenação do infractor, mas, antes, ser valorados a favor do arguido.

Por outro, não será demais realçar que a livre apreciação da prova é, em si mesma, limitada pelo princípio *in dubio pro reo*, que domina toda a estrutura do processo penal. E também aqui importará lembrar, uma vez mais, o ilustre Professor Vasco Grandão Ramos na obra citada: “ *O processo penal é dominado pelo princípio “in dubio reo” ou princípio do favor do rei. Na dúvida, o juiz deve decidir a favor do réu. Perante a alternativa de se absolver e não punir um culpado ou de se condenar uma pessoa inocente, a generalidade dos sistemas de direito processual penal optou pela primeira solução. No conflito latente entre o direito de punir do Estado e a liberdade individual do arguido, a primazia foi concedida à última*”.

Esta é, porém, uma posição que entendo não ter sido acolhida pelo Acórdão recorrido e que leva à conclusão de que, no caso sub judice, o princípio *in dubio pro reo*, enquanto corolário do princípio à presunção da inocência, não foi observado.

Um dos aspectos fundamentais do presente processo radica no facto de a condenação do Recorrente ter resultado da prova produzida com relação aos elementos constitutivos do crime de burla por defraudação que, entendo, não teve em linha de conta o princípio *in dubio pro reo*, enquanto corolário do princípio à presunção da inocência, com consagração constitucional.

Apelo

O direito a um julgamento justo, além de pressupor, entre outros, a observância do contraditório e da igualdade entre as partes (audiatur et altera pars), pressupõe igualmente que todas as irregularidades processuais sejam sanadas ao longo do processo e a prolação de uma decisão fundada na lei e no direito.

Assim é que pelo conjunto de questões aqui levantadas; tendo em conta a sua dimensão e dignidade constitucionais, entendo que há fundamento bastante para se declarar a inconstitucionalidade da decisão recorrida. Contrariamente ao sentido do Acórdão entendo que efectivamente a decisão do Tribunal ad quem viola entre outros, os princípios da legalidade, da igualdade, da verdade material, da estabilidade da instância, do julgamento justo e conforme com a lei, do acusatório e do contraditório, por virtude do que dispõem os artigos 6º, 7º, 23º, 29º, 65º, nº 4º, 67, nºs 1 e 2, 72º, 174º, nº 2, 175, 177º, da CRA, pelo que em sede de legalidade traz-se à colação o disposto nos artigos 98º, nº 1 e §2º, 102º, 180ª, 181º do CPP, o artigo 11º da Lei nº 20/88 (Lei sobre o Ajustamento das Leis Processuais Penal e Civil) e artigos 431º e 451º do CP.

Handwritten signature in blue ink.



REPÚBLICA DE ANGOLA
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

DECLARAÇÃO DE VOTO
ACÓRDÃO N.º 351/2015

Juiz Conselheiro Onofre dos Santos

9 de Setembro de 2015

PROCESSO N.º 433-D/2014

RECURSO EXTRAORDINÁRIO DE INCONSTITUCIONALIDADE

RECORRENTE: PEDRO JOSÉ MENDES SIMÕES

Votei VENCIDO por entender que tanto a decisão condenatória em primeira instância como o acórdão do Tribunal Supremo que confirmou a condenação do Recorrente, enfermam da *inconstitucionalidade* decorrente de violação da Constituição no que esta dispõe no n.º 1 do seu artigo 35.º. Dispõe este preceito constitucional que “*A família é o núcleo fundamental da organização da sociedade e é objecto de especial protecção do Estado, quer se funde em casamento, quer em união de facto, entre homem e mulher*”.

É, assim, muito claro e inequívoco que a Constituição equipara a *união de facto* ao *casamento* como fonte de obrigações familiares. Logo, desde a Constituição de 2010, é inconstitucional qualquer discriminação entre a *união de facto* e o *casamento*, e entre *união de facto* reconhecida ou registada e *união de facto* não reconhecida e não registada.

É certo que a Constituição prevê no n.º 4 do citado artigo 31.º que “*A lei regula os requisitos e os efeitos do casamento e da união de facto, bem como os da sua dissolução*”. Por isso estão legalmente instituídos diversos regimes de

casamento com efeitos patrimoniais diversos, e se devem prever na lei as modalidades de reconhecimento e de registo de uma união de facto. Contudo, estes aspectos regulatórios têm, fundamentalmente a ver com as relações patrimoniais entre os cônjuges e os membros de uma união de facto. O que esta regulação legal não poderá fazer é discriminar entre qualquer união de facto que realmente o seja, pelo facto de estar ou não estar registada, desde logo para excluir um membro de uma união de facto da previsão legal do disposto no n.º 1 do artigo 431.º e no §2 do n.º 3 do artigo 451.º do Código Penal. Por isso, o próprio Código de Família de 1986 deverá ser correctamente interpretado em conformidade com a Constituição que lhe foi muito posterior.

Se, no caso dos autos, os mesmos factos fossem imputados a um marido casado haveria na mesma um crime de burla por defraudação mas a incriminação teria de ser excluída devido ao laço conjugal entre o autor e a sua vítima. Torna-se evidente que o Recorrente foi discriminado por ser membro de uma união de facto não reconhecida ou registada. Acrescente-se, em reforço do acima dito que o registo não tem efeito constitutivo de direitos.

Entendo, assim, que a condenação do ora Recorrente pela prática de um crime de burla por defraudação tendo como vítima a sua mulher é inconstitucional, devendo ter sido julgado procedente o recurso extraordinário de inconstitucionalidade por ele interposto.


Onofre dos Santos