

Andrés Ollero Tassara | Tribunal Constitucional de Espanha
Doutrina constitucional sobre a genética, o indivíduo e a família

A GENÉTICA, O INDIVÍDUO E A FAMÍLIA

Lisboa 11.X.2019 Quadrilátero TC

A primeira incursão do Tribunal Constitucional espanhol em questões relacionadas com a **genética** remonta a 1996, quando se pronunciou sobre o recurso de inconstitucionalidade interposto contra a Lei 42/1988, de 28 de dezembro, relativa à doação e utilização de embriões e fetos humanos ou das suas células, tecidos ou órgãos.³ Voltará a intervir três anos mais tarde, para se pronunciar sobre um recurso semelhante contra a Lei 35/1988, de 22 de novembro, relativa às técnicas de reprodução assistida. É significativo o facto de o Tribunal se ter dado a si próprio um prazo de sete e onze anos para concluir estas tarefas, talvez preocupado com a rapidez das inovações decorrentes desta investigação científica.

A principal consequência foi a reabertura do debate sobre o artigo 15º da Constituição, no que respeita ao titular do direito à vida.⁴ O texto do anteprojeto constitucional entendia-o como "a pessoa", mas não poucos deputados, preocupados com uma eventual tentativa de introduzir uma despenalização do aborto - então inexistente -, conseguiram que fosse substituído pela fórmula alemã: "todos têm direito à vida". De pouco serviu ao porta-voz socialista, marcado no seu partido como vaticanista, arvorar-se em profeta ao afirmar: "Todos sabem que o problema do direito à vida é uma questão de direito. Toda a gente sabe que o problema do direito é o problema da força do poder político e da interpretação."⁵ E se houver um Tribunal Constitucional e uma maioria pró-aborto, 'toda a gente' permitirá uma lei do aborto; e se houver um Tribunal Constitucional e uma maioria anti-aborto, a 'pessoa' impede uma lei do aborto".

Ambos os acórdãos marcaram o terreno, contribuindo para estabelecer a relevância e o significado de novos termos jurídicos.⁶ Foi o caso, no primeiro deles, da expressão embrião "inviável", que reconhecia eufemisticamente que, na reprodução assistida, a existência dos embriões ficava dependente da vontade pura dos pais quando decidiam a sua transferência para um útero.

¹ STC 212/1996, 19 de dezembro de 1996.

² Trata-se da primeira lei em Espanha que aborda as técnicas de reprodução assistida; concretamente, regula a inseminação artificial, a fecundação in vitro com transferência de embriões e a transferência intrafalopiana de gâmetas.

³ STC 116/1999, 17 de junho.

⁴ Tratei deste assunto, antes de ser juiz do Tribunal Constitucional em julho de 2012, em *Todos têm direito à vida. Para um conceito constitucional de pessoa?* Mais tarde incluído em *Derecho a la vida y derecho a la muerte. El ajetreado desarrollo del artículo 15 de la Constitución* Madrid, Rialp, 1994, pp. 21-58.

⁵ Intervenção perante a Sessão Plenária do Congresso por G. PECES BARBA na sessão de 6 de julho de 1978 - *La Constitución española. Trabajos Parlamentarios* Madrid, Cortes Generales, 1989 (2ª), t. II, p. [2038].

⁶ STC 212/1996, 19 de dezembro de 1996, FJ 6.

materno. ⁷Neste período inicial, tratar-se-ia de "embriões ou fetos humanos abortados no sentido mais profundo da expressão, ou seja, frustrados" enquanto "bem jurídico cuja proteção encontra o seu fundamento constitucional neste preceito (art. 15.º CE)".

⁸Um acórdão anterior - que dividiu o Tribunal ao ponto de obrigar o Presidente a desfazer o empate com o seu voto de qualidade - tinha estabelecido que há seres humanos que não são pessoas durante um determinado período de tempo, embora depois tenha tentado proteger o *nascituro*, reconhecendo-o, não como titular de direitos, mas como um bem jurídico, que tem de ser ponderado em cada caso com os direitos da mãe, sem que haja lugar à atribuição de uma primazia prévia a um ou a outro. Isto tornaria inconstitucional o sistema de prazos atualmente em vigor, que foi objeto de recurso há vários anos, sem que os recorrentes tenham agido em conformidade, uma vez que dispunham então de uma maioria absoluta nas secções, e que o Tribunal de Justiça não encontrou, até à data, uma ocasião adequada para se pronunciar sobre a matéria.

⁹Por seu lado, a STC 116/1999 pôs em circulação o engenhoso termo "pré-embrião", destinado a permitir a manipulação *in vitro* de embriões num período equivalente ao necessário *in utero* para a nidificação. ¹⁰Mais transparente é a alusão à existência de "pré-embriões excedentários", que é comentada por si só, apesar da tentativa de apresentar como "um facto cientificamente inevitável" o que é apenas uma exigência comercial da desejável taxa de sucesso para justificar a laboriosa manipulação em curso.

¹¹Considerar que nada disto é contrário à dignidade humana provoca uma opinião individual eloquente.

⁷ Trata-se de "uma situação em que, por definição, os embriões e fetos humanos não podem ser considerados *nascituros*, uma vez que é isso que se pretende dizer com a expressão 'inviáveis', que nunca 'nascerão'" - STC 212/1996, 19 de dezembro, FJ 5.

⁸ STC 53/1985, 11 de abril de 1985, FJ 7. Esta proteção constitucional do *nascituro* "implica duas obrigações para o Estado em geral: A de se abster de interromper ou dificultar o processo natural de gestação, e a de estabelecer um sistema jurídico de defesa da vida que a proteja eficazmente e que, dada a natureza fundamental da vida, inclua também, como última garantia, o direito penal". Tratei deste assunto em *Bienes jurídicos o derechos. Ilustración in vitro* incluída em *Bioderecho. Entre la vida y la muerte* Cizur Menor, Thomson-Aranzadi, The Global Law Collection, 2006, pp. 153-177.

⁹ A Lei não seria inconstitucional porque "em nenhum caso permite a experimentação com pré-embriões viáveis, nem permite qualquer investigação sobre eles que não seja de carácter diagnóstico, ou para fins terapêuticos ou preventivos" - STC 116/1999, de 17 de junho, FJ 9.

¹⁰ Aproveita a oportunidade para recordar que "nem os pré-embriões não implantados nem, a fortiori, os simples gâmetas são, para estes efeitos, 'pessoas humanas', pelo que o facto de permanecerem à disposição dos bancos após um determinado período de tempo não pode ser contrário ao direito à vida (art. 15.º CE) ou à dignidade humana (art. 10.º, n.º 1, CE)" - STC 116/1999, de 17 de junho, FJ 11.

¹¹ O Juiz M.JIMENEZ DE PARGA considera que, como "tronco da árvore dos direitos invioláveis, germe ou núcleo desses direitos, a dignidade da pessoa é um valor constitucional que exige a máxima proteção dos poderes públicos num Estado de Direito". Consequentemente, não entende que se negue ao tronco o que se reconhece aos ramos, ao rejeitar que a "dignidade da pessoa" do art. 10.º, n.º 1, CE comporta a reserva de lei orgânica, que é reconhecida pelos "direitos invioláveis que lhe são inerentes". Por outro lado, a maioria reforçada das leis orgânicas parece-lhe ser particularmente necessária quando se trata de problemas que exigem um amplo consenso. Talvez W. HASSEMER, antigo vice-presidente do Tribunal de Karlsruhe, desvende o mistério: não encontra "nenhum princípio fundamental da ética ou do direito que reúna sob si aplicações casuísticas tão díspares como o da dignidade humana"; o que o incita a propor uma "redução e relativização" dos argumentos que dele derivam. Caso contrário - sugere com um ar habermasiano - tornar-se-ia um procedimento que "mata o discurso", ferindo mortalmente "a conceção argumentativa que nos permite redescobrir o valor e o direito" - *Argomentazione con concetti fondamentali. L'esempio della dignità umana* "Ars Interpretandi" 2005 (10), pp. 132, 133 e 130-131.

¹²¹³ Para além de algumas referências anteriores a questões de competência, anos mais tarde o armazenamento indefinido, pelas autoridades responsáveis pela aplicação da lei, de amostras biológicas e perfis de ADN de pessoas não condenadas, para efeitos de identificação dos autores de futuros actos criminosos, é considerado uma interferência na privacidade pessoal devido à sua potencial utilização para obter informações sensíveis, como a origem étnica e a identificação de relações familiares.

Uma vez que a pessoa, com a dimensão de relacionalidade que a antropologia filosófica reconhece, não se tornou o centro de gravidade do texto constitucional, e que a relevância da dignidade foi relativizada, parece ser o **indivíduo** que é chamado a substituí-la. Mas isto exige algumas reservas.

¹⁴Com efeito, como sublinha um dos primeiros acórdãos do Tribunal, "os direitos fundamentais são direitos subjectivos, direitos dos indivíduos não só enquanto direitos dos cidadãos em sentido estrito, mas também na medida em que garantem um estatuto jurídico ou uma liberdade numa esfera de existência" .
¹⁵É indiscutível que "os direitos fundamentais e as liberdades públicas são direitos individuais que têm o indivíduo como sujeito ativo e o Estado como sujeito passivo, na medida em que tendem a reconhecer e a proteger espaços de liberdades ou prestações que os poderes públicos lhes devem conceder ou facilitar" .

Mas, ao mesmo tempo, ao ultrapassarem o indivíduo, assumem uma dimensão objetiva, porque "são elementos essenciais de uma ordenação objetiva da comunidade nacional, na medida em que esta se configura como o quadro de uma convivência humana justa e pacífica, historicamente consubstanciada no Estado de direito e, mais tarde, no Estado social de direito ou Estado social e democrático de direito, segundo a fórmula da nossa Constituição (art. 1.º, n.º 1). ¹⁶Esta dupla natureza dos direitos fundamentais, desenvolvida pela doutrina, reflecte-se no art. 10.º, n.º 1, da Constituição" , segundo o qual "a dignidade da pessoa humana, os direitos invioláveis que lhe são inerentes, o livre desenvolvimento da personalidade, o respeito pela lei e pelos direitos dos outros são a base da ordem política e da paz social"; um artigo fora da proteção oferecida pelo recurso de amparo....

Além disso, a dimensão subjectiva dos direitos não implica, em princípio, uma mera autodeterminação individual, como o demonstra o âmbito mais restrito reconhecido pela jurisprudência constitucional espanhola sobre o artigo 18.º, n.º 1, do Tratado CE, que "garante o direito à honra, à intimidade pessoal e familiar e à imagem", em comparação com o do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem sobre o artigo 8.

¹² Compete ao Estado, de acordo com a sua competência em matéria de bases e de coordenação geral dos cuidados de saúde (art. CE), a regulamentação do regime de actividades relacionadas com a utilização de tecidos e células de origem humana e de produtos manufacturados deles derivados, quando se destinem a aplicações em seres humanos; actividades que incluem a dádiva, a colheita, a análise, o processamento, a preservação, o armazenamento, a distribuição, a aplicação e a investigação clínica -STC 22/2012, 16 de fevereiro, FJ 4.

¹³ STC 199/2013, 5 de dezembro, FJ 6.

¹⁴ STC 25/1981, 14 de julho de 1981, FJ 5.

¹⁵ STC 64/1988, 12 de abril de 1988, FJ 1.

¹⁶ STC 25/1981, 14 de julho de 1981, FJ 5.

É igualmente significativo o nascimento de um novo direito fundamental, derivado da quarta epígrafe do mesmo artigo 18º CE: o direito à proteção de dados ou à autodeterminação informativa.¹⁷ Para além da dimensão defensiva de uma esfera reduzida de privacidade, configura-se como um direito de disposição que garante o poder de controlo do cidadão sobre os seus dados na posse das autoridades públicas.

¹⁸Em todo o caso, "a plena eficácia dos direitos fundamentais exige que se reconheça que a titularidade desses direitos não corresponde apenas a indivíduos considerados isoladamente, mas também na medida em que estão inseridos em grupos e organizações, cujo objetivo é especificamente defender determinados espaços de liberdade ou realizar os interesses e valores que constituem o substrato último do direito fundamental" .

¹⁹Desde 2000, os menores têm sido por vezes reconhecidos como titulares de direitos humanos.²⁰ da Lei n.º 3/2007, de 15 de março, que regula a retificação registral da menção do sexo de uma pessoa, foi declarado inconstitucional, uma vez que foram excluídos os menores com maturidade suficiente, entendendo o Tribunal que esta restrição legal é desproporcionada nestes casos.

A predominância do indivíduo não deixou de influenciar a **família** e a sua relação com o casamento. Esta situação tinha sido tacitamente anunciada quando o texto constitucional tratou do casamento (art. 32º CE) e da família (art. 39º CE) em vários artigos.²¹ A isto acresce o curioso processo de desjuridificação do casamento e, paradoxalmente, de juridificação paralela das uniões de facto.

²²Por outro lado, as técnicas de reprodução assistida não põem em causa a proteção constitucional da família e "é, pois, perfeitamente admissível, do ponto de vista constitucional, dissociar o progenitor biológico do progenitor legal" .²³ Por sua vez, a noção constitucional de família inclui as relações sem descendência .

Relativamente à guarda de crianças, rejeita a ideia de que esta se baseia "na dedicação exclusiva das mulheres às tarefas domésticas e na exclusão absoluta dos homens dessas tarefas".²⁴ Consequentemente, a licença de maternidade pode ter um âmbito mais alargado do que a licença de paternidade, sem prejuízo de o legislador poder alargar esta última .

¹⁷ Abordei esta questão em 2008 no meu discurso de aceitação na Academia Real de Ciências Morais e Políticas: *De la protección de la intimidad al poder de control sobre los datos personales. Exigencias jurídico-naturales e historicidad en la jurisprudencia constitucional*, publicado em Madrid nesse mesmo ano.

¹⁸ STC 64/1988, 12 de abril de 1988, FJ 1.

¹⁹ SSTC 141/2000, 29 de maio, FJ 5; 154/2002, 18 de julho, FJ 9; 183/2008, 22 de dezembro, FJ 5.

²⁰ No STC 99/2019, de 18 de julho, FJ 9.

²¹ A este respeito F.D'AGOSTINO -*Linee di una filosofia della famiglia nella prospettiva della filosofia del diritto*, Milano, Giuffrè, 1991, p.57- e outra literatura que comentei em *El matrimonio natural (Casatoria natural)* "Revista Romana de Drept Privat-Romanian Review of Private Law" 2018 (3) pp. 357-371.

²² STC 116/1999, 17 de junho de 1999, FJ 13.

²³ SSTC 222/1992, 11 de dezembro, FJ 4 e 19/2012, 15 de fevereiro, FJ 5.

²⁴ STC 128/1987, de 16 de julho de 1987, FJ 9. Sublinha-se que "o objetivo primordial que o legislador sempre perseguiu ao instituir a licença de maternidade e a correspondente prestação pecuniária da segurança social é a

O significado constitucional da licença para assistência a filhos menores é particularmente importante.²⁵²⁶ Os órgãos judiciais não podem limitar-se a apreciar, para excluir a violação do artigo 14.º do Tratado CE, se a diferença de tratamento em relação ao gozo deste direito tem uma justificação objetiva e razoável em abstrato, mas devem analisar as circunstâncias de cada caso "em função dos interesses e valores familiares a que responde"; doutrina igualmente aplicável à redução do horário de trabalho para assistência a filhos menores.

²⁷Trata-se de favorecer "medidas tendentes a uma participação efectiva do trabalhador na vida familiar, através de uma repartição equilibrada das responsabilidades familiares".²⁸ Quando o que está em causa é a integridade psicológica da criança, não é necessário que a lesão ocorra para limitar os direitos do progenitor, bastando a existência de "um risco relevante de que a lesão possa ocorrer".²⁹ "O regime de guarda, seja ou não partilhada e haja ou não acordo dos pais", deve ser adotado tendo em conta "a situação mais benéfica para a criança".

³⁰O casamento e a coabitação têm sido considerados como "unidades de coabitação" diferentes, que não têm necessariamente de receber o mesmo tratamento jurídico. Embora o n.º 1 do artigo 32.º reconheça ao "homem e à mulher" o direito constitucional de contrair casamento, a união de facto *more uxorio* não é uma instituição juridicamente garantida nem existe um direito constitucional expreso ao seu estabelecimento. O vínculo matrimonial gera *ope legis* na mulher e no marido uma pluralidade de direitos e deveres que não se verifica de forma juridicamente necessária entre aqueles que mantêm uma coabitação estável não baseada no casamento.

Estas diferenças são tidas em conta pelo legislador quando regulamenta as pensões.³¹ É o caso da pensão de viuvez para as pessoas que vivem juntas de facto sem que nada as impeça de se casarem, dada a margem de liberdade do legislador na gestão de recursos limitados para satisfazer um grande número de necessidades sociais. O Tribunal não considerou inconstitucional a possibilidade de o legislador alargar

proteção da saúde da mulher trabalhadora durante a gravidez, o parto e o puerpério"; enquanto "a licença de paternidade e as correspondentes prestações de segurança social reconhecidas no nosso sistema social desde 2007 para o pai", têm um objetivo diferente: "promover a conciliação da vida pessoal, familiar e profissional, incentivando a responsabilidade partilhada de mães e pais no cuidado dos filhos" -STC 111/2018, de 17 de outubro, FJ 5 e 8.

²⁵ STC 203/2000, 17 de junho de 2000, FJ 4.

²⁶ STC 3/2007, 15 de janeiro, FJ 5.

²⁷ Com especial referência à Lei Orgânica 3/2007, de 22 de março, para a igualdade efectiva entre mulheres e homens -STC 26/2011, 14 de março, FJ 5.

²⁸ STC 221/2002, de 25 de novembro, FJ 4; no mesmo sentido STC 71/2004, de 19 de abril, FJ 8. De acordo com estes critérios, a restrição temporária do direito de visita de um pai transexual, com provas periciais de riscos relevantes para o seu filho menor, não pode ser qualificada como tratamento discriminatório do progenitor" -STC 176/2008, de 22 de dezembro, FJ 8.

²⁹ Apesar de "os pais estarem investidos do poder de auto-regular tal medida e de o Ministério Público ter o dever de assegurar a proteção dos menores neste tipo de processos, só o órgão judicial tem competência para resolver o conflito que se coloca, pois só a ele está constitucionalmente cometida a função jurisdicional" -STC 185/2012, de 17 de outubro, FJ 8.

³⁰ STC 45/1989, de 20 de fevereiro, FJ 6 e 74/1997, de 21 de abril, FJ 4, entre outros.

³¹ STC 184/1990, de 15 de novembro, FJ 3

³²This pension is available to stable unmarried couples (both heterosexual and homosexual), without reaching full equality . ³³³⁴³⁵Exige o registo prévio do casal ou a sua constituição em documento público, bem como que os seus membros não tenham uma relação conjugal com outra pessoa, estabelecendo um limite de rendimentos, diferente consoante existam ou não responsabilidades familiares.

^{36 3738}Não faltaram conflitos de competências, uma vez que as comunidades autónomas sem direito civil próprio, como as de Madrid ou Valência, foram privadas de capacidade reguladora, enquanto a comunidade foral de Navarra foi reconhecida como tendo a possibilidade de "regular certos efeitos jurídicos derivados da relação entre aqueles que vivem juntos de facto".

Particularmente polémico foi o reconhecimento da possibilidade de o legislador introduzir o casamento entre pessoas do mesmo sexo, equiparando-o mesmo ao casamento contraído por heterossexuais, por se tratar de "uma opção não excluída pelo constituinte". ³⁹Para o efeito, as habituais referências hidrológicas a fontes e lacunas jurídicas foram substituídas, neste caso, por uma nova referência florestal .

⁴⁰A afirmação do artigo 39.º, n.º 2, CE de que "a lei deve possibilitar a investigação da paternidade" leva o Tribunal a declarar a inconstitucionalidade do artigo 133.º do Código Civil, que confere o direito de invocar a filiação, quando falte a respectiva posse de estado, apenas ao filho ao longo da sua vida, excluindo o progenitor dessa possibilidade. A aparente contradição com a disposição legal que garante na reprodução assistida o sigilo da identidade do dador de gâmetas é resolvida pelo Tribunal, entendendo que a "Constituição ordena ao legislador que 'possibilite' a investigação da paternidade". ⁴¹O direito ao conhecimento da paternidade estaria sujeito à inexistência de "razões justificáveis que o desaconselhem".

De qualquer modo, "a interpretação das leis que regem esta matéria deve ser feita no sentido que melhor assegure o cumprimento pelos pais dos seus deveres para com os filhos menores.

³² STC 41/2013, 14 de fevereiro, FJ 4.

³³ STC 51/2014, 7 de abril.

³⁴ STC 44/2014, 7 de abril.

³⁵ ATC 167/2017, de 12 de dezembro, com base no STC 41/2013, de 14 de fevereiro.

³⁶ STC 81/2013, de 11 de abril.

³⁷ STC 110/2016, de 9 de

junho. ³⁸ STC 93/2013, de 11

de abril.

³⁹ "A Constituição é uma 'árvore viva'" que, "através de uma interpretação evolutiva, se acomoda às realidades da vida moderna como forma de assegurar a sua própria relevância e legitimidade" -STC 198/2012, 6 de dezembro, FJ 9, acompanhado de quatro opiniões divergentes.

A CCT 273/2005, de 27 de outubro, FJ 5 a 7, reiterada na CCT 52/2006, de 16 de fevereiro, FJ 2. A CCT 41/2017, de 24 de abril, tornou a mesma declaração de inconstitucionalidade relativamente à alínea b) do art. 71.º da Compilação Foral de Direito Civil de Navarra, ainda mais rígida, uma vez que nem sequer em caso de posse de estado os pais poderiam reclamar a declaração de filiação não matrimonial.

⁴¹ STC 116/1999, 17 de junho de 1999, FJ 15.

⁴²⁴³pode "recusar-se legitimamente a submeter-se a testes biológicos na ausência de indícios sérios do comportamento que lhe é imputado" ; neste caso, a sua recusa não pode ser considerada como uma *ficta* confissão" .

⁴² STC 7/1994, 17 de janeiro de 1994, FJ 3 e 4.

⁴³ Embora possa ser apreciada pelo órgão jurisdicional como um indício razoável que, em conjugação com o resto dos elementos de prova, lhe permite considerar acreditada a filiação reclamada -SSTC 95/1999, de 31 de maio, FJ 4, e 29/2005, de 14 de fevereiro, FJ 5.

Juan Antonio Xiol Ríos | Tribunal Constitucional de Espanha

A proteção de dados como garantia contra os abusos de poder. Acórdão do Tribunal Constitucional 76/2019, de 22 de maio.

A proteção de dados como garantia contra os abusos de poder. STC 76/2019, de 22 de maio

Juan Antonio Xiol Ríos

Magistrado do Tribunal Constitucional de

Espanha Lisboa, outubro de 2019

Conteúdo

1. Recurso ao Tribunal Constitucional de Espanha
2. Considerações preliminares do Tribunal
3. Requisitos gerais para a interferência do Estado no domínio das liberdades cívicas
4. Decisão do Tribunal de Justiça

1. Interpor recurso junto do Tribunal Constitucional de Espanha

Na regulamentação espanhola, o Defensor del Pueblo (a seguir, Provedor de Justiça), equivalente ao Provedor de Justiça, tem legitimidade, juntamente com determinados órgãos políticos, para interpor recursos de inconstitucionalidade junto do Tribunal Constitucional (a seguir, TC) contra leis aprovadas pelo poder legislativo do Estado ou das unidades territoriais em que o Estado está dividido (as comunidades autónomas).

No caso submetido a esta Conferência dos Tribunais Constitucionais, o PD interpôs um recurso de inconstitucionalidade contra um preceito legislativo aprovado pela Assembleia Legislativa do Estado: o artigo 58 bis da Lei Orgânica 5/1985, de 19 de junho, sobre o sistema eleitoral geral (doravante, "o preceito impugnado"). Este artigo não é o produto da redação original da lei, que teve lugar em 1985, mas de uma alteração recente, uma vez que foi introduzido pela Lei Orgânica 3/2018, de 5 de dezembro.

Os n.ºs 1 e 2 da disposição impugnada devem ser reproduzidos. Note-se que, apesar de ambos estarem intimamente relacionados, o recurso da PD refere-se apenas ao n.º 1. A razão é que é no n.º 1 que se especifica a eventual infração invocada. Se este número fosse anulado pelo TC, como foi, o âmbito de aplicação do n.º 2 seria reduzido pela conexão que tem com o n.º 1.

O n.º 1 - ou seja, aquele que o TC anulou no Acórdão do Tribunal Constitucional [doravante, TC] 76/2019, de 22 de maio - tinha o seguinte teor:

"1) A recolha de dados pessoais relativos às opiniões políticas dos indivíduos pelos partidos políticos no âmbito das suas actividades eleitorais só é abrangida pelo interesse público se forem previstas garantias adequadas.

Trata-se, portanto, de uma autorização legislativa aos partidos políticos para recolherem dados pessoais sobre as opiniões políticas dos cidadãos. O enorme significado desta autorização parece ainda maior quando se lê o n.º 2 da disposição impugnada, do qual resulta claro que "no âmbito das suas actividades eleitorais" se aplica não só à recolha de dados, mas também à sua utilização:

"Os partidos políticos, as coligações e os agrupamentos eleitorais podem utilizar dados pessoais obtidos a partir de sítios Web e de outras fontes acessíveis ao público para a realização de actividades políticas durante o período eleitoral.

Se o n.º 1 for anulado, como foi o caso no acórdão, é óbvio que a autorização do n.º 2 para a utilização de dados pessoais para a realização de actividades políticas durante o período eleitoral pelos partidos políticos não pode incluir a utilização de dados pessoais relativos às opiniões políticas dos cidadãos, uma vez que a recolha desses dados não é autorizada (pelo menos enquanto não for aprovada uma lei que cumpra os requisitos da jurisprudência constitucional).

No recurso interposto pela DP, o n.º 1 é impugnado com base em diferentes preceitos da Constituição espanhola (doravante CE). O TC (STC 76/2019, base jurídica [a seguir, FJ] 2) dá preferência a um deles. Ao concluir pelo provimento do recurso com base no fundamento preferencial, considera desnecessária a análise dos restantes fundamentos.

O artigo do CE que o TC considera ter sido violado insere-se no quadro dos direitos fundamentais especialmente protegidos pelo CE. Trata-se do n.º 4 do artigo 18º do Tratado CE, que tem a seguinte redação

"A lei limita a utilização das tecnologias da informação, a fim de garantir a honra e a privacidade pessoal e familiar dos cidadãos e o pleno exercício dos seus direitos".

Os artigos invocados pelo recorrente que o TC considera desnecessário analisar, uma vez que o recurso foi julgado procedente quanto ao fundamento principal (FJ 2), são os seguintes:

-O n.º 3 do artigo 9.º, que consagra a segurança jurídica e a proibição da arbitrariedade.

-Artigo 16.º, que consagra a liberdade ideológica e a liberdade de opinião.

-Artigo 23º, que regula o direito de participação política.

-Artigo 53.º, n.º 1, que obriga as autoridades públicas a respeitar os direitos e liberdades reconhecidos na Constituição.

2. Considerações preliminares do Tribunal

É sabido que o raciocínio jurídico operativo dos tribunais superiores sobre a questão em apreço é frequentemente precedido de considerações preliminares mais ou menos extensas de carácter acessório. Isto é particularmente verdade no caso do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem. No caso vertente, algumas dessas considerações preliminares - que reduzimos ao essencial - podem ajudar-nos a compreender melhor a questão suscitada e o quadro jurídico em que ela se insere:

1) De acordo com o n.º 2 do artigo 10.º do Tratado CE, tal como interpretado pelo Tribunal de Justiça, os acordos internacionais sobre direitos humanos validamente celebrados e oficialmente publicados em Espanha constituem critérios válidos para interpretar o sentido e o alcance mínimo dos direitos e liberdades reconhecidos no Tratado CE. Tais acordos podem ser tidos em conta para corroborar o sentido e o alcance do direito fundamental em causa (FJ 3).

2) Os requisitos decorrentes do direito da União Europeia (a seguir designado "direito da UE") são relevantes para estabelecer as margens de discricionariedade política constitucionalmente admissíveis para o desenvolvimento legislativo fundamental (STC 1/2012, FJ 9).

3) Por conseguinte, o Tribunal (FJ 3) tem em conta o Regulamento (UE) 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 27 de abril de 2016, relativo à proteção das pessoas singulares (JO L 37, p. 1).

relativo ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados e que revoga a Diretiva 95/46/CE (Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados). Este regulamento entrou em vigor em 25 de maio de 2018 (a seguir designado por RPD).

4) No direito interno, o regulamento fundamental sobre a matéria está contido na Lei Orgânica 3/2018, de 5 de dezembro, sobre a proteção de dados pessoais e garantia dos direitos digitais (doravante, LOPD). A LOPD declara a natureza suplementar do DPA para operações de processamento às quais não é diretamente aplicável porque afectam actividades que não se enquadram no âmbito da legislação da UE (FJ 4).

5) O artigo 18.º, n.º 4, do CE refere-se literalmente apenas à limitação da utilização de dados pessoais; no entanto, o TC tem considerado que este preceito "consagra um direito fundamental autónomo de controlar o fluxo de informações relativas a cada pessoa" (FJ 5 b) e STC 11/1998, 13 de janeiro, FJ 5). Este direito fundamental (designado pela doutrina científica como "direito à autodeterminação informativa") é também considerado pelo TC como um direito instrumental de proteção do direito à liberdade ideológica ou de opinião.

3. Requisitos gerais para a interferência do Estado no domínio das liberdades cívicas

Segundo o acórdão em apreço, qualquer ingerência do Estado no domínio dos direitos fundamentais e das liberdades públicas:

A) Deve responder a um objetivo constitucionalmente legítimo (FJ 5 d) e STC 104/2000, FJ 8).

B) Exige uma autorização legal (FJ 5 d) e STC 49/1999, FJ 4). A fim de garantir a previsibilidade e a certeza, o preceito de habilitação "deve exprimir todos e cada um dos pressupostos e condições da intervenção".

C) A disposição de habilitação deve fornecer "garantias adequadas contra a utilização potencialmente invasiva da vida privada do cidadão através do tratamento informático" (FJ 6 e STC 292/2000, FJ 10, segundo os quais estas garantias não podem ser estabelecidas através de preceitos genéricos ou fórmulas vagas, e acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia, Grande Secção, de 8 de abril de 2014, processos apensos C-293/12 e C-594/12, Digital Rights Ireland Ltd, § 54). O requisito de garantias adequadas é mais relevante quando o tratamento diz respeito a categorias especiais de dados, também chamados dados sensíveis, incluindo dados relativos a opiniões políticas (artigo 6.º da Convenção para a Proteção das Pessoas relativamente ao Tratamento Automatizado de Dados de Carácter Pessoal, de 28 de janeiro de 1981, ratificada pela Espanha, e Circular 1/2019 da Agência Espanhola de Proteção de Dados).

No caso em apreço, os defeitos imputados à disposição contestada (FJ 7) consistiam no seguinte

A) Falta de determinação do objetivo do tratamento de dados pessoais relativos a opiniões políticas. Diz apenas que a recolha de dados "só será considerada de interesse público se forem previstas garantias adequadas".

B) Ausência de uma descrição pormenorizada das restrições ao direito fundamental.

C) Não prestação de garantias adequadas. Apenas é utilizada a expressão "sempre que estejam previstas garantias adequadas".

4. Decisão do Tribunal de Justiça

A resposta do Tribunal de Justiça a cada uma das três objecções levantadas pelo recorrente à constitucionalidade da disposição impugnada é afirmativa:

A) A disposição legal impugnada não cumpre a exigência de especificar o interesse público a que responde a restrição dos direitos fundamentais (FJ 7 a)), uma vez que pressupõe a sua existência, mas não a especifica.

("serão protegidos no interesse público apenas quando forem fornecidas garantias adequadas"). Nem o controlo por parte da Administração nem o derivado dos canais estabelecidos para o funcionamento do sistema democrático, alegados pelo advogado do Estado (FJ 17), cumprem este requisito, uma vez que não eliminam a incerteza que existe para o cidadão.

B) Não são estabelecidos limites adequados para o exercício da atividade de recolha de dados (FJ 7 b)). O único limite estabelecido é o de não exceder o quadro das actividades eleitorais dos partidos. Uma expressão tão ampla não serve para restringir as actividades de recolha de dados, uma vez que existem inúmeras actividades dos partidos que podem ser relacionadas com o quadro eleitoral. Os processos eleitorais são relativamente frequentes no sistema político espanhol.

C) A disposição impugnada não estabelece as garantias necessárias (FJ 8). O estabelecimento destas garantias não pode ser deduzido, como solicitado pelo advogado do Estado, (i) nem da redação da disposição impugnada, que não as estabelece (FJ 8 a)); (ii) nem da justificação contida na alteração parlamentar que deu origem à introdução da disposição impugnada, uma vez que a justificação ou motivação das alterações não tem carácter normativo se não constar do texto (FJ 8 b)); (iii) nem do regulamento contido no RPD, pois seria uma referência tão ampla que poderia ser considerada uma referência em branco, enquanto o estabelecimento das garantias deve ser expresso e atual (FJ 8 c)); (iv) nem da Circular da Agência de Proteção de Dados, pois esta instituição tem uma função de proteção de dados subordinada à lei (FJ 8 c) [ii]).

Finalmente, o TC (FJ 10 e acórdão) decidiu "declarar contrária à Constituição e nula a secção 1 do artigo 58 bis da Lei Orgânica 5/1985, de 19 de junho, sobre o sistema eleitoral geral, incorporada na mesma pela terceira disposição final, secção dois, da Lei Orgânica 3/2018, de 5 de dezembro, sobre a proteção dos dados pessoais e a garantia dos direitos digitais".