

elementos invariáveis, o não seriam num relacionamento heterossexual (por exemplo, para nos atermos ao acto mais frequente no caso em apreciação, a masturbação executada no adulto pelo adolescente ou neste pelo adulto), porque o legislador lhes não reconheceu aqui dignidade penal, o que não pode deixar de ser entendido, na sistemática do Código, que considerou comportarem actos desse tipo menor lesão ou risco de lesão para o livre desenvolvimento da personalidade do menor no que à sua esfera sexual diz respeito. Há, portanto, também aqui um tratamento penal distinto dos comportamentos a assentar exclusivamente na natureza homossexual ou heterossexual dos actos sexuais em causa.

Ora, também quanto a este aspecto se não vislumbra fundamento material para a diferenciação de tratamento penal de práticas substancialmente idênticas, apenas com base no seu carácter hetero ou homossexual, sendo transponíveis as razões que justificam o juízo de inconstitucionalidade quanto à não exigência de abuso de inesperienza da vítima.

É certo, por um lado, que o princípio da igualdade não impõe um arquétipo de legislação penal desenvolvido *more geométrico*, não estando o legislador constitucionalmente impedido na conformação dos tipos de crimes sexuais, designadamente na descrição típica, de reflectir na técnica legislativa as diversidades que sejam inerentes à natureza de umas e outras práticas, desde que relevem diferencialmente na tutela penal do bem jurídico. É, por outro lado, que a Constituição também não impede o legislador de usar o direito penal para uma mais extensa ou intensa protecção do desenvolvimento sexual dos jovens à margem de perturbações ou traumas induzidos por experiências precoces ou etariamente assimétricas, ainda que norteado, neste domínio em que à incerteza ou disparidade de interpretação dos dados da observação empírica se soma a complexidade das representações «normativas» da comunidade, por um *princípio de precaução*. Mas o que não pode é eleger para a definição da matéria proibida uma «categoria suspeita», como a que emerge da simples correspondência dos actos a uma orientação sexual, como, nos dois aspectos até agora considerados, revela a comparação dos artigos 175.º e 174.º do Código Penal.

7 — Pelas razões que já se avançaram (cf. o n.º 3), sendo a decisão do tribunal *a quo* confirmada quanto à inconstitucionalidade do artigo 175.º do Código Penal, no que respeita ao diferente conteúdo de acção típica e quanto à desnecessidade de abuso de experiência, o Tribunal não tem de apreciar a conformidade constitucional de uma distinta modalidade de acção (*levar a que estes sejam praticados com outrem*).

Aliás, em bom rigor, a norma não foi, nesta parte, efectivamente desaplicada pela decisão recorrida, porque a possibilidade da sua aplicação (e portanto de recusa de aplicação com fundamento em inconstitucionalidade) só se coloca depois de determinada a ocorrência de actos puníveis nos termos do preceito praticados com outrem, o que não se verificou (na parte em que a previsão do artigo 175.º é sobreponível à do artigo 174.º, o Tribunal considerou não ter havido abuso de inesperienza).

8 — *Decisão*. — Pelo exposto decide-se:

- a) Julgar inconstitucional, por violação dos artigos 13.º, n.º 2, e 26.º, n.º 1, da Constituição, a norma do artigo 175.º do Código Penal, na parte em que pune a prática de actos homossexuais com adolescentes mesmo que não se verifique, por parte do agente, abuso de inesperienza da vítima e na parte em que na categoria de actos homossexuais de relevo se incluem actos sexuais que não são punidos nos termos do artigo 174.º do mesmo Código;
- b) Negar, consequentemente, provimento ao recurso.
- c) Sem custas.

Lisboa, 5 de Julho de 2005. — *Vitor Gomes — Gil Galvão — Bravo Serra* (vencido, pelo essencial das razões constantes da declaração de voto aposta no presente acórdão pela Ex.^{ma} Conselheira Maria dos Prazeres Couceiro Pizarro Beleza e para a qual, com vência, remeto) — *Maria dos Prazeres Pizarro Beleza* (vencida, conforme declaração conjunta) — *Artur Maurício*.

Declaração de voto

Votei vencida, no essencial, pelas razões seguintes:

1 — A apreciação pelo Tribunal Constitucional da norma em causa no presente recurso (em qualquer das dimensões analisadas no acórdão) situa-se apenas no plano estrito da sua conformidade constitucional, ou seja, só pode estar em causa saber se da Constituição resulta a proibição de distinguir, nos termos constantes dos artigos 174.º e 175.º do Código Penal, quer os pressupostos de punição do agente, quer o próprio conteúdo ou modalidade da acção típica.

2 — Tal apreciação exige, antes de mais, que se determine se a intervenção do Tribunal Constitucional é compatível com a liberdade de conformação do legislador ordinário em matéria de política criminal, na qual o Tribunal não tem competência para interferir.

3 — É certo que tal liberdade tem sempre como limite, nomeadamente, as exigências do princípio da igualdade, nos termos em que a jurisprudência constitucional (como se dá nota no acórdão) o tem afirmado.

4 — Ora, não creio que a Constituição, e em particular o referido princípio da igualdade, impeça o legislador ordinário de optar por soluções diferentes, nos termos dos referidos artigos 174.º e 175.º do Código Penal.

5 — Com efeito, a distinção material justificativa pode residir no mero facto de que, para o direito português vigente, não têm igual tutela jurídica o relacionamento pessoal homossexual e heterossexual (v. g., na definição do casamento ou do regime da adopção).

6 — Por outro lado, não se pode esquecer de que se trata, em qualquer caso, de relacionamento de maiores com menores entre os 14 e os 16 anos, ou seja, de menores que a lei penal considera imputáveis (cf. o artigo 19.º do Código Penal), assim reconhecendo que, até à idade de 16 anos, a sua personalidade se encontra em formação, não dispondo de condições de autodeterminação semelhantes às dos maiores.

7 — Da conjugação destes dois pontos resulta, a meu ver, a não proibição constitucional da distinção em causa neste recurso, e, do mesmo passo, a impossibilidade de o Tribunal Constitucional a censurar.

8 — Sempre acrescento, todavia, que tenho algumas dúvidas quanto à perspectiva em que o acórdão se colocou, por remissão para o Acórdão n.º 247/2005, analisando a norma em apreciação à luz do n.º 1 do artigo 26.º da Constituição, conjugado com o n.º 2 do seu artigo 18.º, assim tratando a diferença de pressupostos de punição como uma restrição (não permitida) ao direito de autodeterminação sexual do maior. A meu ver, tal análise deveria partir da avaliação do mesmo direito do ponto de vista do menor, já que é a sua liberdade que é protegida com a incriminação. — *Maria dos Prazeres Pizarro Beleza*.

Acórdão n.º 356/2005/T. Const. — Processo n.º 535/2003. — Acordam no Tribunal Constitucional:

O Ministério Público recorre para este Tribunal ao abrigo da alínea a) do n.º 1 do artigo 70.º da Lei n.º 28/82, de 15 de Novembro (LTC), da decisão proferida no 2.º Juízo Criminal da Comarca de Lisboa nos autos de processo comum em que é arguido João Paulo Figueiredo Gaspar. Nessa decisão o referido Tribunal recusou a aplicação, com fundamento em inconstitucionalidade, *da norma decorrente dos artigos 339.º, n.º 4, e 358.º, n.º 3, ambos introduzidos pela Lei n.º 59/98, de 25 de Agosto, quando interpretada no sentido de que é admissível qualquer alteração desfavorável da qualificação jurídica da acusação na audiência de julgamento que implique o agravamento da moldura penal do crime ou dos crimes imputados ao arguido ou a imputação de novos crimes com base em mera comunicação prévia da alteração ao arguido pelo tribunal e, quando requerido, a concessão de tempo de defesa*.

Notificado para o efeito, o Ministério Público apresentou alegações, concluindo:

«1 — A norma que decorre das disposições dos artigos 338.º, n.º 4, e 358.º, n.º 3, ambos do Código de Processo Penal, na redacção que lhe foi introduzida pela Lei n.º 59/98, de 25 de Agosto, concilia a liberdade concedida ao tribunal do julgamento a uma correcta subsunção jurídica dos factos que constam da acusação, com o exercício das garantias de defesa do arguido, que é previamente prevenido da nova qualificação, podendo, querendo, contestá-la e contraditá-la.

2 — Mesmo que possa resultar da nova qualificação jurídica uma condenação criminal mais grave, não há violação de normas ou princípios constitucionais, sempre que os factos que constavam da acusação permaneçam os mesmos, só se alterando a sua integração jurídica penal.

3 — Termos em que deverá afirmar-se a plena conformidade constitucional da norma cuja aplicação foi recusada.»

Em contra-alegações o recorrido defendeu a manutenção do decidido.

A decisão recorrida apresenta a seguinte fundamentação:

«O arguido cometeu os ilícitos de que vem acusado na acusação na sua versão inicial.

Com efeito, o arguido injuriou os polícias com os palavrões que lhes dirigiu, sabendo que se tratava de polícias. Depois empurrou-os, pondo em causa a integridade física dos mesmos. Não contente com isto, após lhe ter sido dada voz de detenção, o arguido resistiu à detenção, fugindo e empurrando novamente os polícias. Como é bom de ver, os empurrões antes e depois da voz de detenção têm um significado jurídico distinto, que justifica a imputação diferenciada do crime de ofensas corporais qualificadas em relação aos empurrões anteriores à voz de detenção e do crime de coacção em relação aos empurrões posteriores à voz de detenção.

O arguido cometeu até mais crimes do que aqueles que lhe foram formalmente imputados na acusação na sua versão inicial.

Contudo, destes outros crimes novos, cujo conhecimento o MP pediu na audiência de julgamento, não pode o Tribunal conhecer.

Os presentes autos colocam uma questão magna do direito processual português, que implica o conhecimento da inconstitucionalidade da norma decorrente dos artigos 339.º, n.º 4, e 358.º, n.º 3, ambos introduzidos pela Lei n.º 59/98, de 25 de Agosto. Esta questão concreta não foi ainda objecto da decisão do Tribunal Constitucional nem do Supremo Tribunal de Justiça, sendo certo que as anteriores pronúncias destes tribunais sobre a questão da alteração da qualificação jurídica dos factos da acusação dizem respeito ao Código de Processo Penal (CPP) na versão de 1987 e de 1995.

A norma, que se retira dos artigos 339.º, n.º 4, e 358.º, n.º 3, do CPP, consiste na liberdade de alterar a qualificação jurídica da acusação, desde que essa alteração seja previamente comunicada na audiência ao arguido e lhe seja concedido tempo para defesa, quando requerido.

Esta norma foi já considerada inconstitucional, ponderando o Prof. Germano Marques da Silva que só observaria o estalão constitucional o preceito segundo o qual a alteração da qualificação jurídica dos factos da acusação na fase da audiência de julgamento que implicasse a condenação em crime diverso ou o aumento dos limites máximos da pena aplicável fosse equiparada a uma alteração substancial dos factos, devendo por isso a alteração da qualificação jurídica na fase da audiência de julgamento que implicasse a condenação em crime diverso ou o aumento dos limites máximos da pena aplicável ser submetida ao regime do artigo 359.º do CPP e ficando reservada para o regime do artigo 358.º, n.º 3, do CPP apenas a alteração da qualificação jurídica na fase da audiência de julgamento que não implicasse a condenação em crime diverso ou o aumento dos limites máximos da pena aplicável (Marques da Silva, *Do Processo Penal Preliminar*, 1990, pp. 305 e 362, 'O Direito de Defesa em Processo Penal', in *Direito e Justiça*, 1999, p. 288, e, expressamente sobre a inconstitucionalidade do artigo 358.º, n.º 3, do CPP, *Curso de Processo Penal*, vol. III, 2000, pp. 278, 279 e 283).

Esta tese não está isolada, tendo agora recebido o apoio do Prof. Damião da Cunha, que entende que só respeita o crivo constitucional a alteração da qualificação jurídica da acusação que seja favorável ao arguido, sendo inconstitucional qualquer entendimento do artigo 358.º, n.º 3, do CPP que permita a imputação de um ou mais crimes novos ou o agravamento dos limites máximos do crime imputado ao arguido na acusação (Damião da Cunha, *O Caso Julgado Parcial, Questão da Culpabilidade e Questão da Sanção num Processo de Estrutura Acusatória*, 2002, pp. 233, 234, 445, 446 e 450).

A bem do esclarecimento desta questão magna do direito processual português, este Tribunal vai acompanhar a posição crítica destes autores e submeter ao Tribunal Constitucional a questão.

Assim, o Tribunal não vai julgar procedente a acusação com a alteração nela introduzida na audiência de julgamento pelo Ministério Público, com base na inconstitucionalidade da norma decorrente dos artigos 339.º, n.º 4, e 358.º, n.º 3, do CPP, na redacção da Lei n.º 59/98, de 25 de Agosto, quando interpretada no sentido de permitir o conhecimento daqueles novos crimes referidos na douta promoção do Ministério Público em audiência de julgamento, e, consequentemente, o Tribunal vai apenas julgar procedente e condenar o arguido pelos crimes imputados na acusação na sua versão inicial.

[...]

Pelo exposto, declaro a inconstitucionalidade da norma decorrente dos artigos 339.º, n.º 4, e 358.º, n.º 3, ambos introduzidos pela Lei n.º 59/98, de 25 de Agosto, quando interpretada no sentido de que é admissível qualquer alteração desfavorável da qualificação jurídica da acusação na audiência de julgamento que implique o agravamento da moldura penal do crime ou dos crimes imputados ao arguido ou a imputação de novos crimes com base na mera comunicação prévia da alteração ao arguido pelo tribunal, e, quando requerido, a concessão de tempo de defesa, e, em consequência, julgo improcedente a acusação com a alteração nela introduzida na audiência de julgamento pelo MP no que tocante a um crime de injúrias qualificadas e a um crime de ofensas corporais qualificadas.

Mais julgo procedente a acusação na sua versão inicial e condeno o arguido João Paulo pelo crime de injúrias agravadas previsto e punido pelos artigos 181.º, 184.º e 132.º, n.º 2, alínea j), do Código Penal (CP), na pena de 2 meses de prisão, pelo crime de ofensas corporais qualificadas, previsto e punido pelos artigos 143.º, n.º 1, 146.º e 132.º, n.º 2, alínea j), do CP, na pena de 3 meses de prisão e pelo crime de resistência a funcionário, previsto e punido pelo artigo 347.º do CP, na pena de 4 meses de prisão.

Em cúmulo destas penas, condeno o arguido em 6 meses de prisão, que converto na pena de 180 dias de multa, à razão de € 3 por dia.»

Saliente-se que, conforme consta da acta de fl. 131 a fl. 132, durante a audiência de discussão e julgamento o Ministério Público disse veri-

ficar que os factos descritos na acusação consubstanciavam a prática pelo arguido de dois crimes de injúrias agravadas, dois crimes de ofensas à integridade física qualificada e de um crime de resistência a funcionário, tendo requerido que se considerasse alterada a acusação nestes termos. A *defensora do arguido* referiu nada ter a opor à consideração da nova qualificação jurídica da acusação, prescindindo de prazo para a defesa.

Em seguida, o juiz proferiu o seguinte despacho:

«O Tribunal ponderará em sede de julgamento a nova qualificação jurídica dos factos descritos na acusação, em alternativa à anterior qualificação jurídica.»

A questão da alteração da qualificação jurídica dos factos constantes da acusação ou da defesa foi objecto de pronúncia pelo Tribunal Constitucional, antes das alterações introduzidas no CPP pela Lei n.º 59/98, de 25 de Agosto, a propósito, designadamente, da doutrina fixada pelo Supremo Tribunal de Justiça no Assento n.º 2/93, segundo a qual «não constitui alteração substancial dos factos descritos na acusação ou na pronúncia a simples alteração da respectiva qualificação jurídica (ou convolução), ainda que se traduza na submissão de tais factos a uma figura criminal mais grave».

No seguimento de várias decisões de inconstitucionalidade, o Acórdão n.º 445/97, publicado no *Diário da República*, 1.ª série-A, de 5 de Agosto de 1997, declarou inconstitucional, com força obrigatória geral, «por violação do princípio constante do n.º 1 do artigo 32.º da Constituição, a norma ínsita na alínea f) do n.º 1 do artigo 1.º do CPP, em conjugação com os artigos 120.º, 284.º, n.º 1, 303.º, n.º 3, 309.º, n.º 2, 359.º, n.ºs 1 e 2, e 379.º, alínea b), do mesmo Código, quando interpretada, nos termos constantes do acórdão lavrado pelo Supremo Tribunal de Justiça em 27 de Janeiro de 1993 e publicado, sob a designação de Assento n.º 2/93, na 1.ª série-A do *Diário da República* de 10 de Março de 1993 — aresto esse entretanto revogado pelo Acórdão n.º 279/95 do Tribunal Constitucional —, no sentido de não constituir alteração substancial dos factos descritos na acusação ou na pronúncia a simples alteração da respectiva qualificação jurídica, mas tão-somente na medida em que, conduzindo a diferente qualificação jurídica dos factos à condenação do arguido em pena mais grave, não se prevê que este seja prevenido da nova qualificação e se lhe dê, quanto a ela, oportunidade de defesa».

Neste mesmo acórdão, o Tribunal ponderou:

«Como tem sido enfatizado pelas doutrina e jurisprudência constitucionais, as 'garantias de defesa não podem deixar de incluir a possibilidade de contrariar ou contestar todos os elementos carreados pela acusação' (palavras do Acórdão n.º 54/87 deste Tribunal, publicado no *Diário da República*, 1.ª série, de 17 de Março de 1987), sendo um dos significados jurídico-constitucionais do princípio do contraditório 'o direito de o arguido [...] se pronunciar e contraditar [...] argumentos jurídicos trazidos ao processo' (Gomes Canotilho e Vital Moreira, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, 3.ª ed., p. 206).

Pois bem:

Sendo facilmente admissível perante a realidade das coisas que diferente pode ser a estratégia da defesa consoante a qualificação jurídico-criminal dos factos cujo cometimento é imputado ao arguido, há-de reconhecer-se que — independentemente da liberdade que deve ser concedida ao tribunal do julgamento para proceder a uma correcta subjunção jurídica — uma alteração da qualificação que foi acolhida na acusação ou na pronúncia pode vir a ter, e até por vezes acentuadamente, repercussão nos objectivos pelos quais aquela estratégia foi delineada.

Para obstar a um tal inconveniente não é forçoso que a porventura incorrecta qualificação jurídico-penal levada a efeito na acusação ou na pronúncia venha a subsistir na decisão do julgamento. Bastará que a perspectiva assumida pelo tribunal do julgamento seja transmitida ao arguido e lhe seja dada oportunidade de, quanto a ela e caso o deseje, se defender.»

E no Acórdão n.º 518/98, publicado no *Diário da República*, 2.ª série, de 11 de Novembro de 1998, foi fixado o sentido e alcance daquela declaração de inconstitucionalidade, afirmando-se:

«O sentido e alcance da declaração de inconstitucionalidade, com força obrigatória geral, constante do mencionado Acórdão n.º 445/97, é, pois, o seguinte: o tribunal que proceda a uma diferente qualificação jurídica dos factos descritos na acusação ou na pronúncia, que importe a condenação do arguido em pena mais grave, antes de a ela proceder, deve prevenir o arguido da tal possibilidade, dando-lhe, quanto a ela, oportunidade de defesa.»

O aditamento do n.º 3 ao artigo 358.º do CPP efectuado pela Lei n.º 59/98, de 25 de Agosto, veio expressamente impor, no seguimento daquela jurisprudência, a audição do arguido quando o tribunal altera a qualificação dos factos descritos na acusação ou na pronúncia.

No caso concreto em análise, foi comunicada ao arguido a alteração da qualificação jurídica e foi-lhe dada oportunidade para dela se defen-

der. Assim, seguindo o entendimento perfilhado nos citados arestos, conclui-se que não foram postas em causa as garantias de defesa e que nenhuma norma ou princípio constitucional se mostra violado pelas normas em causa.

Pelo exposto, decide-se dar provimento ao recurso, devendo a decisão recorrida ser reformulada em conformidade com o juízo de não inconstitucionalidade agora formulado.

Lisboa, 6 de Julho de 2005. — *Carlos Pamplona de Oliveira — Maria João Antunes — Rui Manuel Moura Ramos — Maria Helena Brito — Artur Maurício.*

Acórdão n.º 358/2005/T. Const. — Processo n.º 138/2005. — Acordam na 1.ª Secção do Tribunal Constitucional:

I — I — Ferrero Ibérica, S. A., deduziu, junto do Tribunal Judicial da Comarca de Vila Franca de Xira, impugnação judicial de uma apreensão de bens por si produzidos, ordenada pela Inspeção-Geral das Actividades Económicas (fls. 5 e seguintes), tendo invocado, entre o mais, a inconstitucionalidade material e orgânica do Decreto-Lei n.º 86/2004, de 17 de Abril.

Por decisão de 7 de Janeiro de 2005 (fls. 343 e seguintes), o juiz do Tribunal de Família e Menores e de Comarca de Vila Franca de Xira viria a considerar procedente esse recurso.

A decisão proferida, que assentou no juízo de inconstitucionalidade dos artigos 4.º e 5.º do Decreto-Lei n.º 86/2004, de 17 de Abril, concluiu assim:

«[...]»

Em face do exposto, resulta que o diploma legal em apreço, o Decreto-Lei n.º 86/2004, de 17 de Abril, é orgânica e materialmente inconstitucional, nos termos do artigo 277.º da CRP, por violação, respectivamente, dos artigos 165.º, n.º 1, alínea b), 13.º, 18.º, 26.º, 29.º, 32.º, n.º 10, 61.º, 62.º e 268.º, todos da Constituição da República Portuguesa, pelo que, nos termos do artigo 280.º, n.º 1, alínea a), da lei fundamental, não aplico o diploma legal em apreço e, em consequência, impõe-se o levantamento da apreensão efectuada em 18 de Maio de 2004.

Saliente-se que, em face do exposto, não se analisam os demais fundamentos invocados pela recorrente, por desnecessidade, e, considerando, ainda, a restrição do objecto do recurso apenso a estes autos, não nos pronunciamos quanto às apreensões de produtos da Ferrero efectuadas em datas diversas, quanto à sua legitimidade, mas apenas quanto à questão concretamente suscitada, a qual é, como se viu, supra, improcedente.

[...]

Pelo exposto, e em conformidade:

- a) Julga-se procedente, porque provado, o presente recurso de impugnação judicial da apreensão efectuada, pela Inspeção-Geral das Actividades Económicas, em 18 de Maio de 2004, no armazém da sociedade SDF Portugal, L.ª, pessoa colectiva n.º 503440523, sito na Quinta das Drogas e da Verdinha, armazém E, fracção D, 2615 Alverca, interposto pela recorrente *Ferrero Ibérica, S. A.*, e, em consequência, determina-se o levantamento daquela apreensão, em virtude de se basear em violação dos artigos 4.º e 5.º do Decreto-Lei n.º 86/2004, de 17 de Abril, os quais são orgânica e materialmente inconstitucionais por violação dos artigos 165.º, n.º 1, alínea b), 13.º, 18.º, 26.º, 29.º, 32.º, n.º 10, 61.º, 62.º e 268.º, todos da CRP, e a entrega imediata dos produtos apreendidos à recorrente;

[...].»

2 — O magistrado do Ministério Público na comarca de Vila Franca de Xira interpôs recurso obrigatório desta sentença para o Tribunal Constitucional, ao abrigo da alínea a) do n.º 1 do artigo 70.º da Lei do Tribunal Constitucional, pretendendo a apreciação, pelo Tribunal Constitucional, das normas dos artigos 4.º e 5.º do Decreto-Lei n.º 86/2004, de 17 de Abril (fl. 393).

Admitido o recurso no efeito suspensivo, por despacho a fl. 395, viria a Ferrero Ibérica, S. A., a requerer que ao recurso fosse fixado o efeito meramente devolutivo e, bem assim, que fosse revogada a medida de apreensão de bens e ordenada a restituição, à requerente, dos produtos apreendidos (fls. 398 e seguintes).

Por despacho a fls. 406 e seguintes, foi indeferido o requerimento, no que diz respeito à modificação do efeito do recurso, e esclarecida a requerente de que cabia à entidade administrativa a decisão de levantamento da apreensão.

3 — Nas alegações que produziu junto do Tribunal Constitucional (fls. 412 e seguintes), concluiu o Ministério Público:

«1.º A liberdade de iniciativa económica, proclamada pelo artigo 61.º da Constituição da República Portuguesa, não pode perspectivar-se, atenta a sua amplíssima indeterminação constitucional, como um 'direito fundamental', totalmente sujeito ao regime plasmado

nos artigos 18.º e 165.º, n.º 1, alínea b), da Constituição da República Portuguesa.

2.º Na verdade, sendo tal 'direito' conferido nos termos previstos na Constituição e na lei, não revestem natureza restritiva, mas antes meramente delimitadora, as normas que regulam o âmbito da autonomia na realização das actividades empresariais e respectiva promoção publicitária ou comercial.

3.º As restrições ao uso, para fins publicitários ou comerciais, de certas designações ou símbolos, legalmente reservados a terceiros, não afectam o núcleo essencial, constitucionalmente garantido, da liberdade de iniciativa económica.

4.º Não ofende os princípios da tipicidade e da legalidade a previsão de certo tipo contra-ordenacional com alguma latitude ou indeterminação, bastando que se possa extrair claramente do tipo legal o núcleo essencial da proibição — preenchendo tal requisito o tipo que proíbe e sanciona a utilização 'directa ou indirecta' de determinados símbolos ou sinais, de modo a criar um risco de confundibilidade ou 'falsa impressão' de associação de quem os utiliza a certo evento desportivo nacional.

5.º Não pode considerar-se violadora do princípio da igualdade a referida restrição de utilização a um determinado círculo de sujeitos, já que ela tem como causa a compensação de uma comparticipação nos custos, suportados pelos beneficiários, com a organização e promoção de certo evento desportivo nacional.

6.º A norma proibitiva e sancionatória, constante dos artigos 4.º e 5.º do Decreto-Lei n.º 86/2004, não é retroactiva, enquanto aplicável a actos autónomos de utilização ilegal de certos símbolos ou denominações, consumados em momento ulterior à vigência de tal diploma legal.

7.º As restrições à utilização, directa ou indirecta, de símbolos ou sinais que sejam susceptíveis de criar no público a 'falsa impressão' de que certa empresa está associada ao evento desportivo de aqueles representam, instituída pelo Decreto-Lei n.º 86/2004, de 17 de Abril, não se configura como violadora de expectativas legítimas e consolidadas na plena utilização de tais elementos distintivos, atento, nomeadamente, o princípio da reserva de utilização que já constava do n.º 3 do artigo 10.º do Decreto-Lei n.º 268/2001 — e radicando a edição do Decreto-Lei n.º 86/2004, de 17 de Abril, na prossecução de relevantes interesses públicos, garantindo a organização e imagem do evento desportivo em causa e permitindo o seu aproveitamento apenas às entidades que suportaram os custos da sua organização e promoção.

8.º Termos em que deverá proceder o presente recurso, em conformidade com um juízo de constitucionalidade das normas desaplicadas na sentença recorrida.»

Quanto ao efeito do recurso, o Ministério Público sustentou o seguinte:

«Relativamente à questão do efeito a atribuir ao recurso de constitucionalidade, parece-nos evidente que não é aplicável o estatuído no n.º 2 do artigo 78.º da Lei do Tribunal Constitucional: efectivamente, a previsão normativa aí contida conexiona-se com o recurso previsto na alínea b) do n.º 1 do artigo 70.º da Lei n.º 28/82 e com a questão do *esgotamento* dos recursos ordinários possíveis. Na verdade, se a parte optar pela preclusão do recurso ordinário possível — não o interpondo, no prazo legal, ou evitando o seu seguimento, por motivos de ordem processual, nos termos previstos no artigo 70.º, n.º 4 — o efeito de tal recurso de constitucionalidade é o que corresponderia ao 'recurso ordinário' precludido pela vontade do recorrente.

A situação dos autos é completamente diversa: tratando-se de recurso obrigatório para o Ministério Público, ele é *necessariamente interposto*, em via directa, para o Tribunal Constitucional, estando excluída a utilização de qualquer outro meio impugnatório ordinário: deste modo, a não interposição deste recurso ordinário possível não radica na vontade do recorrente, na estratégia processual por ele delineada, decorrendo antes directamente da lei — o que determina a aplicação do regime-regra, estabelecido no n.º 4 do artigo 78.º»

4 — A Ferrero Ibérica, S. A., contra-alegou (fls. 426 e seguintes), tendo formulado as seguintes conclusões:

«A — Na medida em que o recurso admitido a fl. 395 foi interposto de uma sentença absolutória, por não se inscrever em nenhuma outra previsão do mencionado artigo 408.º do CPP, tal recurso não tem efeito suspensivo, como lhe foi fixado, mas sim efeito meramente devolutivo, nos termos dos artigos 666.º, n.º 3, e 669.º, n.º 2, alínea a), do Código de Processo Civil, *ex vi* artigo 4.º do CPP.

B — No que ao fundo da questão respeita, com todo o respeito, não assiste qualquer razão ao recorrente, desde logo porque tanto a liberdade de iniciativa privada como o direito à propriedade privada são direitos fundamentais análogos aos direitos, liberdades e garantias.

C — Sendo uma lei reguladora da concorrência quanto à utilização de um evento público, condicionando a organização do mercado e a liberdade de actuação das empresas, que vai mais além da simples