



Universidade do Porto

Faculdade de Direito

**A legitimidade da recolha e processamento de dados relativos
à raça e à origem étnica:**

**Impactos na esfera privada dos indivíduos e no combate à
discriminação**

Dissertação de Mestrado em Ciências Jurídico-Políticas apresentada à Faculdade
de Direito da Universidade do Porto, elaborada sob a orientação científica da
Professora Doutora Anabela de Fátima da Costa Leão.

Adriana Lima de Matos

Porto, outubro de 2019

Agradecimentos

Escrever uma dissertação não é um caminho traçado apenas para regozijo profissional; é uma jornada de crescimento pessoal. É “ser” em transformação.

Agradeço, por isso, aos meus pais. Que me deixam “ser”. Às minhas irmãs, pelo amor incondicional.

“Um professor afeta a eternidade; nunca consegue saber onde acaba a sua influência.”

– Henry Adams

À Professora Doutora Anabela Leão, o meu agradecimento eterno; por ser exemplo vivo de profissionalismo, pela maestria em inculcar o hábito do pensamento crítico, pela humanidade durante a orientação.

À Professora Doutora Luísa Neto, pela inspiração que trouxe nos meus primeiros anos de faculdade; pela generosidade em trazer conhecimento ao processo.

Aquelas que foram, primeiro, colegas de faculdade, e, depois, amigas para a vida, pela partilha constante e amizade.

À biblioteca da Faculdade de Direito da Universidade do Porto, por ser um eterno lugar de encontro do saber.

A todos os herdeiros da diversidade, a quem, julgo, os do meu tempo ficarão para sempre em dívida.

Resumo

Procurando fazer um exame sobre a recolha de dados relativos à pertença étnica e racial, em especial, quando ela é realizada para fins de elaboração de políticas públicas de combate à discriminação ilícita, este trabalho discorrerá sobre o significado da terminologia, o contexto legal e social em que ela é aplicada e como ela se relaciona com o direito à identidade cultural. Será analisada a suscetibilidade da sua recolha à luz da legislação mais recente sobre proteção de dados e usando como luz “guia” o texto constitucional, repositório por excelência dos direitos fundamentais. Para isso, além de regras e princípios jurídicos, atenderemos à especial sensibilidade dos dados, à relevância do princípio da autodeterminação durante todo o processo, às entidades com um eventual interesse em realizar a recolha e aos métodos até então distinguidos pela literatura, evidenciaremos a dificuldade de construção de categorias onde caiba a identidade – fenómeno fluído, flexível, modificável a todo o tempo –, e deixaremos expostos os métodos de classificação até então conhecidos, usados no momento da recolha.

Próximos do fim, refletiremos sobre as implicações que a recolha acarreta, atentaremos à nomenclatura utilizada, num debate que envolverá a expressão “estereótipo” e “identidade” para efeitos de perceber de que forma a origem étnica e racial pode ser considerada caracterização étnica ou discriminação negativa; analisaremos a recolha enquanto instrumento que fomenta um diálogo promotor do reconhecimento da diferença e a transforma em identidade; e, faremos algumas reflexões sobre o particular estado da situação em Portugal, em especial, cingir-nos-emos à discussão que a temática gerou mais recentemente junto dos grupos minoritários, do Grupo de Trabalho constituído para o efeito e do Instituto Nacional de Estatística. Porque conscientes do efeito útil que a recolha e o processamento destes dados podem ter, ponderaremos sobre as formas de combate à discriminação que os dados recolhidos podem assumir, e, em jeito de conclusão, articularemos a recolha e o processamento dos dados sobre a origem étnica e racial com o perigo que ela representa sobretudo para o direito de reserva da vida privada e para a construção de perfis étnico-raciais.

Palavras Chave: Identidade, Origem étnica e origem racial, Privacidade, Proibição de discriminação, Recolha e processamento de dados pessoais

Abstract

In an attempt to examine the collection of data on ethnic and racial belonging, in particular when it is conducted for the purpose of formulating public policies to combat illicit discrimination, this paper will discuss the meaning of terminology, the legal and social context where it is applied and how it relates to the right to cultural identity. The susceptibility of its collection will be analyzed in the light of the latest data protection legislation and using as a "guiding light" the constitutional text, par excellence repository of fundamental rights. For this, in addition to rules and legal principles, we will take into account the special sensitivity of the data, the relevance of the principle of self-determination throughout the process, the entities with an eventual interest in collecting and the methods, hitherto distinguished by the literature, we will highlight the difficulty in constructing categories where identity fits – fluid, flexible, all-time changing phenomenon –, and we will expose the previously known classification methods used at the time of collection.

Towards the end, we will reflect on the implications that the collection entails, we will look at the nomenclature used, in a debate that will involve the expression “stereotype” and “identity” for the purpose of understanding how ethnic and racial origin can be considered ethnic characterization or negative discrimination; we will analyze collection as an instrument that fosters a dialogue that promotes the recognition of difference and transforms it into identity; and, we will make some reflections on the particular state of the situation in Portugal, in particular, we will confine ourselves to the discussion that the theme has most recently created with minority groups, the Working Group established for this purpose and the Instituto Nacional de Estatística. Because we are aware of the useful effect that the collection and processing of this data can have, we will consider ways to combat the discrimination that the collected data can take, and in conclusion we will articulate the collection and processing of data on ethnic and racial origin with the danger it poses, above all, to the right of privacy and to the construction of ethnic and racial profiles.

Key words: Collection and processing personal data, Ethnic and racial origin, Identity, Privacy, Prohibition of discrimination

Lista de Siglas e Abreviaturas

ACM – Alto Comissariado para as Migrações
AEPD – Autoridade Europeia de Proteção de Dados
Art. – Artigo
Arts. – Artigos
CDFUE – Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia
CEDH – Convenção Europeia dos Direitos Humanos
CICDR – Comissão para a Igualdade e contra a Discriminação Racial
CNPD – Comissão Nacional de Proteção de Dados
CRP – Constituição da República Portuguesa (1976)
DUDH – Declaração Universal dos Direitos Humanos
e. g. – *exempli gratia*
ed. – editor/a/es
EHJS – European Health Interview Survey
ESS – European Social Survey
EUA – Estados Unidos da América
EU-MIDIS – European Minorities and Discrimination Survey
EU-SISC – Estatísticas da União Europeia sobre o Rendimento e as Condições de Vida
INE – Instituto Nacional de Estatística
LFS – Labour Force Survey
LSEN – Lei do Sistema Estatístico Nacional
n.º - número
ob. cit. – obra citada
ONG – Organização Não Governamental
p. – página
PISA – Programme for International Student Assessment
pp. – páginas
RED – Racial Equality Directive
RGPD – Regulamento Geral de Proteção de Dados
ss. - seguintes
TEDH – Tribunal Europeu dos Direitos Humanos
U.E. – União Europeia

Sumário

Agradecimentos.....	1
Resumo.....	2
Abstract	3
Lista de Siglas e Abreviaturas	4
Sumário	5
Introdução.....	7
Capítulo I – A dilucidação dos conceitos de “origem étnica” e “origem racial”	10
1. O carácter pluridimensional e dinâmico dos conceitos “origem étnica” e “origem racial” 10	
1.1. A diversidade das abordagens aos conceitos “raça” e “etnia”	18
2. A importância do direito de identidade cultural como sustentáculo à liberdade de autoidentificação em termos culturais e de autodeterminação cultural.....	22
Capítulo II – A suscetibilidade da recolha e processamento de dados relativos à origem étnica e racial	30
1. Premissas orientadoras da recolha de dados.....	30
1.1. A sensibilidade dos dados	30
1.2. Requisitos gerais a que a recolha deverá obedecer	33
1.3. A inclusão dos grupos étnicos na recolha dos dados para uma efetiva verificação do princípio da autodeterminação informacional	39
2. Entidades com interesse em recolher os dados e os distintos métodos de recolha	49
3. Métodos de classificação e construção de categorias.....	52
Capítulo III – As implicações do processamento e da recolha dos dados relativos à origem étnica e racial	55
1. Compreendendo a recolha e o processamento dos dados atinentes à ‘origem étnica e racial’ na qualidade de ferramenta de combate à discriminação	55

1.1. Discriminação e Caracterização étnica: estereótipo ou identidade?	55
1.2. O significado do debate político, social e jurídico sobre a urgente necessidade de recolha dos dados – em busca do inalcançável?	62
1.3. O estado da arte – em especial reflexos da situação em Portugal.....	65
2. Ponderação das formas de combate à discriminação	73
2.1. A formulação de políticas de inclusão	73
2.2. A determinação de ações positivas	76
2.3. A utilização das estatísticas nos processos judiciais – casos de “ <i>Disparate Impact</i> ” 79	
3. Para lá do horizonte desejado.....	81
3.1. A morte da privacidade?	81
3.2. O perigo atual do “ <i>Ethnic Profiling</i> ”	85
Considerações finais.....	89
Bibliografia.....	94

Introdução

“Eu somos tristes. Não me engano, digo bem. Ou talvez: nós sou triste? Porque dentro de mim não sou sozinho. Sou muitos. E esses todos disputam minha única vida. Vamos tendo nossas mortes. Mas parto foi só um. Aí, o problema. Por isso, quando conto a minha história me misturo, mulato não das raças, mas de existências.”¹

Raça e etnia, dois vocábulos cuja utilização no diálogo permaneceu invariável ao longo dos séculos, viram, porém, o seu conteúdo delimitador, o modo como o poder e a sociedade se estruturaram em redor deles, variar, transformar-se e renascer, quase sempre enfatizando a diferença de forma conspurcada. Essa parte da nossa identidade não encontra fronteiras e existirá sempre que houver personalidade jurídica, consequência do nascimento completo e com vida. Ora, toda a identidade exige reconhecimento – em toda a história da humanidade o ser humano o desejou. Justifica-se então colocar uma pergunta que procure a resposta para o que traz a idade moderna de novo. Não é, obviamente, a necessidade de reconhecimento, pois essa sempre existiu. O que acontece é que essas temáticas (da identidade e do reconhecimento) adquiriram, hoje, uma problematização que os nossos antepassados não conheceram.

A desenvoltura que o campo tecnológico conheceu nas últimas dezenas de anos, permitem no presente recolher, tratar e transmitir dados pessoais, através de formas que eram antes impossíveis de antever. Os desafios para os direitos fundamentais, exigem que as suas formas de tutela tenham que ser repensadas e interpretadas face às exigências do presente. Neste sentido, a proposta de recolha de dados relativos à origem étnica e racial poderá aparentar ousadia, já que invoca na memória um passado onde esta recolha serviu tão-só para perseguir, discriminar e eliminar grupos minoritários. Tem-se, porém, como certo, que dados com esta sensibilidade criam duas formas de poder: o poder de reunir ou de dividir, e, o poder de incluir ou de excluir. Os números e os sistemas são moralmente neutros. É, pois, o que fazemos com eles que conta.

Porque a recomendação desta recolha tem sido premente por várias organizações internacionais (como veremos), havendo igualmente alguma inquietação por parte de organizações e movimentos sociais de populações racializadas em Portugal, e, tendo presente a criação de um Grupo de Trabalho em 2018 para o estudo da eventual introdução de uma

¹ Mia Couto, *Vozes Anotecidas*, Lisboa, Caminho, 1987, 3ª edição, p. 85

questão sobre aquelas variáveis nos Censos de 2021, do que se trata neste trabalho é de perceber o impacto que a recolha de dados sobre a pertença racial e étnica tem na esfera privada dos indivíduos, particularmente, compreender de que forma uma recolha tão delicada pode interferir nos direitos à identidade pessoal, ao livre desenvolvimento da personalidade e ao direito de reserva da intimidade da vida privada, imiscuindo-se numa esfera de autonomia e autodeterminação do sujeito protegida constitucionalmente; e, por outro lado, tendo presente o principal objetivo que esta recolha pode servir – de formulação de políticas públicas de combate à discriminação assente nas componentes “raça” e “etnia” – expor o papel que aquelas estatísticas poderão desempenhar e apresentar as linhas orientadoras que a recolha deve seguir do ponto de vista jurídico.

Discorremos, portanto, sobre a possibilidade de recolher estes dados sem qualquer compromisso com uma posição que defenda a recolha, mas também sem a querermos rejeitar. Dirige-se este estudo, tão-só, ao despertar de consciências para as possibilidades (e não probabilidades) que a recolha abriria, quer do ponto de vista positivo, quer do ponto de vista negativo, apurando o eventual quadro com que ficaríamos do prisma do conhecimento da diversidade e do combate a um tratamento diferenciado não justificado, isto é, discriminatório.

Não descurando a inevitável interdependência de abordagens das disciplinas num contexto de interdisciplinaridade, e tendo presente que o Direito não é abstração, antes resulta de um consenso social, da consciência jurídica comunitária, utilizamos contributos das ciências sociais (*e.g.* Michael Banton), da filosofia (*e.g.* Charles Taylor, Francis Fukuyama) e das ciências jurídicas, prestando cuidada atenção aos contributos da doutrina e da jurisprudência. E ainda que se tenha feito menção a alguns ordenamentos jurídicos estrangeiros, note-se que este não pretende ser um trabalho de Direito Comparado, servindo o recurso a outras realidades jurídicas tão só para melhor explicar um debate que cruza e partilha a aplicação de alguns instrumentos jurídicos no âmbito de um constitucionalismo plural e multinível.

Com a dissertação assim apresentada, o trabalho encontra-se dividido em três capítulos. No primeiro capítulo procurou-se abordar o carácter líquido e ambíguo dos conceitos de “origem étnica” e de “origem racial”, ou, “raça” e “etnia”, percorrendo a evolução do seu significado no contexto histórico-social e apontando para os documentos jurídicos onde eles se encontram presentes; evidenciamos a disparidade de interpretações que recaem sobre aquelas expressões em diversos países europeus; estabelecemos uma relação entre estes conceitos, parte integrante da identidade cultural, com o direito à identidade cultural, sustentáculo da liberdade de autoidentificação.

O segundo capítulo debruçou-se sobre a suscetibilidade da recolha e o processamento dos dados, sublinhando a sua sensibilidade; discorreu sobre as orientações que uma recolha e processamento com esta natureza devem seguir após a entrada em vigor no território da União Europeia do Novo Regulamento Geral de Proteção de Dados² (incluindo a participação dos grupos étnicos no sentido de dar um maior cumprimento ao postulado da autodeterminação informacional); foi feita uma enunciação das entidades interessadas em proceder à recolha, dos seus métodos e finalidades; e, por fim, percorremos os distintos critérios de classificação e de construção de categorias distinguidos pela literatura, que serviriam de meio de identificação nos questionários.

No terceiro capítulo, procurou-se aflorar a principal finalidade que a recolha deve cobrir, bem como descortinar os perigos subentendidos. Por um lado, é apresentado o significado das estatísticas sobre a pertença racial e étnica enquanto instrumento essencial para a construção de políticas públicas de combate à discriminação, que consigam dar resposta às inúmeras recomendações feitas por organismos internacionais – e aqui o estudo estendeu-se sobre a importância do debate no seio da comunidade enquanto forma de diálogo e convergência de intenções sobre a forma como nos queremos perceber, e sobre o particular estado da arte em Portugal. Por outro lado, foi feita uma reflexão sobre os perigos que a recolha acarreta para a privacidade e como ela pode conduzir a uma acusação fácil e sem fundamento de determinados grupos étnico-culturais, ressuscitando episódios que deveriam estar já enterrados na história.

Em jeito de conclusão, apresentamos as nossas reflexões finais.

² Regulamento (UE) 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho de 27 de abril de 2016

Capítulo I – A dilucidação dos conceitos de “origem étnica” e “origem racial”

“Os homens em geral, julgam mais com os olhos do que com as mãos, porque todos podem ver facilmente, mas poucos podem sentir. Todos veem bem o que parece, mas poucos têm o sentimento do que és.”³.

1. O carácter pluridimensional e dinâmico dos conceitos “origem étnica” e “origem racial”

Como tudo, teremos de começar pelo princípio: a linguagem que acarreta propósitos e cruza geografias. Num mundo complexo, todos temos diferentes identidades e interesses. Falar em origem étnica e racial é, e sempre será, por isso, uma tentativa infinita de desminar um terreno cheio de ambiguidades.

Como veremos, são vários os autores que dão ênfase ao facto de raça e etnia não serem categorias naturais, assim como à constante moldagem que os seus limites têm conhecido através da história. Ambos os termos são transversais, na medida em que o cerne que os constitui muda ao longo do tempo; são ambíguos, ou, se utilizarmos uma designação utilizada por outros autores, “compósitos”⁴, atendendo ao facto de comprimirem outras características que encontram tutela autónoma (*e.g.* língua, religião, cor da pele ou descendência).

A evolução do significado atribuído ao conceito raça é exemplarmente demonstrada por Michael Banton através da sua obra “A Ideia de Raça”⁵. Este autor fornece um resumo da racialização no mundo, que nos possibilita a compreensão da evolução de um tempo em que o termo raça era utilizado no sentido de “linhagem” – isto é, não se atendia a características biológicas, mas, tão só, à história que um determinado povo carregava. Estamos a falar de anos anteriores a 1800, sendo que, é este o ano em que se dão mudanças no significado da palavra⁶. O século XIX foi então o responsável pelas filosofias raciais que, de um modo geral, podemos afirmar dividirem-se em: evolucionismo social e darwinismo social⁷. “Raça” tornou-se então, um instrumento poderoso de classificar as pessoas tendo por fundamento um conjunto de

³ Nicolau Maquiavel, *O Príncipe*, 2ª edição, Publicações Europa-América, 1976, p.195

⁴ Lilla Farkas, *The meaning of racial or ethnic origin in EU law: between stereotypes and identities*, Direção Geral Justiça e Consumidores, Comissão Europeia, janeiro de 2007, Disponível em: https://ec.europa.eu/newsroom/just/item-detail.cfm?item_id=54924, p. 57

⁵ Michael Banton, *A Ideia de Raça*, tradução de António Marques Bessa, Lisboa, Edições 70, 2010.

⁶ Michael Banton, *A Ideia de Raça*, ob cit., p. 43

⁷ Para maiores desenvolvimentos ver Michael Banton, *A Ideia de Raça*, ob. cit., p. 40

qualidades físicas intrínsecas. Os povos começaram a acreditar nos seus corpos como biologicamente diferentes, encontrando aí, uma justificação para a superioridade. É neste sentido, que se justifica falar na verdadeira existência de um processo (social) de racialização. Os pressupostos biogenéticos e as decorrentes características pseudoculturais da noção de raça visavam construir formas de hierarquização das pessoas. A raça, assim apresentada enquanto qualidade “natural”, era, na verdade, uma “construção social de recorte ideológico”⁸ em que a diferença física era cultura interpretada e transformada em símbolos. Estava alcançado o mote para que a humanidade ficasse dividida numa série de tipos raciais permanentes e diferentes.

O termo raça passou a legitimar discursos de poder, que se transformaram, mais tarde, na dominação, exploração e extinção de uns povos pelos outros. Uma subordinação que resultava de causas políticas, económicas e sociais. Era o campo do não dito, e, portanto, inevitavelmente o campo do político, como o é ainda hoje.

Por outro lado, devemos descartar a perspetiva em muito limitada de que o desenvolvimento das conceções ocidentais sobre raça, se deu do contacto entre “brancos” e “negros” nas viagens de exploração dos europeus à América. Raça, nação e classe, conceitos indissociáveis numa perspetiva histórica, foram desenvolvidos primeiramente na Europa, é certo, como uma forma auxiliadora de interpretar as novas relações sociais, mas a influência que teve o contacto entre os colonizadores europeus e os povos da África, América e Ásia, não foi exclusiva. Por isto, uma compreensão contrária atreve-se a subestimar o significado das mudanças sociais⁹.

O certo é que as tentativas de fazer remontar o preconceito racial a uma única raiz ou causa histórica, não são suficientemente convincentes.

Nos dias que correm, o conceito de raça ganhou uma nova interpretação. É consensual entre os cientistas sociais que o termo não encontra, na sua base, um fundamento objetivo. Será, portanto, uma perceção enviesada aquela que procura uma fundamentação genética para a classificação racial, visto esta não ter comprovação genética ou taxonómica, como de resto ficou visível no artigo científico de 1972, publicado na revista *Evolutionary Biology* e intitulado “A partilha da diversidade humana” de Richard Lewontin¹⁰. É, sim, uma construção social resultante de um processo social que associou a palavra a um conjunto de atributos fenotípicos,

⁸ Manuel Carlos Silva, “Etnicidade e Racismo uma reflexão pró-teórica”, in *Etnicidade, nacionalismo e racismo: migrações, minorias étnicas e contextos escolares*, Org. Manuel Carlos Silva, José Manuel Sobral, Porto, Edições Afrontamento, 2012, pp. 22-23

⁹ Michael Banton, *A Ideia de Raça*, ob. cit., pp. 11-14 e 25-26

¹⁰ O artigo científico ficou célebre dado destruir qualquer fundamentação genética sobre raças, apoiando-se para tal, no desenvolvimento que as técnicas de biologia molecular sofreram em meados dos anos 60, que permitiram quantificar, pela primeira vez, a variação genética tanto dentro como entre grupos humanos. Para mais, ver: Lewontin R.C., *The Apportionment of Human Diversity*, *Evolutionary Biology*, Vol. 6, 1972, pp. 380-398.

tais como, o cabelo, a cor da pele, a forma dos lábios e dos olhos¹¹. Deixou de ser um fenómeno natural eterno e não transitório. O conceito de raça é, hoje, mais problemático¹²: primeiramente porque é um fator importante no reconhecimento da individualidade e da identidade dos grupos; por outro lado, as estruturas sociais baseadas na raça respiram desigualdade, discriminação e resistência à autonomia. Esta flexibilidade caracterizadora do termo, traz incertezas e ambiguidades difíceis de contornar.

O aumento dos laços raciais transnacionais que cresceu exponencialmente e encontrou o seu reflexo no aparecimento dos grupos pan-étnicos, de novas organizações civis, e de renovadas reivindicações políticas, veio retaliar contra os quadros do Estado-nação.

Autores existem, que chegam inclusive a falar de uma “crise racial”. É o caso de Howard Winant¹³ que usa a aceção de “crise”, de Gramsci, (“crise, consiste precisamente no facto de o velho estar a morrer e o novo não conseguir nascer: neste interregno, uma grande variedade de sintomas mórbidos aparecem”) para definir a era em que vivemos (pós-colonial, pós-apartheid da África do Sul e posterior ao movimento dos direitos civis dos anos 60 nos Estados Unidos da América, do qual resultou a adoção da Lei dos Direitos Civis de 1964).

A própria Diretiva da União Europeia que aplica o princípio da igualdade de tratamento entre as pessoas, sem distinção de origem racial ou étnica¹⁴, faz transparecer a ambiguidade do conceito raça, ao rejeitar, no ponto n.º 6 do Preâmbulo, teorias que tentam provar a existência de raças humanas. E por isso cremos que o uso das expressões “raça” e “origem racial” em documentos nacionais, de plano regional europeu, ou internacionais, é feito unicamente com o intuito impressionante e indiciário, porque cientes da complexidade e controvérsia que essas expressões carregam¹⁵.

Note-se que falar de raça ou origem racial, não assemelha ser o mesmo que etnia ou origem étnica. Esta é, de resto, a interpretação que se retira de uma leitura mais atenta, quer dos documentos legislativos nacionais, quer de documentos legislativos europeus e internacionais.

Encetando uma análise à legislação de plano nacional, a Constituição da República Portuguesa, na enumeração meramente exemplificativa que faz no n.º 2 do artigo 13.º,

¹¹ Michael Banton, *A Ideia de Raça*, ob. cit., pp. 31-32

¹² Howard Winant, “Race and Racism: Towards a global future”, *Ethnic and Racial Studies*, Vol. 29, nº. 5, 2006, p. 987

¹³ É o caso de Howard Winant, ibidem, p. 988

¹⁴ Diretiva 2000/43/CE do Conselho de 29 de junho de 2000, igualmente conhecida por RED, na sigla em inglês.

¹⁵ Dulce Lopes e Lucinda Dias da Siva, “Xadrez Policromo: A Diretiva 2000/43/CE do Conselho e o Princípio da Não Discriminação em Razão da Raça e Origem Étnica”, in *Estudos Dedicados ao Prof. Doutor Mário Júlio de Almeida Costa*, Gomes/ Júlio (coord.), Lisboa, Universidade Católica Editora, 2002, pp. 393-438, p. 405

estabelece uma distinção ao individualizar, “ascendência”, “raça”, “território de origem”, “língua” e “religião”. De igual forma, o artigo 1.º da Lei n.º 93/2017 de 23 de agosto¹⁶, separa “origem étnica e racial”, “cor”, “ascendência”, “território de origem” e “nacionalidade”.

Ao nível europeu, a própria Diretiva 2000/43/CE do Conselho, em todo o seu corpo normativo, exime-se da função de tratar a raça e a origem étnica como sendo uma e a mesma coisa, juntando sempre os dois termos, mas, acautelando-se ao não permitir que, numa qualquer norma, um seja substituído pelo outro.

Na Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (doravante CDFUE), é no artigo 21.º que encontrámos presente a separação dos conceitos “raça”, “cor”, “origem étnica ou social”, “língua”, “religião” e pertença a uma minoria nacional.

Na esfera internacional, a Declaração Universal dos Direitos Humanos¹⁷ procede a uma individualização que se desdobra em “raça”, “cor”, “origem nacional ou social”, “língua”, “religião”, quando no artigo 2.º se debruça sobre quem pode invocar a declaração. Da mesma forma o fazem o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, o Pacto Internacional sobre os Direitos Económicos, Sociais e Culturais e a Convenção Europeia dos Direitos Humanos¹⁸.

Vale recordar que, dada a controvérsia da expressão “origem racial” ou “raça”, o complemento que lhe é dado ao serem redigidas logo de seguida as expressões “etnia” ou “origem étnica”, pretende precisamente delimitar um espaço aberto, mobilizando assim critérios tais como, a língua, a origem nacional ou geográfica, as práticas culturais e a história do grupo¹⁹. Pensamos que a utilização das várias expressões, seja uma forma de garantir uma maior amplitude ao combate à discriminação, dada a ambiguidade e transversalidade dos conceitos. Até porque, uma abordagem reducionista, isto é, reduzir estes conceitos socialmente construídos a um mero conjunto de atributos, revela uma probabilidade alta de se criarem injustiças. Afinal de contas, a raça não determina a cultura, como se fazia crer na Inglaterra do final dos anos 30²⁰.

¹⁶ Lei n.º 93/2017 de 23 de agosto que estabelece o regime jurídico da prevenção, da proibição e do combate à discriminação

¹⁷ Adotada e proclamada pela Assembleia Geral na sua Resolução 217A (III) de 10 de dezembro de 1948 e publicada no Diário da República, I Série A, n.º 57/78, de 9 de março de 1978. Note-se que adotamos a expressão universalista “Direitos Humanos” em conformidade com a Resolução do Conselho de Ministros n.º 21/2019 in Diário da República, 1.ª série – N.º 20 – 29 de janeiro de 2019

¹⁸ Mais uma vez fazemos notar que adotamos a expressão universalista “Direitos Humanos” em conformidade com a Resolução do Conselho de Ministros n.º 21/2019 in Diário da República, 1.ª série – N.º 20 – 29 de janeiro de 2019

¹⁹ Vide, Dulce Lopes e Lucinda Dias da Siva, “Xadrez Policromo: “A Diretiva 2000/43/CE do Conselho e o Princípio da Não Discriminação em Razão da Raça e Origem Étnica””, ob. cit., p. 405

²⁰ Michael Banton, *A Ideia de Raça*, ob. cit., p. 209

E assim, embora o Direito internacional reconheça a sobreposição e relacionamento de ambos os termos, ele tem procurado, igualmente, estabelecer uma distinção clara no campo judicial. Veja-se, a título exemplificativo, a sentença proferida pela segunda secção do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos, a 13 de dezembro de 2005, conhecida por *Timishev c. Russia*²¹, ocasião em que o Tribunal estabeleceu uma distinção entre raça e origem étnica:

“Etnia e raça são conceitos relacionados e sobrepostos. Considerando que a noção de raça está enraizada na ideia de classificação biológica de seres humanos em subespécies de acordo com características morfológicas como cor da pele ou características faciais, a etnia tem a sua origem na ideia de grupos sociais marcados por uma nacionalidade comum, afiliação tribal, fé religiosa, linguagem partilhada ou origens e antecedentes culturais e tradicionais.” [Tradução nossa]²²

No que à etnia diz respeito, é na tentativa de desconstrução do conceito que esbarramos com a mesma ambiguidade. Partilha, a par das expressões “raça” e “origem racial”, do facto de ser uma construção social que, no entanto, ganhou uma maior visibilidade à medida que as teorias raciais viram a sua popularidade diminuir.

Durante o século XIX assistiu-se, pela primeira vez, à utilização deste termo por antropólogos e etnólogos, enquanto forma de referência às sociedades não ocidentais. Porém, é só a partir dos anos 70 e 80 do século XX que o conceito ganha relevância, na sequência do genocídio nazi, desviando-se do conceito físico-biológico de “raça”, ao encarnar um conjunto de características sócio culturais apreendidas no processo de socialização²³. Começaram a ser encetados debates políticos e académicos sobre a etnia como causa da diversidade que caracterizava os Estados Unidos da América, num primeiro momento, havendo lugar aos

²¹ O requerente é um cidadão russo, nascido na República da Chechénia e residente na República da Kabardino-Balkaria da Rússia, Ilyas Yakubovich Timishev. Este cidadão viu a sua entrada na República da Kabardino-Balkaria proibida por oficiais de um posto de controlo de Uruk. Estes oficiais asseguravam estar a cumprir ordens do Ministério do Interior de Kabardino-Balkaria, de não admitir ninguém de origem étnica chechena. Por sua vez, o requerente invocava ter havido uma violação do artigo 14.º da Convenção Europeia dos Direitos Humanos em conjunto com o artigo 2.º do Protocolo n.º 4, e, uma violação em separado do mesmo artigo 2.º do Protocolo n.º 4, e do artigo 2.º do Protocolo n.º 2.

²² Acórdão *Timishev c. Russia*, do TEDH (2ª secção), de 13 de dezembro de 2005, § 55.

²³ A este propósito, aliás, tenha-se presente o trabalho magnífico de Barth, para a época, designadamente o ensaio *Ethnic Groups and Boundaries*, publicado em 1969, onde apresenta a etnicidade ou a identidade étnica como um elemento da organização social. Vide, *Antropologia da etnicidade: para além de “ethnic groups and boundaries”*, Org. [de] Hans Vermeulen e Cora Govers, trad. de Rogério Puga, Lisboa, Fim de Século, 2004. ISBN 972-754-184-4; pp. 10-11

mesmos debates numa fase posterior em países como a Grã-Bretanha e a França²⁴. Desde então, o termo tem sido utilizado em todo o mundo com o propósito de identificar as comunidades de migrantes e os seus descendentes que, de alguma forma, conservam laços culturais específicos²⁵.

Qualquer abordagem ao conceito de etnia deve assentar em fronteiras móveis, aceitando a instabilidade e a transversalidade que as características dos grupos étnicos aparentam ter, rejeitando, consequentemente, qualquer noção essencialista que os cientistas sociais possam criar.

É que além de incluir os atributos já aqui falados (*e.g.* língua, ascendência, religião, nacionalidade, etc.), ela implica um sentimento de identidade partilhada com um grupo através de laços culturais comuns, de história partilhada com uma coletividade. Inclusive, acontece não raras vezes, os indivíduos identificarem-se com um mesmo grupo étnico, embora acreditando que, o que os classifica como membros, são fatores diferentes²⁶. Martin Bulmer e John Solomos falam, a este respeito, de “comunidades imaginadas”²⁷. Note-se, não restam dúvidas de que estas são comunidades reais, mas a expressão transmite aos indivíduos a ideia de que, ainda que pertencentes ao mesmo grupo étnico, o imaginam de formas diferentes.

Face à complexidade real em encontrar uma definição sólida para origem étnica, é de esperar a formulação de categorias genéricas, construídas caso a caso, que é o que, aliás, já é feito. Para os países da Europa Central e Oriental, a expressão nacionalidade iguala o significado dos termos “etnia” ou “origem cultural”, sendo a primeira expressão, escolhida com caráter de preferência face aos dois segundos termos. Por outro lado, nos países europeus ocidentais, nacionalidade e cidadania frequentemente exprimem o mesmo, ao invés do que ocorre a leste²⁸. Isto é, vistas como sinónimos²⁹, fazem menção a um estatuto jurídico primário de onde resultam

²⁴ Manuel Carlos Silva, *Etnicidade e Racismo uma reflexão pró-teórica*, in *Etnicidade, nacionalismo e racismo: migrações, minorias étnicas e contextos escolares*, Org. Manuel Carlos Silva, José Manuel Sobral, Porto, Edições Afrontamento, 2012, p. 24

²⁵ Julie Ringelheim e Olivier De Schutter, *Ethnic monitoring. The processing of racial and ethnic data in anti-discrimination policies: reconciling the promotion of equality with privacy rights*. Collection Du Centre Des Droits De L’Homme De L’Université Catholique, Etablissements Emile Bruylant, S.A., 2009, p.84

²⁶ Timo Makkonen, *Measuring Discrimination. Data Collection and European Union Equality Law*, Direção Geral do Emprego, Assuntos Sociais e Igualdade de Oportunidades, Comissão Europeia, novembro 2007, p. 75

²⁷ Martin Bulmer e John Solomos, “Introduction: Re-thinking Ethnic and Racial Studies”, *Ethnic and Racial Studies*, Vol. 21, Nº5, 1998, p. 822

²⁸ Patrick Simon, *Ethnic Statistics and Data Protection in the Council of Europe Countries – Study Report*, ECRI, Concelho da Europa, Estrasburgo, 2007, p. 27. Disponível em: <https://ec.europa.eu/migrant-integration/librarydoc/ethnic-statistics-and-data-protection-in-the-council-of-europe-countries-a-study-report>

²⁹ A título exemplificativo veja-se o que ocorre na ordem jurídica portuguesa em que ambos os termos são utilizados com sentidos semelhantes (“cidadania” é a expressão utilizada no texto constitucional, e “nacionalidade” encontra assento no diploma legal encarregado de regular a atribuição, perda e aquisição daquele estatuto).

todos os direitos e deveres que o indivíduo possui perante o Estado, ainda que, note-se, em termos rigorosos, “nacionalidade” no uso clássico, designe uma pertença social a um grupo étnico ou cultural³⁰. A esta questão se voltará adiante. Inevitável será, não olhar para as expressões com um valor representativo de pertença, identidade e integração.

Tem havido um apelo da ONU no sentido de que “etnia” e “origem étnica” sejam determinadas atentando ao concreto contexto nacional e à identidade coletiva de cada uma das sociedades políticas. Desde 1998, os *Princípios e Recomendações para os Censos*³¹, propõem o afastamento por completo da hipótese de considerar uma lista taxativa de características que preencham aqueles conceitos.

Veja-se:

“(g) Grupo nacional e/ou étnico

2.116. Os grupos nacionais e/ou étnicos da população sobre os quais a informação é necessária em diferentes países dependem das circunstâncias nacionais. Algumas das bases sobre as quais os grupos étnicos são identificados, são a nacionalidade étnica (por outras palavras, país ou local de origem que se distingue de cidadania ou país de nacionalidade), raça, cor, idioma, religião, costumes de vestuário ou alimentação, tribo, ou, várias combinações dessas características. Além disso, alguns termos usados, como "raça", "origem" e "tribo", têm várias conotações diferentes. As definições e os critérios aplicados por cada país que investiga as características étnicas da população devem, portanto, ser determinados pelos grupos que se desejam identificar. Pela própria natureza do assunto, esses grupos variam amplamente de país para país; portanto, nenhum critério internacionalmente relevante pode ser recomendado”. [Tradução nossa]

Dezanove anos mais tarde, nos *Princípios e Recomendações para os Censos sobre a População e a Habitação (Revisão 3)* de 2020, a ONU apresenta uma descrição de etnia mais aprofundada e melhorada:

³⁰ Patrícia Jerónimo, Maarten Vink, “Os múltiplos de cidadania e os seus direitos”, Marina Costa Lobo [Coord.], *Portugal e a Europa: novas cidadanias*, 1ª edição, Fundação Francisco Manuel dos Santos, Lisboa, 2013, pp. 26-29

³¹ *Princípios e Recomendações para os Censos sobre a População e a Habitação (Revisão 1)*, Nações Unidas, Nova Iorque, 1998, *Apud*, Patrick Simon, *Ethnic Statistics and Data Protection in the Council of Europe Countries – Study Report*, ob. cit., p. 28.

“4.7. Etnia

(...)

4.184.

“Definida de maneira ampla, a etnia baseia-se numa compreensão partilhada da história e das origens territoriais (regionais e nacionais) de um grupo étnico ou comunidade, bem como em determinadas características culturais, como a língua ou a religião. O entendimento dos entrevistados sobre a etnia, o histórico familiar, o número de gerações, e o tempo de duração da imigração são fatores que podem afetar a comunicação da etnia num censo. A etnicidade é multidimensional e é mais um processo do que um conceito estático, e, portanto, a classificação étnica deve ser tratada com limites móveis.”³² [Tradução nossa]

Deste excerto, torna-se claramente visível como as Nações Unidas preferiram fazer uma descrição de etnia que abre um maior espaço à subjetividade, conferindo fluidez e dinâmica ao termo. Além do mais, favorece a autoidentificação e impede uma redução negligente da diversidade.

Ao longo das últimas décadas, a volubilidade das fronteiras destas expressões – “origem étnica” e “origem racial” – tem-se tornado mais evidente, e, várias reflexões têm recaído sobre o exercício de repensar aqueles fenómenos.

A este respeito o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos (doravante TEDH) tem-se pronunciado de forma não tanto linear. Assim, no acórdão *Orsus e Outros c. Croácia*³³, datado de 2008, o mesmo afastou o elemento “língua” (romani) enquanto parte integrante do conceito de origem étnica da comunidade Roma, no momento de se pronunciar sobre uma eventual discriminação indireta. Mas considerou, ainda sobre a etnia cigana, em 2012, no acórdão *Yordanova e Outros c. Bulgária*³⁴, que o fator “marginalização social” era relevante para determinar, *in casu*, a existência de discriminação com base na etnia.

³² Princípios e Recomendações para os Censos sobre a População e a Habitação (Revisão 3), Nações Unidas, Nova Iorque, 2017, p. 204

³³ Acórdão *Timishev c. Rússia*, 13 de dezembro de 2005. Disponível em: [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22fulltext%22:\[%22%22CASE%20OF%20TIMISHEV%20v.%20RUSSIA%22%22\],%22documentcollectionid%22:\[%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22\],%22itemid%22:\[%22001-71627%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22fulltext%22:[%22%22CASE%20OF%20TIMISHEV%20v.%20RUSSIA%22%22],%22documentcollectionid%22:[%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22],%22itemid%22:[%22001-71627%22]})

³⁴ *Yordanova and Others c. Bulgaria*, 5 de junho de 2012. Disponível em: [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22fulltext%22:\[%22Yordanova%20and%20others%20v.%20bulgaria%22\],%22](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22fulltext%22:[%22Yordanova%20and%20others%20v.%20bulgaria%22],%22)

Ainda que as decisões do TEDH permitam alimentar o debate jurídico sobre o que compõe estes termos, o mesmo encontrará, de todo o modo, as limitações provenientes das interpretações que têm por base as tradições históricas e culturais nacionais. Entretanto, parece ser sempre possível afirmar que, quer o termo “raça”, quer o termo “etnia”, comungam fazerem parte de uma noção mais ampla de “origem”, e, serem utilizados como fundamento para a prática de comportamentos e atitudes discriminatórias.

Raça e etnia, deverão então significar, em todo o caso, falar sobre a diferença. Daí, que seja inevitável expor a importância que assume a missão de não negligenciar os conceitos de “raça” ou “origem racial” e “etnia” ou “origem étnica”. Seja porque a diferença nos enriquece, seja porque aqueles conceitos, que em tempos nos dividiram, e, em pontos determinados do globo nos continuam a dividir, são, naturalmente, utilizados pelos indivíduos no momento em que cultivam e constroem a sua identidade, e, a identidade do grupo.

Muitos foram os escritores, filósofos, teólogos, sociólogos, antropólogos, poetas, juristas, que contribuíram para o debate confuso sobre a raça e a etnia, e que deixaram pouco mais do que um exame histórico, sobre um assunto que continua longe de estar completo. Perguntar, então, o que aprendemos sobre as relações raciais e o seu impacto no conceito de origem étnica e racial, é, naturalmente, uma pergunta complexa, não fosse esta uma matéria em permanente mudança que se transforma à medida que as concepções sociais se alteram. Esta parece ser, de resto, a conclusão de Michael Banton que aqui se acompanha.

Através do tempo, os indivíduos, mais do que as ciências sociais e enquanto seus condutores, continuarão a assistir, os conceitos de “raça” e de “etnia” a desafiar os nossos melhores esforços de encontrar a verdadeira essência do seu significado. É um exemplo cabal da incapacidade do Homem para encontrar uma explicação de, e, para tudo aquilo que não quer ser encontrado. De resto, a história tem-nos demonstrado ser a sociedade a ditar o passo da mudança.

1.1. A diversidade das abordagens aos conceitos “raça” e “etnia”

Cidadania e nacionalidade. Rigorosamente expressões distintas, correntemente utilizadas como sinónimos³⁵. A decisão de atribuição daquele estatuto representa, em ambas, um aspeto fundamental da identidade da pessoa. Carregam em si um valor identitário cheio de simbolismo e afetividade. A equiparação de ambas as expressões afigura-se problemática com os intensos

[2documentcollectionid2%22:%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22\],%22itemid%22:%22001-110449%22}\]](#)

³⁵ Patrícia Jerónimo, Maarten Vink, “Os múltiplos de cidadania e os seus direitos”, ob. cit., pp. 26-29

fluxos migratórios e consequente crescimento da diversidade étnica e cultural das sociedades contemporâneas, criando sinergias umas vezes, e discrepâncias outras vezes, numa reunião complexa de conotações³⁶. Isto posto, elas sustentam muitas vezes os conceitos “raça” e “etnia”.

Encontramos nos países europeus exemplos vários dessa reunião complexa de conotações³⁷.

Na Estónia, o termo nacionalidade carrega um claro simbolismo étnico³⁸, no entanto, a amplitude das variáveis “país de nascimento” e “cidadania”, torna inevitável a perda do valor étnico informativo. Ainda assim, outras variáveis são utilizadas para medir a etnia, tais como a língua falada em casa (presente em questionários como o *Labour Force Survey* da Estónia, *European Social Survey*, e *Programme for International Students Assessment*), a língua materna (questionada nos Censos e no Sistema de Informação Educacional da Estónia), e a língua de ensino³⁹.

Em França, o ideal francês de igualdade e cidadania impõe que o Estado se abstenha de fazer distinções baseadas na raça e na etnia⁴⁰. Com fundamento na tradição republicana⁴¹, a França entende que a única identidade legítima na esfera pública, é a cidadania. Esta postura perante a identidade tem as suas raízes na revolução francesa de 1789, a qual reverteu a favor da consagração de um dos documentos mais importantes da humanidade, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, e, inibe a recolha de dados relativos à origem racial e étnica⁴². E, portanto, todo o cidadão é francês, independentemente das suas origens. Uma posição desta índole, “cega” às origens, que pretende reforçar a assimilação, acaba por, todavia, intensificar o sentimento de alheamento perante o que é diferente, exprimindo a ideia de que essa invisibilidade é legítima. É uma compreensão que torna quase impossível medir a diversidade.

³⁶ Lilla Farkas, *Analysis and comparative review of equality data collection practices in the European Union. Data collection in the field of ethnicity*, Directorate-General for Justice and Consumers, 2017, p. 11

³⁷ Os países que servirão de exemplo foram os apontados pelo estudo de Lilla Farkas em *Analysis and comparative review of equality data collection practices in the European Union. Data collection in the field of ethnicity*, Directorate-General for Justice and Consumers, 2017

³⁸ Note-se que, após a reconquista da independência (1991), só era nacional aquele que fosse aprovado num exame sobre a história e a língua.

³⁹ Lilla Farkas, *Analysis and comparative review of equality data collection practices in the European Union. Data collection in the field of ethnicity*, ob. cit., p.11

⁴⁰ É proibida a recolha de dados referentes à origem racial e étnica, vide artigo 6.º, n.º1 da lei francesa n.º 78-17, de 6 de janeiro de 1978 (versão consolidada a 12 de agosto de 2019), disponível em: <https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000000886460>

⁴¹ Patrick Simon, Victor Piché, Amélie A. Gagnon (eds), *Social Statistics and Ethnic Diversity. Cross National Perspectives in Classifications and Identity Politics*, [Em linha], IMISCOE Research, 2015, [Consult. 22 outubro 2018]. Disponível em: <https://link.springer.com/book/10.1007/978-3-319-20095-8>. ISBN: 978-3-319-20095-8, pp. 65-66

⁴² Veja-se a título exemplificativo, a decisão do Conselho Constitucional que rejeitou parte de um projeto de lei aprovado pelo parlamento francês onde era permitida a recolha de estatísticas sobre a identidade racial e étnica, *Décision n° 2007-557 DC du 15 novembre 2007*, disponível em: <https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2007/2007557DC.htm>

O país tem aliás, no contexto da multiculturalidade e da globalização, implementado esforços no sentido de reforçar a ideia de adesão à sua sociedade política, como indispensável para a atribuição da qualidade de membro⁴³. Geram-se dúvidas se com esta ação não se estará a apagar a herança cultural da imigração, uma vez que não parece haver uma reconfiguração da identidade coletiva que crie um sentimento de solidariedade, pertença e confiança recíproca, como seria de esperar, ou antes, a obrigar os indivíduos a repensar a sua identidade, tornando mais difícil a sua inclusão⁴⁴. Ainda assim, são recolhidas informações sobre os imigrantes, especificamente, a cidadania dos indivíduos e dos pais, e a origem geográfica (entendida como o país de nascimento)⁴⁵.

Na Alemanha, “raça” e “etnia” são medidas com recurso aos antecedentes de migração. Procurando obter um reflexo real da população alemã, o Microcenso (responsável por fornecer as estatísticas representativas da população e do mercado de trabalho na Alemanha) e a investigação na educação, têm estudado e utilizado um conjunto de categorias, em particular, antecedentes de migração, o local de nascimento dos pais, a língua falada em casa ou a língua de origem, enquanto variáveis próximas do conceito de etnia. Outras fontes de pesquisa, usam os nomes e apelidos com vista à determinação da origem étnica. Também o fator “religião” foi empregue pela primeira vez nos censos de 2011, como forma de identificar a comunidade muçulmana⁴⁶.

Nenhuma lei nacional eslovaca possui os critérios que definam uma minoria nacional ou um grupo étnico, ainda assim, neste Estado admite-se que as definições legais de etnia, religião, língua e origem nacional, se encontrem oficialmente unificadas no conceito de nacionalidade. Concomitantemente, um indivíduo poderá ser cidadão eslovaco e pertencer a uma das treze minorias nacionais oficialmente reconhecidas⁴⁷.

Na Suécia, raça e etnia não se confundem nem partilham um mesmo espaço de conotações. Ao passo que “raça” é associada à prática de racismo, “etnia” ou “origem étnica” são expressões usualmente utilizadas aquando do tratamento de ações viradas para a antidiscriminação. Nos

⁴³ Patrícia Jerónimo, Maarten Vink, “Os múltiplos de cidadania e os seus direitos”, ob. cit., pp. 28-29

⁴⁴ Patrick Simon, Victor Piché, Amélie A. Gagnon (eds), *Social Statistics and Ethnic Diversity. Cross National Perspectives in Classifications and Identity Politics*, ob. cit., pp. 65-66

⁴⁵ Lilla Farkas, *Analysis and comparative review of equality data collection practices in the European Union. Data collection in the field of ethnicity*, ob. cit., p.11

⁴⁶ *Ibidem*, p. 12

⁴⁷ *Ibidem*, p. 12

documentos públicos é possível observar a distinção entre as pessoas de origem sueca e as pessoas de origem estrangeira⁴⁸.

No Chipre, os termos “origem étnica” e “origem nacional” não encontram abrigo. São, no entanto, utilizados os termos “grupo religioso” e “comunidade” como forma de fazer referência aos cidadãos cipriotas⁴⁹.

Na Holanda é feita uma distinção entre “minorias étnicas” e “*allochtoon*”. A categoria das minorias étnicas integra todas as pessoas que não são originárias da Holanda, bem como a maioria das pessoas que, de acordo com critérios objetivos, têm uma posição social relativamente baixa. Um “*allochtoon*” é todo o sujeito que tenha nascido na Holanda e que possua, pelo menos, um laço de filiação com um indivíduo que tenha nascido no estrangeiro⁵⁰.

Na Bélgica, o debate sobre a etnia permanece tabu, apesar de uma crescente interrogação sobre a adequação do elemento “nacionalidade” como instrumento para o estudo das relações étnicas⁵¹.

Na Polónia as expressões “origem étnica” e “origem nacional” não são empregues. Ao invés, utilizam-se os conceitos de minorias étnicas e minorias nacionais⁵².

Na Suíça a afiliação étnica ou nacional não está presente em nenhuma estatística oficial. E, portanto, qualquer pesquisa feita sobre a diversidade tem por base a nacionalidade, o lugar de nascimento e elementos culturais, designadamente, a religião e o idioma⁵³.

Na Eslovénia é usado o termo “origem étnica ou racial” na Lei de Implementação do Princípio de Igualdade de Tratamento. Usualmente é utilizado o termo “origem nacional” e “nacionalidade”⁵⁴.

⁴⁸ Lilla Farkas, *Analysis and comparative review of equality data collection practices in the European Union. Data collection in the field of ethnicity*, ob. cit., p. 13

⁴⁹ Patrick Simon, *Ethnic Statistics and Data Protection in the Council of Europe Countries – Study Report*, ECRI, Conselho da Europa, Estrasburgo, 2007. Disponível em: <https://ec.europa.eu/migrant-integration/librarydoc/ethnic-statistics-and-data-protection-in-the-council-of-europe-countries-a-study-report>; p. 31

⁵⁰ *Ibidem*, p. 32

⁵¹ Patrick Simon, Victor Piché, Amélie A. Gagnon, (eds), *Social Statistics and Ethnic Diversity. Cross National Perspectives in Classifications and Identity Politics*, ob. cit., p. 6

⁵² Uma minoria nacional define-se por um grupo de cidadãos polacos, menor em número do que a restante população, com diferenças significativas relativas ao idioma, cultura e tradição; com um desejo de manter a sua língua, tradição e cultura, com residência na República da Polónia por pelo menos 100 anos, e, com um sentimento de identificação perante a nação organizada no seu próprio estado. Uma minoria étnica, partilha de todos os elementos constantes da definição de minoria nacional, com exceção do sentimento de identificação com a nação organizada no seu próprio estado. Vide, Patrick Simon, *Ethnic Statistics and Data Protection in the Council of Europe Countries*, ob. cit., p.33

⁵³ *Ibidem*, p. 33

⁵⁴ *Ibidem*, p. 33

Na Turquia parece estar assente, quer na prática judicial, quer na prática administrativa, que a cidadania não tem ligação com a origem étnica. Todavia, discussões últimas sobre a definição do termo “identidade” têm considerado como características daquela, a cidadania e a origem étnica. Não obstante, não se pode afirmar com certeza a existência na sociedade de um acolhimento do termo “origem étnica e nacional”⁵⁵.

Na Roménia, os censos incluem questões sobre o grupo étnico de pertença e sobre a religião, sendo ambas de resposta facultativa⁵⁶.

No Reino Unido, a Lei da Igualdade de 2010 (*Equality Act 2010*), define raça fazendo incluir a cor, a nacionalidade e as origens étnicas ou nacionais. Não é feita, porém, qualquer distinção entre minorias nacionais e étnicas⁵⁷.

Apesar das diferentes terminologias utilizadas, cada qual com a sua própria forma de expressão – etnia fazendo referência a práticas culturais ou crenças (*e.g.* religião, vestuário, língua); raça, mais do que uma ideia política, apareceu de diversas formas e mudou de características, mas esteve sempre ligada, histórica e socialmente, a um universo de características físicas⁵⁸; e a nacionalidade, determinada geralmente através de critérios de localização geográfica – todas elas apelam a um sentido comum de lugar de origem ou ancestralidade. Tal foi, de resto, apontado por Hollinger: “[a]pesar da fluidez entre as fronteiras conceituais de etnia, raça e nacionalidade, nos seus núcleos elas compartilham uma conotação comum de ancestralidade ou “comunidade de descendência”⁵⁹.

Poderá ser, por isso, improdutivo tentar separar a influência de fatores como a raça, etnia, religião, etc., como se elementos de uma equação algébrica se tratassem. A complexidade que carrega a natureza e história humana parecem não o permitir.

2. A importância do direito de identidade cultural como sustentáculo à liberdade de autoidentificação em termos culturais e de autodeterminação cultural

Assistimos hoje a uma transformação das hodiernas sociedades democráticas, com efeitos que não deixam os fenómenos da globalização, da erosão do Estado-nação e do

⁵⁵ Patrick Simon, *Ethnic Statistics and Data Protection in the Council of Europe Countries*, ob. cit., p. 34

⁵⁶ *Ibidem*, p.33

⁵⁷ Lilla Farkas, *The meaning of racial or ethnic origin in EU law: between stereotypes and identities*, Direção Geral de Justiça e Consumidores, Comissão Europeia, janeiro de 2017, ISBN 978-92-79-62624-1, p. 63

⁵⁸ Michael Banton, *A ideia de raça*, ob. cit., p. 13

⁵⁹ *Apud* Ann Morning, “Ethnic Classification in Global Perspective: A Cross-National Survey of the 2000 Census Round” in Patrick Simon, Victor Piché, Amélie A. Gagnon, (eds), *Social Statistics and Ethnic Diversity. Cross National Perspectives in Classifications and Identity Politics*, ob. cit., p. 18

desenvolvimento da sociedade em rede, isentarem-se de culpa. A transformação da comunidade política e de cidadãos, trouxe mais diversidade cultural, sendo por isso, totalmente inadequado considerar que a globalização apenas promoveu (e promove) a homogeneização, quando, na verdade, o quadro revela-nos tendências de assimilação, miscigenação e cruzamento cultural.⁶⁰

Tal conjuntura implica, do ponto de vista jurídico-constitucional, uma abertura dos ordenamentos nacionais e deve, sobretudo, significar duas coisas: a ideia de um constitucionalismo aberto que tem como panorama a transformação e abertura do estado constitucional, disposto à promoção de diálogos interculturais; e, uma interpretação renovada e expansiva dos preceitos constitucionais.

É desta ideia que partilha o multiculturalismo⁶¹, numa tentativa de enfatizar a urgência de reconhecer a coexistência de diversas formas identitárias. O não reconhecimento, ou, um reconhecimento incorreto, seria restringir o Outro e excluí-lo de uma vivência social equilibrada. Porventura, uma forma de agressão e de redução do ser individual⁶².

Faz sentido voltar, hoje, à questão da identidade porque a questão da identidade voltou para nós. Além do mais, a humanidade é tão velha, quanto o são as identidades. A existência da primeira, envolve necessariamente a presença das outras. E viver numa sociedade complexa e plural como é a das sociedades atuais, implica entender que a identidade não é apenas composta por tradições e memórias, mas, e sobretudo, é um processo aberto e sensível à receção de vários fatores que afetam a nossa experiência de mundo. Cada indivíduo pode possuir uma identidade de cidadania, de nação, etnia, género, raça, idioma, uma identidade com base na sua crença religiosa, e assim por diante. Os indivíduos podem identificar-se com diferentes grupos, atendendo ao contexto em particular. A identidade não é estática, nem homogénea, é antes dinâmica e heterogénea, resultado de uma construção permanente. Charles Taylor, quando afirma “a descoberta da minha identidade não significa que eu me dedique a ela sozinho, mas sim que eu a negoceie, em parte, abertamente, em parte, interiormente, com os outros” está a falar na superação de uma compreensão monológica de identidade, e na sua substituição por uma compreensão dialógica, concluindo “[a] minha própria identidade depende, decisivamente,

⁶⁰ João Maria André, *Multiculturalidade, identidades e mestiçagem: o diálogo intercultural nas ideias, na política, nas artes e na religião*. Coimbra: Palimage, 2012, p. 40

⁶¹ O conceito de multiculturalismo é aqui utilizado enquanto modelo normativo, fazendo remissão para as políticas que procuram responder ao fenómeno da multiculturalidade; por sua vez, multiculturalidade, enquanto realidade na qualidade de conceito descritivo, liga-se à existência de uma pluralidade de culturas. Cfr. João Cardoso Rosas, *Sociedade Multicultural: conceitos e modelos*, Relações Internacionais, n.º 14, 2007, p.47

⁶² Charles Taylor, “A política de reconhecimento”, in *Multiculturalismo: examinando a política de reconhecimento*, trad. de M. Machado, Lisboa: Instituto Piaget, 1998, pp. 45-46

das minhas reações dialógicas com os outros.”⁶³. Certo é que, esta compreensão dialógica acarreta, inevitavelmente, algumas disparidades entre as percepções que temos de nós próprios e dos outros, e, bem assim, as percepções que os outros têm de si e de nós.

Compreender como um indivíduo define a sua identidade é uma tarefa complexa e deve pautar-se pela faculdade de escolha livre e de construção da identidade. Associada a essas faculdades, está igualmente a liberdade deixada ao indivíduo de viver de acordo com a sua escolha. Assim, não será estranho se um indivíduo se identificar como cidadão de um Estado determinado, membro de uma específica etnia, professando uma certa religião, e frequentando um concreto grupo cultural – as identidades podem ser múltiplas e complementares.⁶⁴

A aquisição de identidades múltiplas, que não competem entre si, mas que se sobrepõem, segundo Bauböck⁶⁵, é, frequentemente mais visível na comunidade de imigrantes. No que a estas diz respeito, é natural que a integração numa nova comunidade implique a assimilação de novos elementos culturais. Ora, essa mesma assimilação não significa para esses indivíduos a renúncia dos seus anteriores atributos étnicos, religiosos e culturais – o mais é dizer, que assistimos não a uma perda da sua identidade, mas antes à sua transformação. As próprias culturas, segundo Rockefeller, poderão sofrer mudanças morais, religiosas e intelectuais, e, ainda assim, conservarem o seu passado⁶⁶.

Ante a presença deste cenário, os Estados devem procurar criar uma identidade comum partilhada, assente em valores comuns, tais como os direitos humanos, a democracia, a tolerância e a igualdade, concebendo uma identidade constitucional (inclusiva) e envolvente dos indivíduos num comum projeto normativo de civilização⁶⁷.

Por outro lado, deverão atentar às diferentes especificidades do tecido social, evitando desconsiderar as diferenças inevitáveis que nos separam e que merecem a atribuição da devida relevância jurídico-política. É que, como não existem identidades universais, as comunidades políticas não podem mascarar o seu compromisso para com a proteção da identidade e da diversidade cultural, oferecendo índole oficial, tão só, a valores de uma maioria. A voz de todas

⁶³ Charles Taylor, “A política de reconhecimento”, in *Multiculturalismo: examinando a política de reconhecimento*, ob. cit., p. 54

⁶⁴ Roberta Medda-Windischer, *Old and new minorities reconciling diversity and cohesion: reconciling diversity and cohesion: a human rights model for minority integration*, Baden-Baden: Nomos, 2009, p. 89

⁶⁵ Apud Roberta Medda-Windischer, *Old and new minorities reconciling diversity and cohesion: reconciling diversity and cohesion: a human rights model for minority integration*, ob. cit., p. 90

⁶⁶ Steven C. Rockefeller, “Comentário”, in *Multiculturalismo: examinando a política de reconhecimento*, ob. cit., p. 107

⁶⁷ Anabela Leão, *Constituição e interculturalidade: da diferença à referência*, Tese de Doutoramento: Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, 2013, pp. 80-81

as culturas deve poder escutar-se na Constituição, porque elas são parte da política democrática; são parte do pacto social em movimento⁶⁸. Atendendo aos fenómenos do pluralismo jurídico e do multiculturalismo social, a função integradora da Constituição deve ser alvo de uma revisão atenta, de modo a assegurar que ela inclui uma cláusula de proteção das minorias étnicas. Assim, talvez possamos afirmar dever haver igualmente lugar a uma abertura da ordem jurídico-constitucional a estruturas jurídicas específicas das minorias, contanto que se tenha presente o parâmetro da tolerância, embora sempre numa perspetiva de um pluralismo limitado que evite a normalização de conceções culturais mais radicais e incompatíveis com o Estado Social e de Direito Democrático (*e.g.* ódio racial)⁶⁹. A Constituição deve, por isso, celebrar a diferença e a individualidade num ambiente de pluralismo cultural, e, enquanto requisito máximo de qualquer diálogo intercultural, uma vez que o constitucionalismo e o pluralismo se exigem mutuamente⁷⁰.

Senão, atente-se ao significado da consagração dos princípios do Estado de direito democrático, na Constituição portuguesa, bem como ao princípio da equiparação de direitos (artigo 15.º da CRP), enquanto evidências extremamente favoráveis à tutela da identidade cultural, fortemente justificadas pelo princípio da dignidade da pessoa humana⁷¹. É, aliás, neste sentido que Paulo Mota Pinto refere que o princípio da dignidade da pessoa humana, consagrado no artigo 1.º da Constituição, impõe “como verdadeiro imperativo axiológico de toda a ordem jurídica, o reconhecimento de personalidade jurídica a todos os seres humanos, acompanhado da previsão de instrumentos jurídicos (nomeadamente, direitos subjetivos) destinados à defesa das refrações essenciais da personalidade humana, bem como a necessidade de proteção desses direitos por parte do Estado”⁷².

O direito de identidade cultural não deixa de encontrar igualmente tutela no artigo 26.º da Constituição, introduzido pela revisão constitucional de 1997, enquanto expressão direta do princípio da dignidade da pessoa humana. Aqui, “sede fundamental do direito geral de personalidade”, encontramos a tutela para todas as formas de lesão de bens de personalidade, estejam ou não tipicamente consagrados⁷³. Nesta senda, será pertinente evidenciar que do n.º 1

⁶⁸ Ibidem, pp. 53-54

⁶⁹ José Joaquim Gomes Canotilho, *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7ª ed., Coimbra, Almedina, 2003, pp. 1450-1452

⁷⁰ Anabela Leão, *Constituição e interculturalidade: da diferença à referência*, ob. cit., p. 56

⁷¹ Anabela Leão, “Constituição e interculturalidade: síntese de uma proposta”, in: Estudos comemorativos dos 20 anos da FDUP, vol. 1, 2017, pp. 135-143

⁷² *Apud* Patrícia Jerónimo, *Direitos das minorias*, Coimbra Editora, 2007, p. 388

⁷³ Jorge Miranda e Rui Medeiros, *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo I, 2ª Edição, Coimbra, Coimbra Editora, maio de 2010, p. 607

resulta, primeiramente, um reconhecimento do direito à identidade – que, num sentido amplo significa o direito de cada pessoa viver em harmonização consigo própria; é um direito à “historicidade pessoal”⁷⁴; demanda um princípio de “verdade pessoal”⁷⁵. Além do mais, tenha-se presente que as características elencadas no n.º 2 do artigo 13.º da Constituição são, de alguma forma, constitutivas do direito à identidade pessoal, pelo que o mais certo será afirmar que este direito se liga com a proibição de discriminação presente naquele preceito. A disposição tipifica, logo de seguida, o direito ao desenvolvimento da personalidade, que na sua complexidade, abrange uma série de outros direitos. É sabido, porém, que se procurou com este direito proteger a diferença enquanto manifestação da individualidade e da autonomia própria dos sujeitos. É neste sentido, um direito de liberdade do indivíduo que lhe permite determinar em que modos pretende viver a sua vida num espaço de autodescobrimento⁷⁶ (aqui incluídas as dimensões de “direito à autoafirmação”, “direito à autoexposição” e de “direito à criação ou aperfeiçoamento de pressupostos” na proposta de José Gomes Canotilho e Vital Moreira, de densificação do direito ao desenvolvimento da personalidade)⁷⁷. Como refere Paulo Mota Pinto, o direito ao desenvolvimento da personalidade não deixa ao Estado apenas um dever de não ingerência, mas, e sobretudo, confere ao legislador a tarefa de garantir a proteção desse desenvolvimento⁷⁸. Aliás, a dupla dimensão do direito ao livre desenvolvimento da personalidade (de “tutela da personalidade” e de “tutela da liberdade geral de ação da pessoa humana”)⁷⁹ traduz uma dimensão ativa de tutela de um direito geral de livre ação e uma dimensão passiva de “proteção da integridade” que favorecem a proteção da identidade cultural.⁸⁰

Por outro lado, note-se que, na senda daquilo que afirma Habermas, “os chamados direitos fundamentais clássicos só adquirem ‘valor igual’ (Rawls) para todos os cidadãos quando acompanhados por direitos sociais e culturais”⁸¹.

⁷⁴ José Gomes Canotilho e Vital Moreira, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, vol. I, 4.ª ed. rev., Coimbra, Coimbra Editora, 2007, p. 462

⁷⁵ Jorge Miranda e Rui Medeiros, *Constituição Portuguesa Anotada*, ob. cit., p. 609

⁷⁶ Patrícia Jerónimo, *Direitos das minorias*, ob. cit., p. 389

⁷⁷ José Gomes Canotilho e Vital Moreira, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, ob. cit., p. 464

⁷⁸ Paulo Mota Pinto, *Direitos de Personalidade e Direitos Fundamentais. Estudos*, 1.ª edição, Coimbra, GESTLEGL, 2018, pp. 18-19

⁷⁹ *Ibidem*, p. 24

⁸⁰ Anabela Leão, *Constituição e Interculturalidade: da diferença à referência*, ob. cit., p. 344

⁸¹ Jürgen Habermas, *Um ensaio sobre a constituição da Europa*, trad. de Marian Toldy e Teresa Toldy, Lisboa, Edições 70, 2012, p. 36

Uma constituição aberta à pluralidade, à diversidade e à cultura, como é a Constituição portuguesa de 1976, parece, portanto, proporcionar as condições necessárias que garantam a integridade do indivíduo em qualquer contexto social que a sua identidade se forme.

Não haverá então como alegar, que o quadro jus-constitucional não é favorável à adoção de medidas que visem a inclusividade, valorizando as especificidades culturais de cada indivíduo, expressas na sua identidade.

Porque a cultura é algo que acompanha o indivíduo até ao leito da morte (as pessoas são “seres portadores de cultura”) e é “o sistema de ideias vivas que cada tempo possui”⁸², é natural que a sua identidade seja construída durante um processo de partilha de espaços e momentos com o Outro. Neste sentido, Habermas, quando diz que como consequência dos processos de socialização, as pessoas vêm as suas identidades construídas conforme as formas de vida culturais que permeiam a sua existência (incluindo os momentos em que se hão separado das suas tradições de origem)⁸³.

Por isto, há que pensar na identidade não em termos fixos, objetivos e concretos, mas na qualidade de organismo flexível, em constante evolução, altamente sensível aos diferentes contextos. A identidade veste aqui, a premissa de variável, cujo trabalho de definição dos limites nunca é dado por terminado. A este propósito, sobre as concepções primordialistas existentes, que compreendem as culturas como bens definidos e imutáveis, Patrícia Jerónimo afirma: “Trata-se, de resto, de um entendimento insustentável num tempo como é o nosso – marcado pela diluição das fronteiras e pelos fenómenos de comunicação global –, em que cada vez mais as identidades se apresentam como híbridos de muito difícil catalogação numa qualquer cultura.”⁸⁴

Por conseguinte, só poderá ser feito este exercício de interpretação da identidade, se o Estado tratar de equacionar, a partir de uma perspetiva de pluralidade de culturas, uma noção de cultura dinâmica, policêntrica, explicativa das múltiplas identidades socioculturais que interferem na forma como interpretamos o mundo. De outra forma, isto é, uma interpretação estática de cultura, não conseguirá lidar com a dinâmica multicultural das sociedades contemporâneas, acarretando perigosas restrições no momento de definição das nossas identidades.

Um Estado que não se quer fragmentado pela presença em si de várias etnias ou grupos étnicos, resultantes dos fluxos migratórios (e, ainda que não apenas por causa desse fator), deve

⁸² José Ortega y Gasset, *Missão da Universidade e outros textos*, trad. De Felipe Nogueira, Coimbra, Angelus Novus, 2003, p.70

⁸³ Charles Taylor, [et al.], *Multiculturalismo: examinando a política de reconhecimento*, ob. cit., p. 144

⁸⁴ Patrícia Jerónimo, *Direitos das minorias*, ob. cit., p.377

procurar conservar o valor da identidade cultural, construindo uma “identidade política coletiva integradora e plural”, e, proporcionando o trânsito do *etnos* ao *demos*⁸⁵. O que não deverá acontecer de forma alguma, é a imposição de um *etnos* numa comunidade política alargada e culturalmente plural. Tal compreender-se-á, desde logo, porque o Estado deve interferir o mínimo possível na esfera de liberdade do indivíduo, que tenderá a apoiar-se no valor da pertença cultural de forma a conseguir autoidentificar-se. Esta política do reconhecimento tem tanto ou mais valor, quando estão em causa as minorias étnicas, cujas identidades culturais que se fazem distinguir das identidades maioritárias, merecem um reconhecimento de direitos especiais⁸⁶.

Amartya Sen individualiza dois perigos que vivem nos entremeios das malhas das análises sociais e que precisam de ser superados para que haja um procedimento legítimo daquela política de reconhecimento: i) a desvalorização da identidade quando os indivíduos descuram a influência que os outros têm no nosso sentimento de identificação e; ii) a presunção de que os indivíduos desenvolvem laços de pertença a uma única comunidade, quando na verdade, a experimentação de diferentes contextos nos faz adquirir uma identidade múltipla.⁸⁷

É através, pois, do valor das práticas sociais selecionadas pelos indivíduos em função das suas crenças (crenças proporcionadas pelas respetivas culturas do indivíduo⁸⁸) que se percebe a importância do sentimento de pertença cultural, fonte de apoio no momento de autoidentificação.

Em todo caso, teremos sempre que admitir que a dinâmica das identidades nem sempre é a mesma e que, por essa mesma razão, como nos faz ver Anabela Leão, “a problematização dos conceitos de cultura e de identidade recomenda a adoção de conceitos abertos e não essencialistas, bem como uma abordagem centrada [...] nas pretensões culturais, sensível aos contextos e diferenciada”.⁸⁹

Ademais, o reconhecimento das identidades culturais, enquanto sustentáculo do direito à autoidentificação e autodeterminação cultural pode sustentar-se no princípio da igualdade, sem que para isso se tenham que sacrificar liberdades individuais. O princípio da igualdade opera, na sociedade democrática, um exercício de reconhecimento daquilo que existe universalmente

⁸⁵ Javier de Lucas, *Globalización y identidades. Claves políticas y jurídicas*, Apud João Maria Andrade, *Multiculturalidade, identidades e mestiçagem*, p. 115

⁸⁶ Patrícia Jerónimo, *Direitos das minorias*, ob. cit., p. 385

⁸⁷ Apud João Maria Andrade, *Multiculturalidade, identidades e mestiçagem*, ob. cit., p. 118

⁸⁸ Will Kymlicka, *Multicultural citizenship: a liberal theory of minority rights*, Oxford, Clarendon Press, 1996, p. 83

⁸⁹ Anabela Leão, “Constituição e interculturalidade: síntese de uma proposta”, in *Estudos comemorativos dos 20 anos da FDUP*, vol. 1, 2017

– ora, todos possuem uma identidade dotada das suas específicas particularidades – assim, claro fica, que o princípio da igualdade estimula também o reconhecimento da especificidade. Não faz sentido, por isso, na verdade, uma tensão entre igualdade e diferença. Uma interpretação meramente formal do princípio da igualdade, conduzirá à rejeição das identidades culturais. Por outro lado, uma compreensão errónea da diferença, poderá trabalhar a favor da discriminação.

Ora, será mais certo por isso, afirmar que a solução que nos resta é precisamente a que parte do princípio da complementaridade. Queremos, então, uma igualdade que nos permita ser diferentes, porque ser diferente não significa não ser igual aos olhos da lei, mas sim receber um tratamento diferenciado, de forma a que se possa consomar aquela igualdade. Aceitar uma interpretação contrária do preceito, terá um preço que não deveríamos estar dispostos a pagar, quer para a “liberdade de escolha na construção da própria identidade” quer para a “liberdade face à adscrição de uma identidade”⁹⁰. Vemos, portanto, suceder-se uma sincronia entre o princípio da igualdade e a política de dignidade.

Em todo o caso, ainda que o reconhecimento das identidades não seja conflituante com o tratamento igual ao abrigo da lei, a conjugação de ambos não é, todavia, suficiente. É isto, aliás, que defende Habermas, quando reforça a ideia do quão relevante e pertinente é a participação dos indivíduos e dos grupos no processo – autonomia no sentido kantiano, que rejeita uma interpretação paternalista do leque de direitos e liberdades básicas –, devendo aqueles compreender-se igualmente como autores das leis que os vinculam⁹¹. Essa discussão democrática e pública entre os indivíduos, deverá servir para que se esclareçam quais as tradições que pretendem perpetuar e como estão dispostos a relacionar-se com a sua história – no fundo, porque a identidade não tem apenas uma dimensão pessoal, trata-se de dialogar abertamente sobre a identidade coletiva, criando uma espécie de narrativa comum que assente no princípio do Estado de Direito. Uma vez que haja esta participação, fica mais certo que vivemos em democracia e que construímos um caminho de promoção da humanidade e de conhecimento da diversidade que espelha, no fundo, aquilo que o mundo é.

⁹⁰ Anabela Leão, *Constituição e Interculturalidade: da diferença à referência*, ob. cit., p. 164

⁹¹ Jürgen Habermas, “Luta pelo Reconhecimento no Estado Democrático Constitucional” in Taylor Charles, *Multiculturalismo: Examinando a Política de Reconhecimento*, ob. cit., pp. 130-131.

Capítulo II – A suscetibilidade da recolha e processamento de dados relativos à origem étnica e racial

“Foi sendo crescentemente entendido que uma sociedade liberal não era apenas uma ordem política que protegia certos direitos individuais mínimos, mas antes uma ordem política que encorajasse ativamente a completa realização do eu íntimo.”⁹²

1. Premissas orientadoras da recolha de dados

A vida social implica diferentes graus daquilo que deve ser cognoscível e do que deve permanecer oculto face aos olhares exteriores. Os níveis de complexidade aumentam quando nos propomos falar da hipótese de recolha e processamento de dados relativos à raça e à etnia, porque tal significa tratar o Homem como objeto de estudo, conviver com a incerteza de se conseguir obter um delicado equilíbrio de interesses. O Direito deverá, por isso, saber posicionar-se, fazendo uso de critérios de concordância prática, evitando a amputação de valores jurídicos. Não deverá, no entanto, olvidar-se do facto de a não existência de dados sobre a igualdade, não exprimir igualdade. Significa isto que, a inoperância da Ciência Jurídica e do Direito Positivo não simbolizam a tutela de conquistas civilizacionais, mas sim o perigo de elas não se concretizarem, ou pior ainda, concretizarem-se tão-só para alguns.

Seria pertinente, nesse sentido, que nos debruçássemos sobre a eventual recolha desses dados.

Os dados relativos à origem étnica e racial têm em comum o facto de fazerem menção a uma noção mais ampla, a de “origem”, e, de participarem num jogo em que são potenciadores de fenómenos discriminatórios, e, simultaneamente, ferramentas de combate à discriminação. A sua recolha deliberada, quer porque se tratam de dados pessoais, quer porque são dados altamente sensíveis, deverá seguir determinadas coordenadas.

1.1. A sensibilidade dos dados

É em 1998 que encontramos entre nós, através da Lei n.º 67/98 de 25 de outubro, a densificação do conceito “dados sensíveis”.

⁹² Francis Fukuyama, *Identities: A Exigência de Dignidade e a Política do Ressentimento*, 1ª edição, Alfragide, Publicações Dom Quixote, 2018, p. 116

Estamos, portanto, a falar de um núcleo de dados pessoais mais restrito, cujo tratamento se encontra, nos termos consagrados na Constituição Portuguesa, sujeito a uma interdição absoluta “salvo mediante expresse consentimento do titular, autorização prevista por lei com garantias de não discriminação ou para processamento de dados estatísticos não individualmente identificáveis” (n.º 3 do artigo 35.º da CRP)⁹³.

Ora os dados relativos à origem étnica e racial, são, à luz do artigo 35.º da Constituição⁹⁴, dados altamente sensíveis dado circunscreverem-se a uma esfera que toca mais de perto a intimidade da pessoa. Por conseguinte, o tratamento destes dados só será possível quando estiver verificada alguma das exceções previstas no n.º 3 do preceito constitucional já referido. Assim, podemos dizer que a proibição do tratamento destes dados, acaba por ser deturpada com as exceções que o preceito admite⁹⁵: a verificação de consentimento expresse do titular dos dados; quando haja autorização legal, em casos justificados, e com garantias de não discriminação; e, por fim, para processamento de dados estatísticos não individualmente identificáveis.

O consentimento deve entender-se como uma manifestação de vontade livre, específica, informada e explícita, através da qual o titular dos dados aceita que os seus dados pessoais sejam objeto de tratamento. A manifestação dessa vontade pode encontrar expressão numa declaração ou ato positivo inequívoco⁹⁶.

Pois note-se que, havendo consentimento voluntário, não se poderá falar numa verdadeira violação do direito, e, igualmente, havendo uma recolha de dados concernentes à esfera étnica e racial para efeitos de investigação ou estatísticos, a consequente não identificabilidade do sujeito jurídico não permite que se considere consumada qualquer transgressão⁹⁷.

A proteção dos dados pessoais encontra no âmbito europeu, variada legislação. E porque a mudança social obriga o Direito a adaptar-se, a legislação tem sido renovada. Por conseguinte, e isentamo-nos aqui de proceder à análise aprofundada da história dos dados pessoais na Europa, os dados pessoais sensíveis encontram especial regulação no artigo 6.º da *Convenção para a proteção das pessoas relativamente ao tratamento automatizado de dados de carácter*

⁹³ Artigo 35.º, n.º 3, da Constituição da República Portuguesa.

⁹⁴ E aqui fazemos referência também para o n.º 3 do artigo 41.º da CRP, que consagra uma proibição próxima a propósito de dados igualmente sensíveis como são os relativos ao credo religioso.

⁹⁵ Como nos faz ver Luísa Neto, *Novos direitos ou novo[s] objecto[s] para o direito?*, ob. cit., p. 73

⁹⁶ Vide art. 35.º da CRP e artigos 9.º, n.º 2, alínea a), 4.º, n.º 11 do Regulamento (UE) 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho de 27 de abril de 2016

⁹⁷ Gomes Canotilho e Vital Moreira, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, vol. I, 4.ª ed. rev., Coimbra: Coimbra Editora, 2007, pp. 555-556

peçoal, do Conselho da Europa (Convenção n.º 108)⁹⁸, e no artigo 9.º do *Regulamento (UE) 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho de 27 de abril de 2016* (doravante, RGPD).

É possível constatar que, quer num documento quer no outro, as razões de proibição do tratamento dos dados são similares. Pretende-se impedir qualquer tipo de discriminação arbitrária e ilegal⁹⁹.

Que não fique por notar que, ao abrigo do RGPD, o tratamento de dados concernentes à origem étnica e racial, quando autorizado, deve ser precedido de medidas adicionais, com vista a apurar se estão reunidas as condições para a licitude de tal tratamento. Ademais, um tratamento desta índole, está sempre sujeito a uma avaliação de impacto (PIA) e implica, imperativamente, a obrigatoriedade da nomeação de um Encarregado de Proteção de Dados¹⁰⁰.

A Comissão Nacional de Proteção de Dados (doravante CNPD), autoridade de controlo dos dados em Portugal, teve já a oportunidade de se pronunciar sobre a recolha de dados com esta natureza (sensível), fazendo notar que nos termos do n.º 1 do artigo 35.º da CRP, do n.º 2 do artigo 7.º da anterior Lei de Proteção de dados¹⁰¹ (atual artigo 9.º, n.º 2, alínea j) do RGPD) e do n.º 3 do artigo 4.º da Lei do Sistema Estatístico Nacional (LSEN), a resposta a uma pergunta que recolha essa informação deverá ser sempre facultativa, com expressa menção desse mesmo facto, e, ademais, deve ficar sujeita à emissão de um consentimento expresse, cuja regularidade deve ser verificada através de autorização da CNPD¹⁰².

É claro que, dada a extrema sensibilidade destes dados, vários são os países que vêm a sua recolha e processamento com dúvidas e receio. Isto, significa que se discute o perigo que tal ação representa para a reserva da vida privada e, mais concretamente, para a noção de respeito pela autodeterminação individual, enquanto direito de fazer escolhas numa esfera de intimidade. Assim, ainda que o direito de proteção dos dados pessoais e o direito à reserva da intimidade da vida privada, não sejam uma e a mesma coisa, ambos se complementam¹⁰³,

⁹⁸ Adotada a 28 de janeiro de 1981. A Convenção utilizada corresponde ao texto aprovado pelo Comité de Ministros do Conselho da Europa, a 18 de maio de 2018. Disponível em: https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectId=09000016807c65bf

⁹⁹ Ver por exemplo, as *Guidelines* que regulamentam os arquivos de dados pessoais informatizados, aprovadas pela resolução da Assembleia Geral 45/95 de 14 de dezembro de 1990, em particular, A. 6 – Princípio da Não Discriminação.

¹⁰⁰ Vide, artigos 35.º e 37.º, n.º 1, alínea c) do RGPD. De notar, que uma avaliação de impacto é um processo contínuo, que se estende durante todo o ciclo de vida do projeto, de forma a garantir que a privacidade e proteção dos dados é atualizada perante a dinâmica do tratamento.

¹⁰¹ Lei n.º 67/98 de 26 de outubro

¹⁰² A CNPD fez dar conta do mesmo em Autorização n.º 1308/11 (Processo n.º 4705/10), a propósito de um inquérito piloto da operação estatística censos 2011. Numa outra ocasião, a CNPD pronunciou-se sobre o tratamento do dado “religião”, dado também ele sensível, esclarecendo que a resposta deve ser sempre facultativa – Parecer n.º 4/99 (Processo n.º 498/98).

¹⁰³ Vide Luísa Neto, *Novos direitos ou novo[s] objecto[s] para o direito?*, ob. cit., p. 72

representando o direito de proteção dos dados pessoais, uma importante faceta na proteção do direito à privacidade do indivíduo.

Resta ponderar como deverá ser feito o equilíbrio ideal entre a tutela da esfera privada e do direito de proteção de dados e os eventuais benefícios da recolha de dados revestidos de tamanha sensibilidade como o são os referentes à raça e à etnia – conflito que será por nós objeto de reflexão em fase de dissertação posterior.

1.2. Requisitos gerais a que a recolha deverá obedecer

Entre os Estados-Membros da União Europeia, os dados pessoais viram a sua regulação atualizada com o recente (e já referido) Regulamento Geral de Proteção de Dados¹⁰⁴, cuja aplicação direta e obrigatória ocorreu a partir do dia 25 de maio de 2018. Os critérios que determinam a sua aplicação são os presentes no artigo 2.º (aplica-se aos tratamentos de dados pessoais realizados por meios total ou parcialmente automatizados, ou por meios não automatizados, uma vez que os dados estejam contidos em ficheiros), artigo 3.º (o organismo, empresa ou instituição que intervém como responsável e/ou o subcontratante, deve estar situada no território da União, ainda que o tratamento seja realizado fora), e artigo 4.º (fornece um conjunto de definições que tornam explícito o facto de o regulamento aplicar-se tão-só quando em causa estejam dados pessoais, excluindo a aplicação do mesmo se o tratamento disser respeito a dados anonimizados).

A leitura do n.º 1 do artigo 4.º, não abre espaço para interpretações erradas, definindo “dados pessoais” como a “informação relativa a uma pessoa singular identificada ou identificável («titular dos dados»); é considerada identificável uma pessoa singular que possa ser identificada, direta ou indiretamente, em especial por referência a um identificador, como por exemplo um nome, um número de identificação, dados de localização, identificadores por via eletrónica ou a um ou mais elementos específicos da identidade física, fisiológica, genética, mental, económica, cultural ou social dessa pessoa singular;”¹⁰⁵.

Adiantamos, portanto, que quando os dados são recolhidos numa base anónima ou são tornados anónimos, por regra, não constituem “dados pessoais” e, consequentemente, não envolvem a aplicação do regulamento¹⁰⁶. A lógica que se segue, prende-se com o facto de em

¹⁰⁴ Regulamento (UE) 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho de 27 de abril de 2016

¹⁰⁵ Artigo 4.º, n.º 1 do RGPD

¹⁰⁶ No mesmo sentido, embora sem referência em particular para o RGPD, Timo Makkonen, *Measuring Discrimination. Data Collection and European Union Equality Law*, Direção Geral do Emprego, Assuntos Sociais e Igualdade de Oportunidades, Comissão Europeia, novembro 2007, p. 53

causa se falar de dados que foram irreversivelmente alterados, de forma a que a informação pessoal identificável não possa ser novamente identificada direta ou indiretamente, não se registando nessa medida, ameaça à privacidade dos indivíduos.

Contudo, o risco de reidentificação será sempre um perigo que não deverá ser menosprezado.

No caso da recolha de dados realizada para efeitos estatísticos, a questão da anonimidade é mais complexa. É que, embora essa recolha tenha sido concebida como uma ferramenta para a colheita de informações no plano coletivo, e não individual, tal não significa que ela seja sempre feita pela via da anonimidade. Os censos servem aqui de exemplo, dado serem recolhidos dados pessoais que, efetivamente, permitem identificar uma pessoa ou torná-la identificável, sendo só posteriormente convertidos em anónimos, já aquando da transposição para suporte informático. Nestes termos, esta forma de recolha de dados não está isenta de controlo, visto ter por base micro dados que não deixam de ser dados pessoais¹⁰⁷. A própria Recomendação explicativa n.º (97) 18 do Comité de Ministros dirigida aos Estados Membros e relativa à proteção de dados pessoais recolhidos e processados para fins estatísticos, levou o Conselho da Europa a afirmar que seria prematuro concluir que os dados recolhidos para fins estatísticos não poderão ser usados para outros fins que não os que conduziram, numa fase inicial, à sua recolha, alertando para o perigo de esses dados serem transformados em bens comerciais, depreendendo por isso que, atendendo ao quadro de riscos assim apresentado, também esses dados devem ficar sujeitos às leis de proteção de dados¹⁰⁸.

Fica então claro, que nem todo o processamento e tratamento desta categoria de dados merece tutela do Regulamento, podendo *inclusive* a tutela verificar-se numa fase inicial da recolha e processamento, e, subsequentemente, com a anonimização dos dados, não mais se verificar¹⁰⁹.

Julie Ringelheim e Olivier De Schutter afirmam que, estando em causa o Recenseamento Geral da População, registos administrativos de autoridades locais e/ou centrais (*e.g.* escolas),

¹⁰⁷ Cfr. William Seltzer, “Population statistics, the holocaust, and the Nuremberg trials”, *Population and Development Review*, vol. 24, n.º 3, 1998, pp. 511-552; Idem, “On the use of populations data systems to target vulnerable population subgroups for human rights abuses”, *Coyuntura Social*, n.º 32, 2005, pp. 32-44; Patrick Simon, *Ethnic Statistics and Data Protection in the Council of Europe Countries – Study Report*, ECRI, Concelho da Europa, Estrasburgo, 2007. Disponível em: <https://ec.europa.eu/migrant-integration/librarydoc/ethnic-statistics-and-data-protection-in-the-council-of-europe-countries-a-study-report>, pp. 14-16

¹⁰⁸ Recomendação explicativa N.º (97) 18 do Comité de Ministros aos Estados-Membros relativa à proteção dos dados pessoais recolhidos e tratados para fins estatísticos, adotada pelo Comité de Ministros em 30 de setembro de 1997, § 3, do ponto A, da Introdução da Recomendação.

¹⁰⁹ Neste sentido, Timo Makkonen, *Measuring Discrimination. Data Collection and European Union Equality Law*, ob. cit., p. 53

e ainda, nos casos de monitoramento não anónimo no local de trabalho, deverá haver lugar à aplicação das leis de proteção dos dados pessoais¹¹⁰.

Nos casos em que seja realizada a técnica experimental conhecida como “*situation testing*”, por razões óbvias de os indivíduos serem escolhidos com base em premissas pré-selecionadas que os distinguem de uma maioria, e, com o objetivo de saber se elas os colocariam numa situação de desigualdade perante uma determinada organização e/ou instituição, há efetivamente o tratamento de dados pessoais, o que implicaria a aplicação do Regulamento e de eventuais leis nacionais de proteção de dados pessoais¹¹¹.

A recolha destes dados, de natureza altamente sensível, está sujeita pelo RGPD à observação de um conjunto de direitos que aquele confere ao titular dos dados. Assim, ao responsável pelo tratamento dos dados cabe o dever de os salvaguardar, nomeadamente, assegurando e controlando o respeito pelos direitos de que de agora em diante se irá dar conta.

i. Direito a ser informado

Quer se trate de uma recolha de dados pessoais feita junto do titular, quer a recolha seja feita sem o titular presente, existe um direito à informação, previsto nos artigos 13.º e 14.º do RGPD, respetivamente.

Em ambas as modalidades de recolha, o titular deve ser informado da identidade e dos contactos do responsável pelo tratamento e/ou do seu representante; do contacto do Encarregado de Proteção de Dados; das finalidades do tratamento, bem como do seu fundamento jurídico; dos destinatários dos dados pessoais; do prazo de conservação; da transferência para países terceiros (quando aplicável); dos direitos que o regulamento confere; a informação explícita de que o titular dos dados pode retirar o consentimento prestado; o direito a reclamar junto de uma autoridade de controlo.

A informação deverá ser prestada no momento da recolha, ou em caso de impossibilidade (sobretudo quando a recolha tenha sido feita sem a presença do titular), dentro de um prazo razoável após a receção, não superior a 30 dias, ou, aquando do primeiro contacto com o titular.

ii. Direito de acesso

¹¹⁰ Julie Ringelheim, Olivier De Schutter, *Ethnic monitoring. The processing of racial and ethnic data in anti-discrimination policies: reconciling the promotion of equality with privacy rights*, ob. cit., p. 61

¹¹¹ Ibidem, p. 61

Tipificado no artigo 15.º do RGPD, este direito de acesso confere aos titulares o direito de saber se estão, ou não, a ser tratados dados pessoais que lhes digam respeito, saber se os dados foram transmitidos para outra entidade, o destino que lhes foi dado, e ainda, aceder aos seus dados e a todas as informações que respeitem às operações de tratamento.

iii. Direito de retificação

A desatualização, incorreção, ou, a incompletude dos dados pessoais, justificam que o seu titular tenha um direito de obter a sua retificação. Assim, se interpreta o artigo 16.º do Regulamento. Notando-se que, quando o responsável em causa seja uma entidade da Administração Pública, este direito é também um dever do administrado de manter atualizados os seus dados.

iv. Direito de apagamento

O artigo 17.º do RGPD acabou por ser a grande novidade no que respeita à regulação da proteção de dados pessoais. Igualmente referido por “direito ao esquecimento”, o direito ao apagamento confere aos titulares dos dados pessoais o direito a solicitar ao responsável o apagamento dos dados, dentro dos limites impostos pelo regulamento, devendo o responsável, em caso de os dados terem sido divulgados a outras entidades, informar os restantes responsáveis disso mesmo.

v. Direito à Limitação do Tratamento

Com este direito o legislador procurou garantir que o titular dos dados pode limitar o tratamento dos seus dados pessoais sempre que: o tratamento for ilícito e o titular dos dados pessoais se oponha ao seu apagamento; o titular dos dados conteste a exatidão dos mesmos dentro de um período que permita ao responsável verificar a sua exatidão; quando os fins que legitimaram a recolha dos dados cessem e o titular dos dados pretenda requere-los para efeitos de declaração, exercício ou defesa de um direito num processo judicial; por fim, o regulamento prevê a possibilidade de limitação do tratamento quando tenha havido uma oposição do titular no tratamento dos mesmos, e, no entanto, os motivos legítimos do responsável prevaleçam sobre os do titular dos dados – tal como previsto no artigo 18.º do RGPD.

vi. Direito de portabilidade dos dados

Os titulares dos dados possuem agora, no artigo 20.º do RGPD, o direito de solicitar os seus dados pessoais que tenham sido cedidos através de consentimento ou de contrato, num formato de uso comum, e, a sua transferência para outro responsável pelo tratamento desde que tal seja tecnicamente possível.

vii. Direito de oposição e decisões individuais automatizadas

O preceito (artigo 21.º) prevê que a qualquer momento, por motivos concernentes à situação particular do titular dos dados, este poderá opor-se ao tratamento dos seus dados.

Ora, voltando ao tema que se pretende desenvolver com este trabalho, e, analisando estes direitos sob esse ponto de vista, cumpre dizer que os artigos 15.º, 16.º, 18.º e 21.º podem ser limitados, total ou parcialmente, para fins estatísticos (direito de acesso, direito de retificação, direito à limitação do tratamento e direito de oposição), tal como vem explícito no artigo 89.º do RGPD e no n.º 2 do artigo 31.º da Lei n.º 58/2019.

Deste modo, estes preceitos tipificam a possibilidade de que, com respeito à atividade estatística em que possa haver o tratamento de dados sensíveis (dentro dos parâmetros impostos), sejam derogados, total ou parcialmente, alguns direitos. Claro que tal só poderá ocorrer, uma vez que se verifique imprescindível, por um lado, e, desde que existam condições e garantias adequadas para o cumprimento dos direitos e liberdades do titular. Estas garantias, segundo nos diz o próprio preceito no n.º 1, deverão assegurar “as medidas técnicas e organizativas” que confirmem a aplicação do princípio da minimização dos dados (*e.g.* pseudonimização).

Por outro lado, o direito de informação pode ver o seu âmbito de aplicação limitado no âmbito de uma recolha feita para efeitos da atividade estatística – segundo fundamenta a alínea b) do n.º 5 do artigo 14.º – ainda que essa limitação, exija a prova da impossibilidade de disponibilizar a informação, ou, da desproporcionalidade em realizar um esforço nesse sentido, ou, ainda que se demonstre a propensa impossibilidade ou prejuízo grave para a obtenção dos objetivos que se pretendiam com o tratamento.

O direito ao esquecimento pode ver o seu exercício igualmente restringido, quer por razões idênticas às que encontramos no caso do direito à informação (alínea d) do n.º 3 do artigo 17.º do Regulamento), quer por estar em causa, na atividade estatística, uma obrigação legal que exija o tratamento dos dados (esteja essa obrigação legal prevista no direito do Estado ou no direito da União), bem como por razões de interesse público – alínea b) do n.º 3 do artigo 17.º

do Regulamento. A este propósito, a CNPD, autoridade de controlo dos dados em Portugal, no Parecer n.º 28/2018 emitido sobre a Proposta de Autorização Legislativa e o Projeto de Decreto-Lei autorizado que estabelece as normas a que deve obedecer a realização do XVI Recenseamento Geral da População e do VI Recenseamento Geral da Habitação, faz sublinhar que os dados recolhidos para efeitos estatísticos, são-no, com base numa obrigação legal e, estão ademais, protegidos pelo interesse público inerente à atividade do INE, I.P.¹¹².

É importante fazer notar que este parecer da CNPD faz menção, e bem, aos pareceres da Autoridade Europeia para a Proteção de Dados (AEPD), dos quais destacamos o Parecer n.º 10/2017 de 20 de novembro de 2017, por ser aquele em que a AEPD fez constatar que a restrição permitida pelo RGPD era muito ampla e iria em sentido oposto àquele que se pretende com o princípio da necessidade, à intenção que presidiu a própria consagração do RGPD, e, aos limites previstos no artigo 52.º da CDFUE (respeito pelo conteúdo essencial dos direitos e liberdades do cidadãos, observância do princípio da proporcionalidade)¹¹³.

Em todo o caso, a ponderação sobre a restrição de algum destes direitos terá sempre que ser feita de forma casuística, fundamentada, afastando-se qualquer interpretação taxativa, de caráter estático ou absoluto¹¹⁴.

Para além dos direitos do titular dos dados pessoais, o RGPD prevê um conjunto de princípios de verificação obrigatória durante o tratamento dos dados. Note-se, que ele impõe que o responsável pelo tratamento demonstre o respeito pelos princípios aí previstos – é o princípio de “accountability” que implica a implementação junto das organizações que procedem ao tratamento dos dados, de uma verdadeira política de “data governance”¹¹⁵.

Os dados pessoais devem, nestes termos, ser objeto de um tratamento lícito, leal e transparente; devem ser recolhidos para finalidades determinadas, explícitas e legítimas, não podendo serem alvo, em fase posterior, de um tratamento incompatível com aquelas finalidades. Deverão ser adequados, pertinentes e limitados ao necessário (não se admite, por exemplo, o tratamento de dados pessoais quando a finalidade para a qual eles foram recolhidos pudesse ser

¹¹² Parecer n.º 28/2018 da CNPD, p. 6

¹¹³ Parecer n.º 10/2017 de 20 de novembro de 2017 da Autoridade Europeia de Proteção de Dados, sobre a Proposta de Regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho relativa às estatísticas integradas sobre explorações agrícolas, pp. 7-12

¹¹⁴ Parecer n.º 28/2018 da CNPD, p. 2v

¹¹⁵ No fundo, não se exige às organizações a certeza de que nunca haverá uma fuga ou tratamento indevido dos dados, mas antes, que provem por evidência o respeito pelo regulamento, que implementem um mecanismo permanente e dinâmico de verificação da conformidade das suas ações com o regulamento, e, que promovam auditorias no sentido de verificar a eficácia das medidas que tenham implementado; de uma forma geral, trata-se do Capítulo IV do RGPD.

alcançada por outras vias); exatos e atualizados; conservados tão só, enquanto as finalidades ainda existam, e tratados com segurança garantindo uma proteção contra a perda, danificação ou destruição dos dados, e contra o seu tratamento ilícito ou não autorizado¹¹⁶.

Ora, uma eventual recolha de dados relativos à raça ou origem racial e à etnia ou origem étnica, terá que passar pelo crivo de que agora aqui se deu conta.

1.3. A inclusão dos grupos étnicos na recolha dos dados para uma efetiva verificação do princípio da autodeterminação informacional

A identidade é condição de distinção das pessoas e grupos enquanto expressão máxima daquilo que de único a pessoa possui. A identidade humana é, por isso, uma forma do indivíduo exprimir o ser que é, e, nesse sentido, essa identidade tutela-se fazendo uso de um direito à identidade pessoal. Sem ele, a personalidade humana ficaria descaracterizada, e por isso, são seus titulares todos os seres humanos, sem distinção de classe, grupo ou categoria específica¹¹⁷.

Raça e etnia são partes dessa identidade. E essa identidade depende do reconhecimento social positivo que é expressão da necessária e exigente aceitação. Posta desta forma, a aceitação da nossa particularidade étnica e racial é uma parte essencial de um sentimento de identidade.

Este direito à identidade pessoal, tem uma dimensão informacional cujo conteúdo constrói-se através dos elementos informativos que existam sobre a pessoa, e, é parte de um núcleo mais vasto de direitos relativos à proteção de dados pessoais, à identidade pessoal e ao livre desenvolvimento da personalidade¹¹⁸. Fica fácil de ver que, neste sentido, o direito à identidade informacional, mais do que incluir os aspetos típicos da proteção de dados pessoais, excede-os, e faz-se aproximar dos direitos à identidade pessoal e ao livre desenvolvimento da personalidade¹¹⁹, todos eles tendencialmente enquadrados pela doutrina portuguesa em sede de direitos de personalidade¹²⁰.

Deste modo, o direito à identidade informacional que integra o património dos dados pessoais, participa na criação de manifestações do exercício do direito ao livre desenvolvimento

¹¹⁶ Artigo 5.º e artigo 6.º do RGPD

¹¹⁷ Paulo Mota Pinto, *O direito à reserva sobre a intimidade da vida privada*, Coimbra: Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 1993, p. 482

¹¹⁸ Alexandre Sousa Pinheiro, *Privacy e Proteção de Dados Pessoais: A Construção Dogmática do Direito à Identidade Informacional*. Lisboa: AAFDL, 2015. Tese de doutoramento apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2012, p. 818

¹¹⁹ Ibidem, p. 818

¹²⁰ Ibidem, pp. 768-769

da personalidade, carecendo de uma intervenção do poder público no sentido de garantir condições técnicas que assegurem o pleno exercício do direito, bem como a sua tutela¹²¹.

Ora, o direito à identidade informacional tem atravessado nas últimas décadas mais ameaças que no passado.

A globalização implicou a reconsideração daquilo que era dado como certo, e, em certos casos, a sua transformação, modelação e adaptação às exigências do presente. Os tempos hodiernos, têm-nos permitido assistir a um desenvolvimento da tecnologia de tal ordem, que tornou viável a possibilidade quase ilimitada de recolha, armazenamento, utilização e cruzamento de dados, de uma forma que não encontra precedentes. Nessa conjuntura dos acontecimentos, foi ampliado o leque de possíveis ofensas aos direitos e liberdades fundamentais, em particular, no que diz respeito ao direito à identidade (em especial, a sua dimensão informacional), ao direito de reserva de vida privada e ao direito ao livre desenvolvimento da personalidade.

As regras e conceitos conheceram e conhecem novos papéis, novas contradições e conflitos. Este contexto que é ainda o de hoje, era quase idêntico ao de 1983, ano em que se densificou a fórmula doutrinal respeitante aos dados pessoais, com a conhecida sentença do Tribunal Constitucional Alemão, de 15 de dezembro de 1983. Foi ela a responsável pelo início de um debate rico, mas com tropeços, sobre os dados pessoais.

Na “Decisão dos Censos”, assim foi como ficou conhecida, o Tribunal admitiu a proteção contra a transmissão, uso, armazenamento e recolha dos dados pessoais, com base no artigo 2.º, n.º 1, que prevê o direito geral de personalidade, em conjugação com o artigo 1.º, n.º 1 da Lei Fundamental de Bona¹²². Reconhecendo o direito geral de personalidade, o direito ao livre desenvolvimento e o valor da dignidade humana em que aqueles se alicerçam, procurou afirmá-los enquanto ferramenta para uma proteção contra um tratamento ilimitado dos dados pessoais – talhava-se assim o caminho, no universo jurídico, para a formulação de um direito à autodeterminação informacional.

Demonstrava-se necessário dotar os indivíduos, não apenas de uma função passiva que impedisse a não ingerência, mas igualmente, de uma função dinâmica, de controlo da informação. A lógica utilizada transparecia a realidade, agora tomada como certa, de que não sendo possível impedir certas ingerências na esfera privada do indivíduo, e estando já fixados

¹²¹ Ibidem, pp. 818-819

¹²² Ibidem, p. 479

todos os instrumentos capazes de nos devolver alguma privacidade, o importante seria reclamar uma maior transparência dos procedimentos a par da participação da pessoa no processo¹²³.

A decisão acabou por produzir um importante alcance político ao influenciar a configuração da relação existente entre a atividade administrativa e o exercício dos direitos dos particulares¹²⁴. No texto da sentença o Tribunal faz, inclusive, menção para a necessidade de o legislador atender ao princípio da proporcionalidade, em toda a sua exigência, bem como fez conhecer a importância do estabelecimento de um conjunto de medidas procedimentais que impedissem a violação da autodeterminação informacional individual. Alertou para a inegável inserção social do indivíduo, que tornou impossível a ausência de limitações ao direito, sobretudo porque não existem dados “inofensivos”, o que demanda uma especial atenção à finalidade a que os dados se encontram destinados¹²⁵.

A capacidade e direito dos sujeitos controlarem a informação que lhes diz respeito, alcançou assim liberdade das margens de outros direitos, conquistando um lugar nas malhas constitucionais. Atendendo à desproporção de meios tecnológicos entre quem vigia e quem é vigiado, o direito à autodeterminação informacional criou uma frente dinâmica de tutela e controlo das informações pessoais para cada indivíduo, garantindo que cada um participe na medida em que as suas informações são conhecidas e circulam, advogando em nome próprio, qualquer utilização abusiva¹²⁶. Fazemos uma nota, apenas para sublinhar que o direito de autodeterminação informacional não deve ser idealizado unicamente como um direito de defesa, exercendo um papel essencial no processo de desenvolvimento pessoal. Entre nós, este direito é na senda do artigo 1.º da Constituição, que consagra o princípio da dignidade da pessoa, e do artigo 2.º do mesmo texto fundamental que impõe o respeito e garantia de efetivação dos direitos e liberdades fundamentais, um seu desenvolvimento¹²⁷. E encontra a sua inclusão constitucional nos artigos 26.º e 35.º.

¹²³ Alexandre Sousa Pinheiro, *Privacy e Proteção de Dados Pessoais: A Construção Dogmática do Direito à Identidade Informacional*, ob cit., p. 480; Luísa Neto, *Novos direitos ou novo[s] objecto[s] para o direito?*, ob. cit., p. 84

¹²⁴ Alexandre Sousa Pinheiro, *Privacy e Proteção de Dados Pessoais: A Construção Dogmática do Direito à Identidade Informacional*, ob cit., p. 479

¹²⁵ Alexandre Sousa Pinheiro, *Privacy, e Proteção de Dados Pessoais: A Construção Dogmática do Direito à Identidade Informacional*, ob. cit., pp. 480-481

¹²⁶ Ángeles Solanes Corella, *Protección de datos personales y derechos de los extranjeros inmigrantes*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2005, pp. 24-25

¹²⁷ Cristina Queiroz, “A Proteção Constitucional da Recolha e Tratamento de Dados Pessoais Automatizados” in *Prof. Doutor Inocêncio Galvão Telles: 90 anos: homenagem da FDL*, Coimbra, Almedina, 2007, pp. 291-315, pp. 291-292

Sendo verdade, que na revolução tecnológica que caracteriza os nossos tempos, o direito à autodeterminação informacional é a forma mais eficaz de garantir a proteção da esfera privada do indivíduo, é necessário igualmente reconhecer, que os cidadãos gozam de uma proteção que padece de limites – o mesmo é dizer, que este direito não garante uma tutela absoluta. E, portanto, embora tenha caráter normativo vinculativo, ele vê a sua concretização fática depender do estabelecimento de regras organizativas e técnicas a ser estabelecidas pelo legislador¹²⁸.

E é então que chegamos à essência da questão. Tendo presente que a recolha de dados relativos à origem étnica e racial representa uma intromissão altamente delicada, quer na esfera da vida privada de cada indivíduo, quer na liberdade de definição e construção da sua identidade entendida no termos que explanamos supra no capítulo I, a solução que se assemelha mais cuidada, passaria pela participação dos indivíduos no processo de classificação e de construção das categorias, enquanto afirmação do respeito pelo direito à autodeterminação informacional.

É nesse sentido que parecem inclinar-se diversas instâncias internacionais. O Comité das Nações Unidas para a Eliminação da Discriminação Racial, demonstrou ser importante, numa recomendação de 1990, o reconhecimento de que a inclusão de um indivíduo num determinado grupo racial ou étnico deve ter por base a autoidentificação. Assim:

“O Comité para a Eliminação da Discriminação Racial, tendo considerado os relatórios dos Estados Parte relativos a informações sobre as formas pelas quais os indivíduos são identificados como sendo membros de um determinado grupo racial ou étnico ou grupos, entende que tal identificação, se não existir uma justificação em contrário, deve basear-se na autoidentificação pelo indivíduo em questão.”¹²⁹ [Tradução nossa]

Com respeito, em específico, às minorias nacionais, também o Conselho da Europa demonstrou ser fortemente a favor do princípio da autoidentificação, quando no artigo 3.º, n.º 1 da *Convenção Quadro para a Proteção das Minorias Nacionais*, explicitamente esclareceu que um indivíduo pertencente a uma minoria nacional tem o direito de escolher ser tratado naquela qualidade, sem que, no entanto, daí decorram quaisquer prejuízos.

¹²⁸ A este propósito cumpre lembrar que o RGPD procura fazer menção a essas regras em vários momentos do diploma, com destaque para a “privacy by design” (privacidade desde a conceção) e para a “privacy by default” (privacidade por defeito), assim como para a pseudonimização.

¹²⁹ Recomendação Geral VIII, 38.ª sessão, 1990, doc. da ONU A/45/18

A este propósito, o Comité Consultivo da Convenção Quadro para a Proteção das Minorias, pronunciou-se sobre a importância, na aplicação da Convenção, do respeito pela vontade de participação em questionários como os censos; chamou a atenção para o cuidado que deve ser tido na formulação da noção “minorias nacionais” (uma vez que, note-se, não há uma definição prevista em instrumento internacional¹³⁰) e da relevância de ser deixado ao indivíduo um espaço livre de identificação através do princípio da autoidentificação, deixando claro que apenas perguntas facultativas sobre a raça/etnia, refletiriam os princípios da Convenção Quadro¹³¹.

Convém ressaltar que o n.º 1 do artigo 3.º da Convenção não abre espaço para uma identificação arbitrária com uma determinada minoria nacional, exigindo que sejam verificados critérios objetivos que relevem para uma identificação feita naqueles termos¹³².

A Comissão Europeia contra o Racismo e a Intolerância (ECRI), órgão de monitorização especializado no combate ao racismo, xenofobia, discriminação racial, antissemitismo e intolerância, tem igualmente insistido, nas suas várias Recomendações Gerais de Políticas e Relatórios, que a recolha de dados étnicos deve obedecer a três princípios: confidencialidade, consentimento livre e esclarecido e autoidentificação voluntária¹³³.

No plano nacional, entre os países que procedem ou procederam à recolha de dados com esta natureza, dados da Comissão Europeia tratados por Lilla Farkas e publicados em 2017, explicitam como a autoidentificação tem sido o método preferencialmente utilizado, quer num plano coletivo, envolvendo os grupos na elaboração e determinação do modelo que o questionário deve seguir, quer num plano individual, isto é, no momento de resposta. Entre esses países é feita menção à Alemanha, Suécia, Irlanda, Bélgica, França e Países baixos¹³⁴.

¹³⁰ Neste sentido Julie Ringelheim e Olivier De Schutter, que fazem, porém, uma remissão para um entendimento quase geral de que por minoria nacional se deve entender um grupo não dominante, com características étnicas, religiosas ou linguísticas distintas do resto da população. Estes grupos, visivelmente em número inferior ao resto da população de um estado, partilham de um sentimento de solidariedade focado na preservação das suas distintas culturas, tradições, religião ou língua. Vide, Julie Ringelheim e Olivier De Schutter, *Ethnic monitoring. The processing of racial and ethnic data in anti-discrimination policies: reconciling the promotion of equality with privacy rights*, ob. cit., pp. 92-93

¹³¹ A título de exemplo, Quarta opinião sobre a Alemanha, do Comité Consultivo para a Convenção Quadro de Proteção das Minorias Nacionais, adotada a 19 de março de 2015, ACFC/OP/IV(2015)003, pp. 9-11; Quarta opinião sobre a Espanha, do Comité Consultivo para a Convenção Quadro de Proteção das Minorias Nacionais, adotada a 3 de dezembro de 2014, ACFC/OP/IV(2014)003, pp. 9-10; Quarta opinião sobre a Croácia, adotada a 18 de novembro de 2015, ACFC/OP/IV(2015)005rev, pp. 6-7; Quarta Opinião sobre a Itália, adotada a 19 de novembro de 2015, ACFC/OP/IV(2015)006, pp. 11-12.

¹³² Relatório Explicativo da Convenção Quadro para a proteção das minorias nacionais, § 35. Disponível online: <https://www.coe.int/en/web/minorities/text-of-the-convention>

¹³³ A título de exemplo, ver o Relatório da ECRI sobre Portugal, correspondente ao quinto ciclo de controlo, adotado a 19 de junho de 2018 e publicado a 2 de outubro de 2018, em especial, ver a constatação n.º 72, *in fine*.

¹³⁴ Lilla Farkas, *Analysis and comparative review of equality data collection practices in the European Union. Data collection in the field of ethnicity*, Direção Geral da Justiça e dos Consumidores, 2017, pp. 41-42

Na Alemanha, a Agência de Antidiscriminação (ADS) antes de empreender uma pesquisa sobre a experiência de comportamentos discriminatórios em 2015, levou a cabo consultas intensivas com Organizações Não Governamentais (ONG's), procurando que os indivíduos estivessem envolvidos não apenas no procedimento de gerar dados, como também no processo de construção dos conceitos do questionário¹³⁵.

Também na Suécia, as comunidades de ciganos, judeus, o povo sámi, sueco-finlandeses e tornedalers, as cinco minorias nacionais reconhecidas no país, integraram o processo de planeamento e condução de um estudo sobre a sua saúde, que teve lugar entre os anos de 2008 e 2010, organizado pela Autoridade de Saúde Pública, participando na fixação dos métodos que seriam utilizados com respeito aos diferentes grupos.

Os censos realizados em 2006, na Irlanda, trouxeram uma questão nova em que se interrogava o contexto étnico ou cultural de cada pessoa, e que beneficiou da consulta prévia e consequente aprovação do Comité Consultivo Nacional sobre Racismo e Interculturalismo, do organismo para a igualdade, da ONG Pavee Point e de outros departamentos governamentais relevantes.

No domínio do trabalho, o Centro Interfederal para a Igualdade de Oportunidades belga, com o fim de recolher dados sobre os migrantes, organizou duas consultas: uma destinada aos “flamengos”, habitantes da zona de Flandres, e a outra com a comunidade francófona do país. Ambas as comunidades sublinharam a importância da anonimidade dos dados.

Um estudo sobre experiências de discriminação sofridas pela comunidade muçulmana holandesa, fez incluir a participação de 475 mesquitas.

Por último, o caso francês. Embora este não seja o exemplo de um país que procede, pelo menos ao nível estadual¹³⁶, à recolha dos dados relativos à origem étnica ou racial, sabe-se que o Comité de Medição e Avaliação da Diversidade, o qual conta na sua formação com cientistas sociais que conduzem as alterações aos Censos, organizou audiências várias com populações minoritárias.

¹³⁵ *Experiências de Discriminação na Alemanha: Resultados iniciais de uma pesquisa representativa e levantamento das pessoas afetadas*, Agência Federal de Antidiscriminação, 2015. Disponível online em: http://www.antidiskriminierungsstelle.de/SharedDocs/Downloads/DE/publikationen/Umfragen/Handout_en_Umfrage_Diskriminierung_in_Dtschl_2015.pdf?__blob=publicationFile&v=3

¹³⁶ A este propósito veja-se: Patrick Simon, “The Choice of Ignorance: The Debate on Ethnic and Racial Statistics in France”, SIMON, P., S., PICHÉ V., GAGNON A. A. (eds), *Social Statistics and Ethnic Diversity. Cross National Perspectives in Classifications and Identity Politics*, [Em linha], IMISCOE Research, 2015, [Consult. 22 outubro 2018]. Disponível em: <https://link.springer.com/book/10.1007/978-3-319-20095-8>, pp. 65-85; David B. Oppenheimer, “Why France needs to collect data on racial identity – In a French way”, *Hastings International and Comparative Law Review*, [Em linha], Vol. 31, N.º 2, (2008), [Consult. 22 novembro 2018]. Disponível em: https://repository.uchastings.edu/hastings_international_comparative_law_review/vol31/iss2/7/, pp. 742-750

Ainda que a autora do estudo que vimos invocando, refira que as minorias étnicas ou raciais tendem a sentir algum desencorajamento por conta de eventuais comportamentos abusivos que possam advir da utilização dos dados, incluindo por parte das autoridades¹³⁷, podemos falar numa colaboração ativa e interessada daquelas.

A implementação do método da autoidentificação foi, de resto, uma linha orientadora que as Nações Unidas pretenderam incluir no percurso da recolha destes dados, e ficou, ela mesma, nítida nos *Princípios e Recomendações para os Censos sobre a População e a Habitação (Revisão 3) de 2020*:

“4.185.

A natureza subjetiva do termo (para não mencionar o aumento do casamento entre vários grupos em alguns países, por exemplo) requer que as informações sobre a etnia sejam adquiridas através de auto declaração de um entrevistado, assim como os entrevistados tenham a opção de indicar múltiplas afiliações étnicas.”¹³⁸ [Tradução nossa]

No mesmo sentido se pronunciou a Conferência sobre as Estatísticas Europeias de 2020¹³⁹, invocando a relevância do envolvimento dos diferentes grupos étnico-raciais no procedimento, por forma a promover a transparência, a igualdade de tratamento e uma melhor compreensão das razões que justificam a recolha dessas informações, qualificando o método da autoidentificação como o critério que mais se aproxima do direito de autodeterminação individual enquanto direito de o indivíduo decidir sobre questões essenciais da sua vida.

No fundo, a autoidentificação assegura-se-nos como o método mais apropriado, já que vai ao encontro da ideia de que o desenvolvimento e manifestação da identidade individual não pode ficar sob a chancela do Estado. Até porque, ninguém pode ser obrigado a viver em desarmonia com o que ele próprio considera ser, pessoalmente e identitariamente – é esta premissa, de resto, uma expressão do princípio de verdade pessoal que o direito à identidade pessoal dimana¹⁴⁰. É neste sentido, que alguns autores invocam a autodeterminação na condição

¹³⁷ Aqui falamos do atual perigo do “Ethnic Profiling”, ou em português, da construção de perfis com base na etnia ou raça, que merecerá tratamento no capítulo III.

¹³⁸ Princípios e Recomendações para os Censos sobre a População e a Habitação (Revisão 3), Nações Unidas, Nova Iorque, 2017, p. 205

¹³⁹ Conferência sobre as Estatísticas Europeias, Recomendações para os Recenseamentos Gerais da População e da Habitação de 2020, Nações Unidas, Nova Iorque e Genebra, 2015, Capítulo XII, pp. 148-150

¹⁴⁰ Jorge Miranda e Rui Medeiros, *Constituição Portuguesa Anotada*, ob. cit., p. 609

de cerne do direito à reserva de vida privada¹⁴¹. E, de facto, a privacidade, na qualidade de instrumento para a realização de outros bens¹⁴², parece garantir e proteger um espaço para a individualização e determinação do “Eu”. Ela tem por objeto a pessoa humana na sua singularidade¹⁴³ e implica o respeito pela dignidade, pela autonomia e pela integridade física e psíquica. A privacidade é promotora das condições em que um indivíduo pode criar um espaço de autoavaliação¹⁴⁴, desenvolver e manter a sua identidade, e nesse sentido, uma ameaça à privacidade, poderá culminar numa ameaça à identidade¹⁴⁵. Notado deste modo, o direito à privacidade ajuda a sustentar um espaço dentro do qual o indivíduo se constrói, e por isso, é mais do que um direito negativo materializado na expressão “*the right to be let alone*”. O que talvez possa significar que Louis Brandeis e Samuel Warren, quando em dezembro de 1890 publicavam na revista *Harvard Law Review*, um artigo onde definiam a “vida privada”¹⁴⁶ estavam a fazer muito mais do que afastar o olhar público de certos comportamentos pessoais; empreenderam o início da criação, no mundo jurídico, de um espaço de potencial desenvolvimento individual. Aliás, a *privacy* norte-americana, nesse sentido, parece ter evoluído a partir da célebre decisão do Supremo Tribunal – *Griswold c. Connecticut* – onde se deu a extensão da tutela do direito que passa a incluir não só a proteção da informação sobre a pessoa, mas também a liberdade individual¹⁴⁷.

Também Jed Rubenfeld, encontra na privacidade uma forma de proteção e afirmação da autonomia. Assim, concebe a privacidade numa perspetiva de direito de resistir ao poder coercivo e legislativo do Estado de fixar para os indivíduos papéis rígidos e individualizados. O direito à privacidade seria a liberdade de não ter o Estado a normatizar a identidade e personalidade de ninguém. Nega assim, a ideia de uma identidade pré dada¹⁴⁸.

Ao longo da passagem natural do tempo, o direito ao livre desenvolvimento da personalidade tem evoluído com o concomitante desenvolvimento de uma maior sensibilidade do indivíduo no que à sua esfera privada diz respeito. Ora, esta perspetiva histórica reforça o entendimento

¹⁴¹ Ver por exemplo, Jonathan Kahn, “Privacy as a Legal Principle of Identity Maintenance”, *Seton Hall Law Review*, Vol. 33, Iss. 2, Article 3, 2003, pp. 371-410

¹⁴² Paulo Mota Pinto, *O direito à reserva sobre a intimidade da vida privada*, ob. cit., p. 509

¹⁴³ Luísa Neto, *Novos direitos ou novo[s] objecto[s] para o direito?*, ob. cit., p. 69

¹⁴⁴ Paulo Mota Pinto, *O direito à reserva sobre a intimidade da vida privada*, ob. cit., p. 509

¹⁴⁵ Jonathan Kahn, “Privacy as a Legal Principle of Identity Maintenance”, ob. cit., pp. 381-382

¹⁴⁶ Samuel Warren e Louis Brandeis, “The Right to Privacy”, *Harvard Law Review*, Vol. 4, n.º 5, 15 de dezembro de 1890, pp. 193-220. Disponível em: www.jstor.org/stable/1321160

¹⁴⁷ Paulo Mota Pinto, *O direito à reserva sobre a intimidade da vida privada*, ob. cit., p. 512-516

¹⁴⁸ Jed Rubenfeld, “The Right of Privacy”, *Harvard Law Review*, [Em linha], Vol. 102, Nº 4, fevereiro de 1989, pp. 737-807, [Consult. 10 fevereiro de 2019], Disponível em: https://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/1569/

de que o método da autoidentificação, refletor do princípio da autodeterminação, é o que melhor concretiza o direito de reserva da vida privada. Mas ser aquele que melhor concretiza, não significa o mesmo que não possuir insuficiências.

Se é verdade podermos afirmar que o método da autoidentificação é o que melhor se coaduna com os direitos do livre desenvolvimento da personalidade, o direito à identidade, o direito à autodeterminação informacional e o direito à reserva de vida privada, compete-nos reconhecer que ele possui algumas limitações¹⁴⁹. Julie Ringelheim corrobora as insuficiências do método afirmando que os indivíduos poderão não querer identificar-se com uma minoria por duas razões: entendem que a identificação com determinado grupo não reflete a sua identidade, ou, temem que o reconhecimento de uma determinada comunidade como sendo aquela de que faz parte, o colocará em risco de discriminação¹⁵⁰. A estas razões soma-se a dificuldade técnica em definir categorias capazes de respeitar a fluidez do conceito de identidade, que é, por natureza, um conceito líquido, que varia ao longo do tempo e do espaço, conforme o contexto social e político. É no fundo um dilema que obriga a ponderar como pode ser atenuada a tensão entre o respeito pelos sentimentos pessoais de identidade e a criação de um modelo de categorização eficaz para os propósitos de edificação de políticas públicas de combate à discriminação. Afinal, os registos administrativos, que fazem uso de modelos estatísticos, requerem categorias claras, estáveis e objetivas que permitam fazer, ao longo do tempo, análises e comparações¹⁵¹.

Uma outra limitação que a autoidentificação enfrenta são as falsas autoidentificações. São os casos em que um indivíduo se identifica com uma determinada categoria, ainda que saiba não ter qualquer relação, para efeitos de benefício de um programa ou política pública¹⁵².

¹⁴⁹ Disso nos dão conta os seguintes autores, Patrick Simon, *Ethnic Statistics and Data Protection in the Council of Europe Countries – Study Report*, ECRI, Concelho da Europa, Estrasburgo, 2007. Disponível em: <https://ec.europa.eu/migrant-integration/librarydoc/ethnic-statistics-and-data-protection-in-the-council-of-europe-countries-a-study-report>; Julie Ringelheim, *Minority Protection, Data Collection and the Right to Privacy*, European Yearbook of Minority, [Em linha], Vol. 6, Iss. 1, (2008), pp. 51-77, [Consult. 22 outubro 2018]. Disponível em: <https://doi.org/10.1163/22116117-90001602>, pp. 69-76; Julie Ringelheim, Olivier De Schutter, *Ethnic monitoring. The processing of racial and ethnic data in anti-discrimination policies: reconciling the promotion of equality with privacy rights*, ob. cit., pp. 135-146.

¹⁵⁰ Julie Ringelheim, *Minority Protection, Data Collection and the Right to Privacy*, ob. cit., pp. 69-70. É o caso da comunidade cigana, como faz notar a autora, acerca dos quais se estima que, nos países da Europa Central e Oriental, os dados do recenseamento não ofereçam uma representação verídica do volume populacional.

¹⁵¹ Julie Ringelheim, Olivier De Schutter, *Ethnic monitoring. The processing of racial and ethnic data in anti-discrimination policies: reconciling the promotion of equality with privacy rights*, ob. cit., p. 134-137

¹⁵² Fazemos referência ao sucedido na Hungria, por força de uma lacuna da lei sobre os direitos das minorias nacionais e étnicas de 1993 que, reconhecendo a existência de 13 minorias, autorizava a constituição de governos locais ou nacionais com o objetivo central de promover as suas próprias tradições e culturas. Porém, a não fixação de um critério que obrigasse que os candidatos às eleições para os tais governos a autoidentificar-se como pertencentes a uma daquelas minorias, conduziu à inusitada participação na corrida às eleições, de um indivíduo que não pertencia a nenhuma minoria. Em 2005, porém, a lei foi alterada, obrigando os candidatos a fazerem-se

Tido por verdade que os dados recolhidos, são-no, com a finalidade de preservar e promover a identidade cultural e criar adequadas políticas anti discriminatórias, o método da autoidentificação padece por insuficiência. É que, sendo o fenómeno discriminatório um comportamento externo que permeia a sociedade ao nível individual e institucional, a autoidentificação dá-nos tão-só uma perspetiva pessoal. Ora, detetar a discriminação e promover a igualdade não se basta com a forma como as pessoas se percebem; implica que haja uma perceção da forma como somos percebidos pelos outros. Não admira, por isso, que existam autores que falem na necessidade de trazer para os questionários que procedem à recolha dos dados, duas perguntas: uma que questione sobre a identidade individual, isto é, no fundo a utilização do método de autoidentificação, e, por outro lado, uma outra que interroge a identidade social, ou seja, a identidade que ela pensa que a sociedade como um todo lhe atribuiria¹⁵³.

Tal adoção significaria compreender que a identidade do indivíduo não está isolada, mas antes entrelaçada em identidades coletivas, cujo conteúdo só se vislumbra possível de se formar numa rede cultural, livre de apropriações. Onde seja possível conhecer, comunicar e promover a própria diversidade.

A importância do reconhecimento não deixa marcas da sua existência apenas no plano íntimo, mas também no plano social. Sempre assim o foi¹⁵⁴. Assim, a decisão de recolher dados sobre uma identidade coletiva, implicará uma análise e estudo também das nossas reações dialógicas com os outros¹⁵⁵, do guião social que se vai definindo.

Podemos afirmar hoje, que raça e etnia não têm assento em qualquer verdade biológica. São construções sociais, umas vezes utilizadas para o bem, mas vezes há, em que utilizadas para o mal. O indivíduo, encerrando em si o poder de autonomamente se construir, será sempre aquele

apresentar por uma organização da sociedade civil minoritária que já existisse há pelo menos três anos. Vide, Julie Ringelheim, *Minority Protection, Data Collection and the Right to Privacy*, ob. cit., pp. 70-71

Outros casos de uso indevido do método da autoidentificação são, por exemplo, o dos irmãos Malone, ou ainda do Professor da Universidade do Colorado, Ward Churchill, vide, Tseming Yang, “Choice and Fraud in Racial Identification: The Dilemma of Policing Race in Affirmative Action, the Census, and a Color-Blind Society”, *Michigan Journal of Race and Law*, [Em linha], Vol. 11, Iss. 2, (2006), [Consult. 22 outubro 2018]. Disponível na Internet: <https://repository.law.umich.edu/mjrl/vol11/iss2/3>; pp. 367-372

¹⁵³ É o caso de Nancy Denton, vide, Nancy A. Denton, “Racial Identity and Census Categories: Can Incorrect Categories Yield Correct Information”, *Law & Inequality: A Journal of Theory and Practice*, [Em linha], Vol. 15, Iss. 1, Article 4, (1997), pp. 83-97, [Consult. 21 de outubro de 2018]. Disponível em: <http://scholarship.law.umn.edu/lawineq/vol15/iss1/4>; pp. 92-96

¹⁵⁴ No passado esta forma de dependência da sociedade, espelhava-se na “honra”; hoje, espelha-se na palavra “identidade” e “dignidade”. Vide, Charles Taylor, [et al.], *Multiculturalismo: examinando a política de reconhecimento*, ob. cit., p. 47 e p. 55

¹⁵⁵ Charles Taylor, [et al.], *Multiculturalismo: examinando a política de reconhecimento*, ob. cit., pp. 54-55

que se encontra em melhores condições de interpretar e definir os seus sentimentos de identidade, ou, de livremente não o fazer.

Admitindo, contudo, que existam critérios distintos daquele que encontra fundamento na autoidentificação, e que este é insuficiente por si só para fornecer dados apropriados à formulação de políticas eficientes de combate à discriminação, nunca se poderá olvidar que são devidas a todas as pessoas, uma explicitação clara das razões pelas quais se pretende recolher dados com tal sensibilidade, a liberdade de ação que elas possuem (de consentir ou não a recolha e de participar no processamento), e um esclarecimento sobre a forma como as autoridades públicas ou privadas, farão uso desses dados. Na definição do melhor critério, ou conjugação de vários, não deverá escapar a certeza de que a proteção da identidade dos indivíduos e a eliminação da discriminação, não poderão tomar-se como finalidades sérias, conquanto não haja o envolvimento de todos, maiorias e minorias, visto todos serem igualmente étnicos.

2. Entidades com interesse em recolher os dados e os distintos métodos de recolha

Os princípios que regem o tratamento de dados pessoais, previstos no RGPD, são aplicáveis quer entre as entidades públicas, quer entre as entidades privadas. Aliás, a circunstância de a recolha destes dados implicar um jogo de tutela e de ponderação do funcionamento de certos direitos fundamentais, conduz-nos ao facto constitucional de que, ao abrigo do n.º 1 do artigo 18.º da CRP, esses direitos são diretamente aplicáveis vinculando as entidades públicas e as entidades privadas. É natural, portanto, que estando em jogo estes direitos, a proteção dos dados pessoais se faça perante os dois modelos de entidades.

Na realidade podem ser várias as entidades interessadas em fazer uma análise estatística daqueles dados. As mais comuns parecem ser as autoridades públicas, que com vista à produção de estatísticas oficiais se fazem servir particularmente de recenseamentos, inquéritos por amostragem e registos administrativos. Pode, ainda no âmbito do setor público, existir um sistema de monitoramento da igualdade que procede à recolha dos dados no seio das instituições públicas para analisar eventuais práticas discriminatórias que aí possam ocorrer, e, registar o progresso atingido em matéria de igualdade de oportunidades¹⁵⁶.

¹⁵⁶ Sistemas de Monitoramento da Igualdade podemos encontrar na administração pública da região da Flandres na (Bélgica), no serviço de polícia da Irlanda do Norte, e num grande número de autoridades públicas da Inglaterra, Vide, Julie Ringelheim, Olivier De Schutter, *Ethnic monitoring. The processing of racial and ethnic data in anti-discrimination policies: reconciling the promotion of equality with privacy rights*, ob. cit., p. 44

Reconhece-se também o interesse em recolher estes dados por parte de agências estatísticas. O estudo de Lilla Farkas que vimos citando, percebe-se que nas várias pesquisas realizadas e que envolvem atividade estatística, está presente a recolha de dados que fazem referência aos conceitos de origem racial e étnica. É o caso do Inquérito às Forças de Trabalho da União Europeia (*Labour Force Survey* – LFS) realizado pelo Eurostat (Gabinete de Estatísticas da União Europeia), das Estatísticas da União Europeia sobre o Rendimento e as Condições de Vida (EU-SILC) igualmente conduzido pelo Eurostat, do *European Social Survey* (ESS), do *European Health Interview Survey* (EHIS), do Eurobarómetro e do *European Minorities and Discrimination Survey* (EU-MIDIS)¹⁵⁷.

No âmbito de trabalhos de investigação será de admitir também que exista um interesse em efetuar uma abordagem estatística ao fenómeno discriminatório.

Entre as entidades empregadoras, a tarefa de recolher dados sobre a origem dos funcionários não é nova. Os objetivos devem ser os de adotar planos de igualdade, e, garantir uma monitorização, ainda que se admita igualmente a utilização desses dados como meio de defesa (quer por parte da entidade empregadora, quer por parte do indivíduo que se sente discriminado) no decorrer de uma ação judicial que tenha por fundamento uma alegada discriminação indireta¹⁵⁸.

Por último, cabe referir as ONG's que, implicitamente à sua natureza, carregam a missão de tornar públicas práticas discriminatórias e/ou criar material que possa acabar por auxiliar a prova daquelas práticas¹⁵⁹.

Identificar as partes interessadas em recolher os dados relativos à origem étnica e racial e expor os métodos de recolha, põe a descoberto a sobreposição que entre elas se desenha. Assim, podemos admitir que o método de recolha utilizado irá sempre encontrar relação com a natureza da entidade que pretende fazer a recolha e com os seus objetivos. Será comum, se autoridades públicas utilizarem métodos que assentem em questionários direcionados ou ao público em geral, ou, a uma amostra da população que apresente um conjunto específico de características (*e.g.* Recenseamento, inquéritos por amostragem, registos administrativos). Entre as entidades empregadoras, o inquérito é também o método mais comum e apropriado aos fins.

¹⁵⁷ Lilla Farkas, *Analysis and comparative review of equality data collection practices in the European Union. Data collection in the field of ethnicity*, ob. cit., pp. 10-11 e pp. 16-19

¹⁵⁸ Julie Ringelheim, Olivier De Schutter, *Ethnic monitoring. The processing of racial and ethnic data in anti-discrimination policies: reconciling the promotion of equality with privacy rights*, ob. cit., pp. 25-36 e 44

¹⁵⁹ *Ibidem*, p. 44

Quanto aos investigadores, agências estatísticas, ONG's e órgãos responsáveis pelo controlo da igualdade, os inquéritos, entrevistas e o método conhecido por “*situation testing*”, contam-se como os mais utilizados. É, *inclusive*, frequente entre investigadores e órgãos responsáveis pelo controlo da igualdade, a utilização de dados já recolhidos por autoridades públicas – esta prática reconhecida como “recolha de dados secundários”, pretende fazer referência à recolha de dados que estiveram, em momento anterior, na posse de alguma outra entidade (*e.g.* consulta de censos e registos administrativos)¹⁶⁰. Casos destes, pelo perigo que representam não poderão ocorrer sem a autorização de um órgão específico e, estão, geralmente sujeitas a condições restritas¹⁶¹.

O método do “*situation testing*” é o menos utilizado, uma vez que nem todas as jurisdições o permitem. Ainda assim, a Agência da União Europeia para os Direitos Fundamentais afirma ter havido um uso mais frequente deste por parte dos Estados-Membros – assim, o método é aceite como evidência nos tribunais da Bélgica, República Checa, Finlândia, França, Hungria, Holanda e Suécia¹⁶² – até porque ele é visto como uma alternativa em situações particulares aos inquéritos, cujo custo é superior. Esta forma de medição da discriminação consiste numa espécie de experiência social, em que dois ou mais indivíduos, selecionados por possuírem específicas características, são confrontados com determinadas situações (*e.g.* uma entrevista de emprego), a fim de determinar a existência de práticas discriminatórias¹⁶³. O método não é, todavia, visto com bons olhos por todos, havendo especialistas que o classificam de pouco ético¹⁶⁴.

Indiferentes à entidade ou ao específico método de recolha que possa ser utilizado, ambos (entidade e método de recolha) não deverão ficar alheios, no momento de atuação, à finalidade que legitima o exercício de recolha, a certeza de que não se trata de validar o Outro, mas antes de o reconhecer. Pois dificilmente se valida, aquilo que já é válido.

¹⁶⁰ Ibidem, p. 48; Timo Makkonen, *Measuring Discrimination. Data Collection and European Union Equality Law*, ob. cit., p. 14

¹⁶¹ Julie Ringelheim, Olivier De Schutter, *Ethnic monitoring. The processing of racial and ethnic data in anti-discrimination policies: reconciling the promotion of equality with privacy rights*, ob. cit., p. 45

¹⁶² Ver *Fundamental Rights Report 2018*, acedido a 3 de Setembro de 2019, disponível em: https://fra.europa.eu/sites/default/files/fra_uploads/fra-2018-fundamental-rights-report-2018_en.pdf, pp. 63-64

¹⁶³ Timo Makkonen, *Measuring Discrimination. Data Collection and European Union Equality Law*, ob. cit., pp. 30-31

¹⁶⁴ Timo Makkonen, Niklas Reuter, Olli Oosi, *Study on Data Collection to Measure the Extent, and Impact of Discrimination in Europe*, Comissão Europeia, 7 de dezembro de 2004, p. 24

3. Métodos de classificação e construção de categorias

A decisão de recolher dados relativos à origem étnica e racial implicará o natural aparecimento de questões complexas, desprovidas de resposta exata, que reclamam uma ponderação sensível.

A primeira dessas questões relaciona-se com as categorias nas quais os indivíduos serão incluídos no momento exato da recolha. Já deixámos explicadas as complicações que os próprios conceitos carregam – a transversalidade, fluidez, ambiguidade, recorte ideológico social – e, portanto, a tentativa de criar categorias onde se possa encaixar um sem fim de diversidade, faz parecer, à primeira vista, uma tarefa impraticável do ponto de vista pragmático, e, talvez, pouco razoável na senda da eventual possibilidade de ferir a liberdade de ação do sujeito autónomo dotado de autodeterminação decisória (e, portanto, livre na formação da sua personalidade), bem como de ferir o seu direito de personalidade garantidor da integridade da esfera jurídico-pessoal – falámos, portanto, do perigo para o pleno exercício e fruição do direito ao livre desenvolvimento da personalidade¹⁶⁵.

E, portanto, a hipótese de construção de categorias implica o dever de atender à historicidade e tradição de cada Estado e ao contexto social. Se existem países que sempre se observaram como Estados abertos à imigração, outros há que não se percebem como integradores de histórias e culturas estrangeiras. Isto posto, note-se, por exemplo, que a utilização da palavra raça não é bem-recebida em todos os contextos. Sabe-se que no Reino Unido e nos Estados Unidos da América, o uso de linguagem "racial" é comum e faz-se presente quer ao nível da legislação, quer no conjunto do vocabulário do quotidiano¹⁶⁶. Mas esta realidade distancia-se da de outros estados onde se julga inapropriado o uso de linguagem "racial" na comunicação quotidiana dos indivíduos entre si, e, por arrasto, porque o Direito se encontra em permanente interligação com o contexto social, também no ordenamento jurídico – é o caso da Áustria, Finlândia, Alemanha e Suécia¹⁶⁷.

A segunda dificuldade, prende-se com a urgente relevância em obstruir uma eventual arbitrariedade estadual, um paternalismo indesejado, na determinação de quem se encaixa em que categoria. Isto é, a importância do estabelecimento de critérios, com base nos quais, os

¹⁶⁵ A respeito do sentido e alcance do direito ao desenvolvimento da personalidade, vide, José Gomes Canotilho e Vital Moreira, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, ob. cit., pp. 463-465

¹⁶⁶ Julie Ringelheim, Olivier De Schutter, *Ethnic monitoring. The processing of racial and ethnic data in anti-discrimination policies: reconciling the promotion of equality with privacy rights*, ob. cit., p. 91

¹⁶⁷ Timo Makkonen, *Measuring Discrimination. Data Collection and European Union Equality Law*, ob. cit., p. 74

indivíduos devem ser classificados. Até então, a literatura tem registado quatro métodos distintos de classificação¹⁶⁸.

O primeiro método propõe que sejam os indivíduos a declarar por que grupo reconhecem que uma parte da sua identidade nutre um sentimento claro de pertença. É o então, já referido por nós, princípio da autoidentificação, mais comumente usado em questionários tais como os censos, e noutros que servem idênticos propósitos. Este método de identificação é realizado, geralmente, a partir de um segmento de categorias pré-estabelecido que poderá abrir espaço a uma resposta livre, de forma a que seja mencionada uma categoria que se encontre, na opinião do perguntado, ausente da lista previamente estabelecida. Os seus limites já por nós conhecidos, aconselham que ele se faça acompanhar por outro método, ou, que seja repensado. De qualquer forma, na sua génese encontramos a intenção de que seja respeitada a autoidentificação e a autodeterminação cultural individual, pelo que este método se faz apresentar como o melhor de entre os restantes.

Uma segunda abordagem à tarefa de classificação envolveria que a identificação fosse efetuada por um terceiro, que não os membros da sua comunidade, com base na aparência física. Seria redundar a diversidade étnica e racial a um plano biológico, e ainda que facilitasse a compreensão de fenómenos e estereótipos suporte de comportamentos discriminatórios, sozinho, este método em nada contribuiria para reproduzir uma imagem fiel da diversidade real.

Um outro método implica que sejam os membros da comunidade a identificar o indivíduo – isto significa que o reconhecimento da sua identidade coletiva estaria dependente da aprovação de terceiro que já se acha parte dessa identidade¹⁶⁹. Perder-se-ia também aqui, o elemento pessoal de autenticidade autodescoberta e percebida.

O último método destacado, utiliza uma terceira parte para efetuar a classificação usando critérios objetivos: a tarefa de atribuir uma categoria a uma pessoa acarretaria assim que se atentasse a indicadores tais como o país de nascimento, a nacionalidade dos pais, a língua

¹⁶⁸ Veja-se entre todos, Christopher A. Ford, “Administering Identity: The Determination of Race in Race-Conscious Law”, *California Law Review*, vol. 82, Issue 5, 1994, pp. 1231-1285, em especial pp. 1239-1240; Simon P., *Comparative Study on the Collection of Data to Measure the Extent and Impact of Discrimination within the United States, Canada, Australia, Great-Britain and the Netherland*, Medis Project, European Commission, DG Employment, Social Affairs and Equal Opportunities, 2004, pp. 35-38; 59. Julie Ringelheim, *Minority Protection, Data Collection and the Right to Privacy*, ob. cit., p. 67; Julie Ringelheim, Olivier De Schutter, *Ethnic monitoring. The processing of racial and ethnic data in anti-discrimination policies: reconciling the promotion of equality with privacy rights*, ob. cit., pp. 91-92; Timo Makkonen, *European handbook on equality data - 2016 revision*, Directorate-General for Justice and Consumers, dezembro 2016, pp. 38-39.

¹⁶⁹ Este é um método usado nos Estados Unidos da América para classificar os índios americanos em tribos 'reconhecidas pelo governo' para fins de Lei dos EUA e tribais tribais, vide Julie Ringelheim, Olivier De Schutter, *Ethnic monitoring. The processing of racial and ethnic data in anti-discrimination policies: reconciling the promotion of equality with privacy rights*, ob. cit., p. 92

falada. Porque permite uma avaliação com base em elementos exatos, dotados de alguma objetividade, excluindo um sentimento de pertença próprio, revela-se incapaz de concretizar o ideal de autorrealização e de pôr em evidência o ideal de autenticidade, reflexão identitária que cada um deve fazer de si.

Do ponto de vista democrático o método de classificação selecionado deverá transmitir o objetivo primordial da recolha: a vontade de respeitar e não de reprimir as diferentes identidades étnicas, atribuindo ao indivíduo o direito de determinar como quer ser identificado e encorajando o reconhecimento de todas as nossas particularidades étnicas, enquanto parte fortemente constitutiva da nossa identidade.

Capítulo III – As implicações do processamento e da recolha dos dados relativos à origem étnica e racial

*"[1] As estatísticas por categorias étnicas são questionáveis e perigosas porque estigmatizam as pessoas e podem fomentar atitudes xenófobas ou racistas. [2] Estatísticas por categoria étnica são necessárias para combater a discriminação."*¹⁷⁰

1. Compreendendo a recolha e o processamento dos dados atinentes à ‘origem étnica e racial’ na qualidade de ferramenta de combate à discriminação

1.1. Discriminação e Caracterização étnica: estereótipo ou identidade?

Raça e etnia, ou, origem racial e origem étnica, são construções sociais que incidem sobre vulnerabilidades específicas. Essas vulnerabilidades, por consequência, são também socialmente construídas.

E, portanto, não convém descurar que, a par da ótica dada pelas Ciências Jurídicas e pelas Ciências Sociais, existe uma realidade social, inevitável, que cobre um tempo, um espaço e uma variedade de componentes, e que se constrói separada daquelas ciências. Que se forma através de fatores internos e externos ao indivíduo – são as imagens da realidade social, que dão forma, segundo afirmava Walter Lippmann¹⁷¹ em 1922, aquando da publicação da obra “Public Opinion”, ao conceito “estereótipo”, inaugurando assim a utilização do termo no seio dos estudos empreendidos pelas ciências sociais¹⁷². “Rígidos”, “subjetivos”, “guias” e “inevitáveis”, assim caracterizados, os estereótipos sociais foram objeto de estudo primeiramente nos Estados Unidos da América, dado o grande fluxo migratório de grupos de origem asiática e europeia¹⁷³. Os investigadores procuraram então, a partir da década de 20, medir as atitudes dos indivíduos perante as diversas minorias raciais e étnicas. Um primeiro

¹⁷⁰ Laurent Thévenot, *Droit et Bonnes Pratiques Statistiques en Matière de Discrimination, Jalons historiques d'un questionnement sur les origines*, Comunicação nas Jornadas da História da Estatística, INSEE, 15/16 de fevereiro de 2006, p. 2

¹⁷¹ “For most part we do not first see, and then define, we define first and then see. In the great blooming, buzzing confusion of the outer world we pick out what our culture has already defined for us, and we tend to perceive that which we have picked out in the form stereotyped for us by our culture.”, citação de Walter Lippmann, *Public Opinion*, Nova Iorque: Free Press, 1961

¹⁷² Rosa Cabecinhas, “Estereótipos sociais, processos cognitivos e normas sociais” in *Etnicidade, nacionalismo e racismo: migrações, minorias étnicas e contextos escolares*, org. Manuel Carlos Silva, José Manuel Sobral, Porto, Edições Afrontamento, 2012, p. 151;

¹⁷³ *Ibidem*, p. 154

estudo¹⁷⁴ sobre as atitudes raciais dos americanos, do sociólogo Bogardus, revelou a presença de uma hierarquização social de grupos, caracterizada por uma premente rejeição dos grupos de origem asiática e africana. Nos anos 30, tornou-se evidente a diferença¹⁷⁵ entre a tolerância num nível comportamental e a intolerância ao nível atitudinal, bem como o caráter normativo da discriminação racial. É nesta década que alguns autores, tais como Katz e Braly, passam a fazer uma interpretação dos estereótipos na qualidade de crenças transmitidas pelos agentes de socialização, sustentando a ausência do conhecimento “real” dos membros dos grupos, como causa para a classificação dos estereótipos na qualidade de fenómeno sociocultural.¹⁷⁶

Todavia, após a II Guerra Mundial, diversos estudos operados nos Estados Unidos e na Europa, evidenciaram uma atenuação dos estereótipos, encontrando na feição mais tolerante que caracterizou a sociedade num momento de paz, uma justificação¹⁷⁷. Não obstante, esta tendência não se demonstrou nem totalmente genuína, nem duradoura, tendo sido efetivamente interpretada pelos autores como um processo de restauração de estereótipos. Isto é, com o fim da segregação nos Estados Unidos da América (*Act of Civil Rights*, 1968) e o movimento caracterizado pelo orgulho na pertença racial (conhecido pelo *Black Power* ou poder negro), houve um crescendo sentimento de “ameaça” entre os euro-americanos face àquela minoria que se via agora capaz de ocupar lugares, até então, exclusivos da maioria. E, portanto, as clivagens já então existentes, surgiram agora com uma nova expressão. Foram vários os autores que salientaram a distinção entre o estereótipo pessoal (fenómeno psicológico) e o estereótipo social (fenómeno cultural), procurando explicar, em parte, o conteúdo dos “novos estereótipos”. Ainda que tenha havido uma suavização do sentido dado à linguagem utilizada, também em razão do desenvolvimento progressivo de normas sociais contra as formas tradicionais de exprimir o racismo, tal como muitos autores parecem acreditar¹⁷⁸, o preconceito manteve-se presente. Não o sendo na forma de um preconceito flagrante (“*blatant prejudice*”), seria sob a forma de um preconceito subtil (“*subtle prejudice*”), que Pettigrew e Meertens caracterizaram

¹⁷⁴ Emory S. Bogardus, *Immigration and Race attitudes*, Boston: Heath, 1928, pp. 13-30. Disponível em: <https://catalog.hathitrust.org/Record/001151957>

¹⁷⁵ Destaque para o estudo realizado por LaPiere sobre o preconceito racial, o qual consistia na observação das reações dos funcionários de diversos estabelecimentos hoteleiros americanos, perante a receção de um casal de pessoas com origem chinesa. Os registos do estudo concluíram que, quando apresentados presencialmente, os estabelecimentos não negavam o acesso aos mesmos; porém, por atendimento telefónico, rejeitavam a estadia do casal. Também era frequente a presença, nos hotéis, de um aviso com a seguinte mensagem: “Proibida entrada a cães e a chineses.”

¹⁷⁶ Rosa Cabecinhas, “Estereótipos sociais, processos cognitivos e normas sociais”, ob. cit., pp. 155-156

¹⁷⁷ Ibidem, p. 157-160

¹⁷⁸ No caso, os autores Pettigrew e Meertens, vide, Rosa Cabecinhas, “Estereótipos sociais, processos cognitivos e normas sociais”, ob. cit., pp. 160-161

como sendo quente, próximo e direto (no caso do primeiro) e sofisticado, distante e indireto (no segundo caso)¹⁷⁹. Não deixam, no entanto, de serem ambos expressão e desenvolvimento do mesmo fenómeno – o estereótipo.

Assim, sempre que a raça e a etnia sejam utilizadas como ferramenta para sustentar um determinado sistema de valores e *statu quo* dos indivíduos, ambas as expressões servirão o papel de estereótipos socialmente pejorativos¹⁸⁰. Uma artimanha encontrada por quem teme perder uma posição de poder¹⁸¹. Sendo preconceções acerca de particularidades, papéis e características de grupos de indivíduos, independentemente da realidade fática que os faz “ser” e envolve¹⁸², é certo que os estereótipos, sendo mais amplos que o preconceito¹⁸³, albergam não apenas uma visão padrão negativa em relação a um determinado grupo, mas também uma visão padrão positiva (*e.g.* mulheres afro-americanas são boas dançarinas), podendo *inclusive*, incluírem em simultâneo, reações negativas e positivas (estereótipos ambivalentes)¹⁸⁴. Ainda assim, também os estereótipos supostamente positivos acabam por aprisionar esses indivíduos em papéis, funções e comportamentos que poderão não os identificar e que se arrastam, consciente ou inconscientemente, ao longo do tempo¹⁸⁵. Recolher dados sobre a pertença étnica e racial, sustentando que “raça” e “etnia” não são apenas expressões utilizadas para alimentar o preconceito, e entendê-las enquanto categorias que albergam um conjunto de sentidos – estereótipos positivos e negativos – poderá ajudar a construir uma estrutura de análise ampla e crítica que perceba a dimensão da diversidade que é/poderá ser alvo de práticas discriminatórias, e estude a melhor forma de ação do Estado para responder a estas necessidades que resultam do imperativo da igualdade. São os estereótipos negativos, o fundamento do racismo que Rosa Cabecinhas define num sentido estrito como “doutrina, dogma, ideologia ou conjunto de crenças”, e, num sentido mais lato, “como conceito que envolve também o preconceito e comportamentos discriminatórios.”¹⁸⁶. De entre as várias ideologias¹⁸⁷ que o

¹⁷⁹ Ibidem, p. 161

¹⁸⁰ Rosa Cabecinhas, “Processos cognitivos, cultura e estereótipos sociais”, in Atas do II Congresso Ibérico de Ciências da Comunicação, Universidade da Beira Interior, Covilhã, 2004, pp. 21-24, p.6

¹⁸¹ Alexandra Timmer, “Gender stereotyping in the case law of the EU court of justice”, *European Equality Law Review*, 1, 2016, pp. 37-46, p. 39

¹⁸² Ibidem, pp. 37-38

¹⁸³ Mathias Möschel, “Racial stereotypes and human rights”, Eva Brems/Alexandra Timmer (eds), *Stereotypes and Human Rights Law*, Cambridge/United Kingdom, Intersentia, 2016, p. 120

¹⁸⁴ Alexandra Timmer, “Gender stereotyping in the case law of the EU court of justice”, ob. cit., p. 38

¹⁸⁵ Alexandra Timmer, “Gender stereotyping in the case law of the EU court of justice”, ob. cit., p. 38 e p. 120

¹⁸⁶ Rosa Cabecinhas, *Preto e Branco: a naturalização da discriminação racial*, 1.ª ed., Vila Nova de Famalicão, Campo das Letras, 2007, disponível online em: <http://repositorium.sdum.uminho.pt/handle/1822/37335>, p. 23

¹⁸⁷ Ideologia no sentido que lhe dá Hannah Arendt “a ideologia difere da simples opinião na medida em que se pretende detentora da chave da história e em que julga poder apresentar a solução dos «enigmas do universo» e

Homem ousou criar, apenas duas sobreviveram à força da persuasão racional: a ideologia que interpreta a história como uma luta económica de classes e a ideologia que interpreta a história como uma luta natural entre raças¹⁸⁸. Ora, no que diz respeito a esta última, ela encontrou a força da sua persuasão não em factos científicos (como já tivemos oportunidade de ver a raça não encontra fundamentação genética ou taxonómica), nem em leis históricas, mas antes em experiências, desejos ou necessidades imediatas conservadas como arma política¹⁸⁹. Por isso, dada a perigosa natureza da ideologia, o legislador democrático do Estado Social deve estar sempre atento às diferenças reais existentes entre os indivíduos, procurando proteger todas as dimensões da igualdade.

Nestes termos, a discriminação assente em motivos de origem racial ou étnica não só é proibida pela Diretiva 2000/43/CE, como também, pelo Protocolo n.º 12 à CEDH que contém uma proibição de discriminação global¹⁹⁰. Na ordem jurídica portuguesa, a proibição encontra-se expressa no artigo 13.º, em especial no seu n.º 2 da CRP, é punível nos termos do artigo 240.º do Código Penal¹⁹¹ e de acordo com o prescrito pela Lei n.º 93/2017 de 23 de agosto que estabelece o regime jurídico da prevenção, da proibição e do combate à discriminação¹⁹². Aliás, salientámos a utilidade que acrescenta a parte final do n.º 1 do artigo 26.º da CRP, “(...) e à

dominar o conhecimento íntimo das leis universais «ocultas», que supostamente regem a natureza e o homem.”, vide Hannah Arendt, *As origens do totalitarismo*, 2.ª edição, Lisboa, Publicações Dom Quixote, 2006, p. 208

¹⁸⁸ Hannah Arendt, *As origens do totalitarismo*, ob. cit., p. 208

¹⁸⁹ Ibidem, p. 209

¹⁹⁰ Ratificado pelo Estado Português em 16 de janeiro de 2017, tendo entrado em vigor no país no dia 1 de maio de 2017.

¹⁹¹ Vale a pena citar o preceito:

“Artigo 240.º

1 - Quem:

a) Fundar ou constituir organização ou desenvolver atividades de propaganda organizada que incitem à discriminação, ao ódio ou à violência contra pessoa ou grupo de pessoas por causa da sua raça, cor, origem étnica ou nacional, ascendência, religião, sexo, orientação sexual, identidade de género ou deficiência física ou psíquica, ou que a encorajem; ou

b) Participar na organização ou nas actividades referidas na alínea anterior ou lhes prestar assistência, incluindo o seu financiamento;

é punido com pena de prisão de um a oito anos.

2 - Quem, publicamente, por qualquer meio destinado a divulgação, nomeadamente através da apologia, negação ou banalização grosseira de crimes de genocídio, guerra ou contra a paz e a humanidade:

a) Provocar atos de violência contra pessoa ou grupo de pessoas por causa da sua raça, cor, origem étnica ou nacional, ascendência, religião, sexo, orientação sexual, identidade de género ou deficiência física ou psíquica;

b) Difamar ou injuriar pessoa ou grupo de pessoas por causa da sua raça, cor, origem étnica ou nacional, ascendência, religião, sexo, orientação sexual, identidade de género ou deficiência física ou psíquica;

c) Ameaçar pessoa ou grupo de pessoas por causa da sua raça, cor, origem étnica ou nacional, ascendência, religião, sexo, orientação sexual, identidade de género ou deficiência física ou psíquica; ou

d) Incitar à violência ou ao ódio contra pessoa ou grupo de pessoas por causa da sua raça, cor, origem étnica ou nacional, ascendência, religião, sexo, orientação sexual, identidade de género ou deficiência física ou psíquica;

é punido com pena de prisão de 6 meses a 5 anos.”

¹⁹² Lei n.º 93/2017, de 23 de agosto, in Diário da República n.º 162/2017, Série I de 2017-08-23

proteção legal contra quaisquer formas de discriminação.”, ao princípio geral da igualdade enquanto lembrete para que sejam estabelecidas medidas legislativas e consequentes políticas públicas proporcionais ao combate de comportamentos discriminatórios ilícitos. E, por isso, tem-se por certo que o n.º 2 do artigo 13.º da CRP prevê não só uma proibição de discriminação, assim como um dever de proteger as pessoas contra práticas discriminatórias.

Discriminar, num sentido formal, significará distinguir, separar, diferenciar, ou tratar distintivamente. E, não obstante este conceito carregar um sentido negativo, as situações de discriminação podem ser lícitas (permitidas), ilícitas (proibidas), e ainda, impostas¹⁹³. Assim, se as discriminações ilícitas motivadas pela pertença a uma determinada etnia ou raça são impugnáveis juridicamente; atos que discriminam positivamente certo indivíduo ou grupo, poderão ser justificáveis do ponto de vista da igualdade substancial. Note-se que a tutela jurídica contra comportamentos discriminatórios injustificados não se faz presente apenas para o indivíduo, mas igualmente para o grupo, até porque o princípio que proíbe a discriminação, encontra o seu fundamento na dignidade da pessoa humana, valor que a ordem jurídica a todos garante¹⁹⁴. Nesta senda, tendo por certo que atos discriminatórios atingem um grupo ou um coletivo de pessoas, a própria alínea j) do n.º 2 do artigo 4.º da Lei n.º 93/2017, dá-nos conta desta dimensão coletiva e crê-se com esta alínea que o legislador tenha pretendido, no âmbito de desigualdades fáticas afetas a pessoas de pertenças étnico-raciais distintas, evitar exclusões e assimilações forçadas¹⁹⁵.

Posto isto, podemos admitir que a disparidade que se instala entre Nós e os Outros assenta no reconhecimento de que existe uma diferença que pode inquietar ou, atrair¹⁹⁶, sendo que quando a diferença reinventada e reinterpretada pelo indivíduo, o é de forma a excluir, ela acarreta um certo estado de vulnerabilidade especial¹⁹⁷ que poderá servir de instrumento no exercício de compreender as instituições e práticas sociais, as desigualdades nelas enraizadas,

¹⁹³ Paulo Mota Pinto, *Direitos de personalidade e direitos fundamentais: estudos*, Coimbra, Gestlegal, 2018, p. 131

¹⁹⁴ Paulo Mota Pinto, *Direitos de personalidade e direitos fundamentais: estudos*, ob. cit., pp. 138-139; ver o artigo 13.º da Constituição da República Portuguesa.

¹⁹⁵ Paulo Mota Pinto, *Direitos de personalidade e direitos fundamentais: estudos*, ob. cit., pp. 139-140

¹⁹⁶ Rosa Cabecinhas, *Preto e Branco: a naturalização da discriminação racial*, ob. cit., p. 21

¹⁹⁷ Falamos aqui de vulnerabilidade num estado de exceção, de condição que afeta certos grupos e indivíduos, e não de vulnerabilidade num sentido amplo, enquanto traço característico da condição humana. Para mais, ver, Jorge Gracia Ibañez, “El reconocimiento de los derechos humanos de las personas mayores en la sociedad edadista. Una perspectiva española”, in *Reflexiones em torno a derechos humanos y grupos vulnerables*, Bogotá, 2015, pp. 127-157, p.129.

de forma a criar mecanismos que as combatam¹⁹⁸. Vários autores têm salientado a importância de construir argumentos de defesa em contexto judicial, em redor dessas mesmas vulnerabilidades¹⁹⁹. Isto é, capturar o papel que as vulnerabilidades assumem na construção de estereótipos para provar a discriminação. Tomemos como exemplo o TEDH. Em meados da década de 90, o fator da vulnerabilidade esteve presente em diferentes casos que envolviam indivíduos pertencentes à comunidade Roma, cuja semelhança era a extrema exclusão social dos proponentes, resultado de possuírem um estilo de vida diferente²⁰⁰ - em todos os casos o TEDH teve em conta a vulnerabilidade dos demandantes, adveniente da específica forma de viver ligada à sua etnia, determinando ter havido uma violação da proibição da discriminação, consagrada no artigo 14.º da Convenção. Uma abordagem destas, exigirá uma ponderação casuística de forma a perceber se a aplicação de uma regra em desvantagem para outrem, teve na sua base estereótipos, e, tal implicará perceber se a vulnerabilidade em causa é típica do grupo cultural específico, procurando simultaneamente não limitar o potencial conteúdo de “estereótipo”²⁰¹. Até porque, os estereótipos nem sempre permitem dar conta da diversidade própria dos indivíduos, dado assentarem numa visão padrão.

Recorda-se por isso, que é necessária cautela no uso de estereótipos enquanto prova da existência de vulnerabilidades que fundamentam o comportamento discriminatório, procurando trazer para a análise judicial o contexto político, histórico, social e legislativo.

Trata-se, no fundo, de transformar essa vulnerabilidade, aproveitada para a formulação de estereótipos negativos, na qualidade de identidade que deve ser respeitada para uma coesa integração do Outro. Para que se possa responder a este desafio, é necessário entender o que preenche os critérios “raça” e “etnia” com uma resposta do visado, ou seja, a sociedade. É preciso que seja ela a dar um significado ao conteúdo daqueles conceitos abstratos. A partir daí, é que se poderão criar condições capazes de responder a essas vulnerabilidades. É também a recolha destes dados, uma forma de capacitar os indivíduos, de os envolver no processo de mudança de perspetivas. É um exercício que pretende estudar o estereótipo, perceber como ele

¹⁹⁸ Lourdes Peroni e Alexandra Timmer, “Vulnerable groups: The promise of an emerging concept in European Human Rights Convention law”, *International Journal of Constitutional Law*, Vol. 11, 4, 2013, pp. 1056–1085, pp. 1059 ss.

¹⁹⁹ Lilla Farkas, *The meaning of racial or ethnic origin in EU law: between stereotypes and identities*, Direção Geral Justiça e Consumidores, Comissão Europeia, janeiro de 2007, pp. 99-100

²⁰⁰ Ver *Buckley c. The United Kingdom*, julgamento do TEDH de 25 de setembro de 1996; *Chapman c. The United Kingdom*, julgamento do TEDH de 18 de janeiro de 2001, *Connors c. The United Kingdom*, julgamento do TEDH de 27 de maio de 2004.

²⁰¹ Lilla Farkas, *The meaning of racial or ethnic origin in EU law: between stereotypes and identities*, ob. cit., p. 101

se construiu, para depois o desconstruir. E não se pense que com a recolha de dados sobre a pertença étnica e racial, estaremos a criar estereótipos estatísticos. Alexandra Timmer entende por estereótipos estatísticos aqueles que refletem suposições amplamente precisas sobre um grupo como um todo, mas que, contudo, não espelham com precisão a situação do indivíduo²⁰². Ora, recolher dados sobre a raça e a etnia não é criar estereótipos. O estereótipo, para o ser, tem que fazer associar um grupo a um outro fator – *e.g.* o estereótipo negativo de que a comunidade Roma é preguiçosa e tendente à prática de crimes – para a formação deste estereótipo, juntámos a um grupo de pessoas (etnia Roma), a afirmação de dois factos. Só assim temos um estereótipo. Dizer que uma pessoa determinada tem origem africana, não é um estereótipo; dizer que as pessoas de origem africana não se integram facilmente, é um estereótipo. Raça e etnia, sozinhas, não são estereótipos. São um meio, ainda que se discuta a escolha das expressões, que permite caracterizar e dar relevância à dimensão populacional da diferença. O trabalho que se pretende com a recolha, é desconstruir o estereótipo e perceber nele identidade, procurando dar maior visibilidade (não validade, note-se) aos estereótipos que usam as variáveis da raça e da etnia, e assim, intensificar a luta contra a sua dita normalidade. Mas tal, exigirá um Estado responsivo que evite que as desigualdades, tal como os estereótipos, sejam vistas como naturais e inevitáveis.

Ao combater a discriminação fundamentada em estereótipos que se alimentam de vulnerabilidades específicas como a raça e a etnia, este Estado responsivo não poderá olvidar e subestimar eventuais discriminações múltiplas, resultado de uma vulnerabilidade multidimensional, operando a criação de políticas públicas que tenham na devida conta a discriminação interseccional, ainda que se saiba da existência das dificuldades que permeiam este tipo de abordagens (interseccionais)²⁰³.

E ainda que se julgue que o uso de vocábulos como “raça” e “etnia” poderá, eventualmente, aumentar os riscos de estigmatização e estereotipação, insistimos porém, na utilização de outros vocábulos que não sendo estes, se aproximem, que seja trabalhado o seu significado junto da população, e, que ele possa, eventualmente, ter interpretações distintas com abertura de um espaço para o desenvolvimento próprio da identidade do indivíduo (princípio da autoidentificação enquanto o que melhor respeita a autonomia privada). Sustentámos que não é a diferença que deve ser eliminada, mas sim a desvantagem real associada a essa diferença.

²⁰² Alexandra Timmer, “Gender stereotyping in the case law of the EU court of justice”, *ob. cit.*, p. 38

²⁰³ Anabela Leão, “Vulnerabilidade(s), discriminação e estereótipos”, in *Atas do seminário: Autonomia e Capacitação: os desafios dos cidadãos portadores de deficiência*, na Universidade do Porto, 2018, pp. 21-38, pp. 27-28.

Só assim se vislumbra a hipótese de o princípio da igualdade ser aplicado em termos substanciais.

Os estereótipos parecem ser inevitáveis, segundo Lippmann, ainda assim o mesmo autor alertou para a importância de uma longa educação crítica, capaz de recordar os indivíduos das construções subjetivas da realidade que o nosso funcionamento cognitivo normal acaba por empreender – talvez a única forma de sermos mais conscientes da diversidade de identidades.

De resto, sabemos que uma política de diferença deve implicar a denúncia da discriminação.

1.2. O significado do debate político, social e jurídico sobre a urgente necessidade de recolha dos dados – em busca do inalcançável?

Hegel afirmava que a raça humana era movida por uma luta pelo reconhecimento²⁰⁴.

E em verdade, sempre assim o foi, ainda que esse discurso sobre o reconhecimento e a identidade nem sempre fosse o mesmo, assim como também não se fez servir dos mesmos substantivos. E, portanto, a honra, noção ligada à ideia de que, para que um indivíduo disfrute dela, ela não poderá estar ao alcance de todos (honra, no sentido que Montesquieu se faz servir para descrever a monarquia e o sistema de “*préférences*”), cedeu o lugar à dignidade, conceito detentor de um sentido universalista e igualitário, com presença obrigatória nas constituições democráticas²⁰⁵. O conceito dotou-se, mais tarde, do ideal de autenticidade. Registou-se uma mudança de paradigma, em que a comunicação interior (ou, em certos casos, espiritual) deixou de ser feita com um ideal de “bem” ou com Deus, e passou a ser feita com a plenitude do nosso ser, aquilo a que Rosseau apelidou de “*le sentiment de l’existence*”. Herder, Rosseau, Lionel Trilling, ou se quisermos falar de nomes mais recentes, Charles Taylor, Jürgen Habermas, Anthony Appiah, têm desde então, construído e desconstruído aquilo a que hoje denominamos de “identidade”, alimentando e dando vigor à mudança de ênfase moral ocorrida no final do século XVIII²⁰⁶.

Sabemos hoje que a motivação que rege a massa humana, não assenta apenas no desejo do indivíduo de maximização da utilidade, como parece fazer crer de forma simplista a teoria económica moderna; antes, exige a compreensão mais profunda das identidades humanas, isto é, do “eu” interior mais profundo, possuidor de diferentes camadas. E, portanto, com mais força

²⁰⁴ Apud Francis Fukuyama, *Identidades: A Exigência de Dignidade e a Política de Ressentimento*, ob. cit., p. 18.

²⁰⁵ Charles Taylor, “A política de reconhecimento”, in Charles Taylor [et al.], *Multiculturalismo: examinando a política de reconhecimento*, ob. cit., p. 47

²⁰⁶ Ibidem, pp. 47-57

numas fases históricas do que noutras, a afirmação de Hegel é verdadeira, ainda que do termo identidade só se visse uma certa popularização nos anos 1950's, pelas mãos do psicólogo Erik Erikson²⁰⁷. Em todo o caso, as identidades sempre existiram e o desejo do seu reconhecimento, esse *thymos*²⁰⁸, se quisermos usar a palavra grega, é uma sua consequência natural²⁰⁹.

Raça e etnia, são uma camada dessas identidades. E têm sido também, motivo injustificado de tratamento diferenciado ao longo dos séculos.

A questão da recolha dos dados relativos à pertença racial e étnica, não é sobre tornar alguém ou algum membro de uma específica etnia ou raça mais aceitável e digno, mas antes reconhecer a dignidade da diversidade que já existe. É transformar a diferença em identidade, facilitando a compreensão social e reduzindo comportamentos que produzam desigualdades de facto. É que a própria ligação entre democracia e Estado constitucional exige uma interpretação dos direitos e liberdades individuais que atente às diferenças culturais. Isto significa que tal sistema de direitos não é alheio, ou não deve ser, a uma política do reconhecimento que atente e tutele a dignidade do indivíduo, a partir e por referência aos diferentes contextos históricos e atuais que formam e transformam a sua identidade²¹⁰.

Ainda que os receios se justifiquem, a resistência em recolher estes dados, relacionada com razões históricas e filosóficas e com a proteção dos direitos humanos, terá de ser repensada face à perspetiva contemporânea das necessidades culturais e socioeconómicas.

Perceber de que forma a obtenção de uma correta perceção da diversidade que nos compõe, poderá ajudar a compreender que vivemos numa sociedade plural, multicultural, e como seremos capazes, com o acesso a essa informação, de melhor preparar o terreno para o combate à discriminação, deveria ser, acreditamos, uma questão prioritária na agenda política. Não é possível afirmar com objetividade, hoje, em Portugal, bem como na maior parte dos Estados-Membros, que possuímos indicadores capazes de identificar a população étnica ou racialmente. A verdade é que a definição de categorias sobre a pertença étnica e racial não é apenas uma questão técnica, sendo profundamente influenciada por ideologias, pela história das nações,

²⁰⁷ Ibidem, p. 27

²⁰⁸ *Thymos*, palavra grega para expressar a parte da alma que almeja o reconhecimento da sua dignidade.

²⁰⁹ É engraçado notar que na obra “A República”, de Platão, em concreto no Livro IV, num diálogo entre Sócrates e Adimanto, jovem aristocrata ateniense, ambos falavam, dois milénios antes do seu advento, dessa terceira componente da psique humana para além da razão e do desejo, que é o *thymos* (e que eles davam pelo nome de “espírito”, sede dos juízos positivos sobre o valor e a dignidade). Esse *thymos* é hoje, podemos afirmar, sede das políticas identitárias. Para mais, ver Francis Fukuyama, *Identidades: A Exigência de Dignidade e a Política de Ressentimento*, ob. cit., pp. 34-43.

²¹⁰ Jürgen Habermas, “Lutas pelo reconhecimento no estado democrático constitucional”, in Charles Taylor [et al.], *Multiculturalismo: examinando a política de reconhecimento*, ob. cit., p. 131

pelas próprias relações entre os diversos grupos sociais²¹¹. Ainda assim, temos, porventura, alguns registos de incidentes que envolvem os elementos “raça” e “etnia” em diferentes áreas como a educação, saúde e cuidados de saúde, mercado de trabalho, habitação e justiça criminal, mas não, de forma alguma, a recolha de dados sobre a discriminação assente naqueles elementos através de um sistema estatístico oficial²¹².

A complexa tarefa está em conciliar a recolha dos dados relativos à origem étnica e racial com os princípios e valores jurídicos que permeiam o Estado de Direito. Não se põe o problema no plano tecnológico, já que, hoje, esse está por certo, com a revolução tecnológica, ultrapassado. Não é, igualmente, um problema de produção ou reformulação normativa, na medida em que, como já atentámos, o quadro normativo e constitucional mostra-se preparado para a recolha salvaguardando as necessárias precauções. É então, um problema ético. É a complexidade em aferir o interesse público em que assenta a recolha de dados concernentes à pertença racial e étnica e em avaliar os riscos que podem advir da consequente legitimação e naturalização de categorias raciais e étnicas. É a fusão de dilemas éticos nas deliberações e decisões políticas, jurídicas e sociais. Deverão, por isso, ser encorajados debates, nos quais se construirá um acordo sobre o auto entendimento social. Até porque, não esqueçamos, as pessoas são agentes morais com direito a escolher de que forma querem construir e partilhar a sua identidade.

Por outro lado, parece insuficiente a mera distinção empreendida pelos Estados entre cidadãos e não cidadãos, uma vez que se arrisca a auxiliar o perpetuar da desigualdade e da subalternização de indivíduos e grupos. É que este receio em abordar uma outra forma de medir a diversidade que compõe a população e que vá para lá da identidade objetiva²¹³, enfraquece o exercício de medição da diversidade, dissolve o objetivo de combate à discriminação e proteção da identidade, em particular, dos grupos minoritários, e, faz escapar das nossas perceções as

²¹¹ Dirk Jacobs e Andrea Rea, The gathering of sensitive data on visible minorities in Europe: a social and political debate, in Julie Ringelheim, Olivier De Schutter, *Ethnic monitoring. The processing of racial and ethnic data in anti-discrimination policies: reconciling the promotion of equality with privacy rights*, ob. cit., pp. 149-153

²¹² Em Portugal, a Comissão para a Igualdade e Contra a Discriminação Racial (CICDR) é o órgão responsável por monitorizar as queixas de discriminação racial e étnica, ainda assim, o baixo volume de queixas formalmente apresentadas não traçam um perfil real da prática discriminatória, vide, CICDR, *Relatório Anual 2017: Igualdade e Não Discriminação em Razão da Origem Racial e Étnica, Cor, Nacionalidade e Território de Origem*, Comissão para a Igualdade e Contra a Discriminação Racial, Lisboa: ACM, 2018. Neste sentido, salientando que o facto de os registos serem insatisfatórios, veja-se o Relatório da ECRI (5.º ciclo de controlo), adotado a 19 de junho de 2018 (publicado a 2 de outubro de 2018) que alerta para a escassez de dados oficiais sobre discursos e crimes de ódio violento, disponível em: <https://rm.coe.int/fifth-report-on-portugal-portuguese-translation-/16808de7db>, pp. 18-25;

²¹³ José Gabriel Pereira Bastos [et al.], *Portugal Multicultural. Situação e estratégias identitárias das minorias étnicas*. Lisboa, Fim de Século Edições, 1999, p. 12

múltiplas identidades étnicas. Soma-se depois, o desrespeito e escassa comunicação construtiva entre as entendidas maiorias e os porta-vozes de outros grupos étnicos e raciais. Ademais, se com a recolha destes dados se pretende criar uma sociedade mais inclusiva porque mais consciente da sua diversidade e dos desafios que ela enfrenta, teremos que fazer apelo à edificação de uma identidade nacional inclusiva. E esta, não se forma apenas por força de instrumentos jurídicos, mas antes através de vontades transformadas pelos séculos – transformação que só poderá resultar de debates intelectuais, honestos, abertos e sérios que decidam sobre as nossas diferenças, firmes no ideal do respeito mútuo, único capaz de garantir abertura, capacidade de distinguir divergências respeitáveis de divergências desrespeitáveis, e aceitação da mudança quando assente numa argumentação racional bem fundamentada. A identidade modela-se em torno de uma espécie de contrato, e, se os indivíduos não se acharem parte da comunidade política, o contrato não se cumprirá.

Posto que vivemos numa sociedade democrática, a única capaz de reconhecer as múltiplas identidades individuais, teremos que arranjar a capacidade de olhar para as nossas instituições sociais, jurídicas e políticas, teremos de olhar para nós próprios, ainda que a recolha de dados sobre a raça e a etnia nos pareça uma ideia inalcançável.

1.3. O estado da arte – em especial reflexos da situação em Portugal

Em Portugal a problemática da recolha e processamento de dados sobre a origem étnica e racial é relativamente recente. E, portanto, ainda que as recomendações para a recolha deste tipo de dados se façam sentir por parte da Agência dos Direitos Fundamentais²¹⁴, do Comité das Nações Unidas para a Eliminação da Discriminação Racial²¹⁵ e pela Comissão Europeia contra o Racismo e a Intolerância²¹⁶, a atuação do Estado a este respeito é praticamente nula, havendo apenas alguma monitorização da diversidade pela Comissão para a Igualdade e contra a Discriminação Racial (CICDR), órgão especializado no acompanhamento de queixas de

²¹⁴ Ver *Fundamental Rights Report 2018*, acedido a 3 de Setembro de 2019, disponível em: https://fra.europa.eu/sites/default/files/fra_uploads/fra-2018-fundamental-rights-report-2018_en.pdf, pp. 55-68

²¹⁵ Ver *Concluding observations on the fifteenth to seventeenth periodic reports of Portugal*, acedido a 3 de setembro de 2019, disponível em: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G17/021/40/PDF/G1702140.pdf?OpenElement>, pp. 2-3

²¹⁶ Aliás, no caso desta, a recomendação vem sido feita desde o segundo relatório da ECRI sobre Portugal, adotado a 20 de março de 2002, § 44 e 45, disponível em: <https://rm.coe.int/second-report-on-portugal-portuguese-translation-/16808b59bf>, tendo sido feita, pela última vez, no último relatório da ECRI sobre Portugal, correspondente ao quinto ciclo de controlo, adotado a 19 de junho de 2018 e publicado a 2 de outubro de 2018, em especial, ver constatação n.º 72, *in fine*.

discriminação racial e étnica²¹⁷, pelo Observatório das Migrações, responsável pelo estudo e acompanhamento das migrações²¹⁸, e pelo Observatório das Comunidades Ciganas, unidade informal responsável por conceber, avaliar e implementar políticas públicas no domínio da integração da comunidade Roma²¹⁹, nomeadamente no que diz respeito à recolha de informação sobre práticas discriminatórias.

Ainda assim, não podemos dizer que o escasso debate sobre este assunto resulte de uma fraca perceção de fenómenos discriminatórios. Dados do Eurobarómetro especial sobre a discriminação de 2015, revelam que 64% dos inquiridos em Portugal percebem a discriminação com base na origem étnica como comum²²⁰. E ainda, conforme a mesma fonte, apenas 18% da população portuguesa entende que as medidas de combate à discriminação são eficazes²²¹. Do fraco debate social e da escassez de dados concretos, resulta que não é possível conhecer a composição da diversidade étnico-racial da população portuguesa.

Neste sentido, em 2016, vinte e duas associações de afrodescendentes e antirracistas enviaram uma carta aberta ao Comité das Nações Unidas para a Eliminação da Discriminação Racial alertando para a urgência na recolha de dados com relação à pertença étnico-racial, que se fez seguir de uma segunda carta aberta, desta feita, publicada no Jornal Público em 4 de fevereiro de 2018²²². Tendo em vista a análise da temática, foi então constituído em 2018 um Grupo de Trabalho com o intuito de estudar a questão da introdução de uma pergunta sobre a origem étnica e racial nos Censos próximos a realizarem-se sobre o território nacional no ano de 2021²²³, e, na esperança de perceber de que forma assim conhecer a composição da

²¹⁷ A propósito do trabalho desenvolvido pela CICDR vale a pena consultar o seu relatório mais recente, CICDR, *Relatório Anual 2018: Igualdade e Não Discriminação em Razão da Origem Racial e Étnica, Cor, Nacionalidade, Ascendência e Território de Origem*, Comissão para a Igualdade e Contra a Discriminação Racial, Lisboa: ACM, 2018

²¹⁸ A propósito do trabalho desenvolvido pelo Observatório das Migrações vale a pena consultar o seu relatório mais recente, Catarina Reis Oliveira e Natália Gomes, *Indicadores de integração de Imigrantes. Relatórios Estatístico anual de 2018*, Lisboa, Observatório das Migrações, Alto Comissariado para as Migrações (ACM, IP), 2018; e Catarina Reis Oliveira, Natália Gomes, *Estatísticas de Bolso da Imigração*, 1.ª edição, Lisboa, Observatório das Migrações, Alto Comissariado para as Migrações (ACM, IP), 2019

²¹⁹ A propósito do trabalho desenvolvido pelo Observatório das Comunidades Ciganas e da monitorização que impende sobre a educação para a cidadania, discriminação, justiça e segurança, entre outros, consultar: <https://www.obcig.acm.gov.pt/estudos-e-publicacoes/teses-e-relatorios/transversal>

²²⁰ 53. Eurobarómetro Especial 437, Discriminação na União Europeia em 2015, Direção Geral Justiça e Consumidores, Comissão Europeia, outubro 2015, disponível em: https://data.europa.eu/euodp/data/dataset/S2077_83_4_437_ENG, p. 16

²²¹ Idem, p. 89

²²² Ambas as cartas estão disponíveis nos anexos do Relatório do Grupo de Trabalho constituído a propósito da inserção de uma questão sobre a pertença étnico-racial nos Censos de 2021, e criado pelo Despacho n.º 7363/2018, disponíveis em: <https://www.acm.gov.pt/-/grupo-de-trabalho-censos-2021-questoes-etnico-raciais->

²²³ Grupo de Trabalho criado pelo Despacho n.º 7363/2018, in *Diário da República*, 2.ª série — N.º 149 — 3 de agosto de 2018.

diversidade da população poderia contribuir para a elaboração de políticas públicas afetas à redução de desigualdades fáticas assentes naqueles fatores (raça e etnia).

É compreensível este tipo de reação por parte de grupos minoritários, sobretudo porque, não obstante Portugal ser um país territorialmente pequeno, desde os seus primórdios é palco de reunião de pessoas culturalmente diferentes²²⁴, e portanto, perante uma certa inação do Estado em atuar com políticas concretas sobre o tema da discriminação, mesmo após as várias recomendações procedentes de organismos internacionais sobre a problemática da prática discriminatória e a que já aqui fizemos menção, as autoridades públicas competentes continuam a relegar o tema para segundo plano, qualificando-o de problema global²²⁵.

A análise do relatório²²⁶ produzida pelo Grupo de Trabalho que se debruçou sobre a eventual introdução de questões étnico-raciais nos censos de 2021, ilustra as vantagens e potencialidades e as desvantagens e riscos. A opinião maioritária dos membros demonstrou-se favorável relativamente à inserção de categorias sobre pertenças étnico-raciais nos próximos censos, e, cremos que tal posição se deve ao facto de as vantagens pesarem mais que as desvantagens. De um modo geral foram apresentadas como desvantagens e riscos: a intensificação dos efeitos de legitimação de categorias (assumem que é maior quando a recolha é feita por uma entidade como o Estado (fator “quem”) e no âmbito de um recenseamento geral da população (fator espacial), contribuindo para a naturalização de categorias não biológicas; alertam para o risco

²²⁴ Aquando da altura em que o Estado português adquiria as suas atuais fronteiras culturais, finais do século XIII, judeus e ciganos constituíam as duas principais minorias étnicas; entre o século XVI e o século XIX, o comércio de escravos deu origem à formação de minorias étnicas africanas; no século XIX, por razões económicas, estabeleceram-se em Portugal, importantes comunidades de imigrantes europeus, sobretudo ingleses e espanhóis; com o processo de descolonização e a emergência de movimentos de libertação africanos houve um crescente número de movimentos migratórios para Portugal, de naturais daquelas ex-colónias e de minorias étnicas que nas ex-colónias estivessem estabelecidas; mais recentemente, podemos afirmar ter assistido à imigração, quer legal, quer clandestina, de milhares de pessoas oriundas de países africanos e asiáticos, bem como de naturais de países latino-americanos e de países da Europa de Leste – paralelamente, registou-se uma imigração de europeus e de norte-americanos, motivados pelo clima, negócio e alteração do estilo de vida, veja-se em José Gabriel Pereira Bastos, Susana Pereira Bastos, *Portugal Multicultural. Situação e estratégias identitárias das minorias étnicas*. Fim de Século Edições, Lisboa, 1999, pp. 14-15; Transformando estas palavras em números, o Observatório das Migrações nas *Estatísticas de Bolso da Imigração*, afirma que após uma quebra da entrada de estrangeiros em Portugal entre 2010 e 2015 relacionada com a diminuição de oportunidades de trabalho e com a aquisição da nacionalidade portuguesa (entre 2007 e 2017, mais de meio milhão de cidadãos estrangeiros pediu a nacionalidade portuguesa, daí resultando 449 691 mil novos cidadãos portugueses), a partir de 2016 a trajetória de declínio inverte-se, sendo que no ano de 2018 o país recebeu mais de 480 mil estrangeiros residentes, número nunca antes alcançado em Portugal – ressaltando as seguintes nacionalidades: brasileira, cabo-verdiana, romena, ucraniana, britânica, chinesa, francesa, italiana, angolana e guineense, vide, Catarina Reis Oliveira, Natália Gomes, *Estatísticas de Bolso da Imigração*, 1.ª edição, Lisboa, Observatório das Migrações, Alto Comissariado para as Migrações (ACM,IP), 2019, pp. 13-17 e pp. 55-57.

²²⁵ Sobre a discriminação assente no racismo não se afigurar como uma preocupação iminente, e, ainda, sobre a ausência de um discurso de identidade, ver Nuno Filipe de Castro Oliveira, *Políticas de Categorização Étnica. Portugal e o Brasil em Perspectiva Comparada*, Tese de Doutoramento: ISCTE – Instituto Universitário de Lisboa, 2012, pp. 222-225

²²⁶ Ver relatório em: <https://www.acm.gov.pt/-/grupo-de-trabalho-censos-2021-questoes-etnico-raciais->

de discriminação dos indivíduos na eventualidade de os dados não serem anonimizados; e fazem ainda menção para o perigo de essa recolha vir a ser utilizada perversamente por movimentos populistas, grupos que se fazem cada vez mais presentes na Europa²²⁷. A estes medos somaram-se vantagens e potencialidades: os objetivos políticos e sociais que fundamentam a recolha destes dados (combate da discriminação através da criação de políticas públicas) parece servir o interesse público; países com uma experiência e diversidade maior fazem esta recolha há anos (*e.g.* Estados Unidos da América, Reino Unido, Brasil²²⁸) ainda que não se conheçam os efeitos positivos ou negativos; é alegado que este instrumento é o que melhor permite avaliar as desigualdades étnico-raciais uma vez que é dada cobertura nacional; há uma intersecção com outros domínios (saúde, educação, habitação, condições de vida) permitindo compreender em que medida a pertença racial e étnica se relaciona com eles; a recolha é dotada de um carácter longitudinal e sistemático; é salientado o rigor exigido pelos protocolos éticos, científicos, técnicos e de segurança e é uma entidade independente a promover a recolha (Instituto Nacional de Estatística); a expressão “origem étnica e racial” dá uma cobertura inalcançável por outras expressões que a queiram substituir tais como, “naturalidade”, “nacionalidade”, “naturalidade dos pais” – pois note-se que estas expressões impossibilitariam incluir a quase totalidade da população cigana que nasceu em Portugal, ou afrodescendentes, filhos de pais nascidos em Portugal, por exemplo; a facilidade em responder às inúmeras recomendações feitas por organismos internacionais aumentaria exponencialmente; melhor eficácia na avaliação de políticas públicas desenvolvidas para promover a igualdade étnica e racial; e, a sondagem efetuada pelo Grupo de Trabalho demonstrou que a maioria da população inquirida se mostra disponível para responder a este tipo de questões (84% da amostra nacional), bem como consideram relevante a recolha (78% da amostra nacional)²²⁹.

Entre as diversas abordagens que poderiam ser feitas ao modelo de integração da questão, o Grupo de Trabalho construiu dois modelos: o primeiro, desprovido de subcategorias, falhava por ser demasiado sucinto e não auxiliar os inquiridos num momento de dúvida sobre a terminologia “étnico-racial”; no segundo faziam-se presentes as categorias e as subcategorias,

²²⁷ Ver relatório, pp. 3-4

²²⁸ Para maiores desenvolvimentos sobre estes países, consultar: a propósito do Brasil e numa perspetiva comparativa com Portugal, Nuno Filipe de Castro Oliveira, *Políticas de Categorização Étnica. Portugal e o Brasil em Perspetiva Comparada*, Tese de Doutoramento: ISCTE – Instituto Universitário de Lisboa, 2012; a propósito dos EUA e o Reino Unido em análises separadas, ver Julie Ringelheim, Olivier De Schutter, *Ethnic monitoring. The processing of racial and ethnic data in anti-discrimination policies: reconciling the promotion of equality with privacy rights*, *ob. cit.*, pp. 101-105 e pp. 105-109, respetivamente.

²²⁹ Consultar relatório, pp. 5 e 6, e anexo 6.

estas últimas, ocupando-se de destacar as origens nacionais dos descendentes estabelecendo uma ligação entre origem étnica, racial e nacional, sendo por isso o modelo mais completo²³⁰. O Grupo de Trabalho decidiu-se por isso, pelo segundo que, de resto, segue as linhas gerais de forma a obedecer aos quesitos jurídicos: a pergunta não é inóspita deixando claro que a resposta é facultativa com nota de menção para a legislação aplicável, de consentimento informado, anonimizada para o seu tratamento, e, com o principal fim de monitorizar a discriminação que tem base na pertença étnica e racial. Mais, o Grupo de Trabalho considerou que a terminologia “origem e/ou pertença étnico-racial” era mais adequada, uma vez que evitava termos tais como “raça”, “etnia”, “ancestralidade”, estabelecendo-se categorias compósitas (*e.g.* Asiático/Português de origem asiática/De origem asiática), assegurando-se a possibilidade de responder com uma categoria mista, e oferecendo um espaço em aberto para outras origens que não constem no questionário, assegurando liberdade e autonomia ao interrogado.

O Grupo de Trabalho termina o relatório dando conta da importância de serem desenvolvidas campanhas de sensibilização prévias e amplas, com a participação de organizações antirracistas e associações representativas dos distintos grupos étnico-raciais, e, propôs a criação de um organismo independente, uma espécie de observatório do racismo e da xenofobia, autónomo face ao domínio da imigração.

A questão foi, entretanto, adiada. O Instituto Nacional de Estatística (doravante INE), autoridade nacional competente para verificar e fundamentar o tratamento de dados sensíveis, no parecer que resultou da 10.^a reunião da Secção Eventual para Acompanhamento dos Censos de 2021 e que se debruçou sobre a proposta do Grupo de Trabalho, mostrou-se contrário à introdução daquela questão, reforçando por um lado as desvantagens e os riscos enunciados pelo grupo de trabalho no seu relatório, acrescentando o perigo de uma representatividade distorcida pelo carácter facultativo das respostas, e evidenciando que, ciente da importância da produção de indicadores estatísticos sobre a composição étnico-racial da população portuguesa, se disponibilizava a participar na ponderação de um outro tipo de atividade estatística, nomeadamente, um inquérito piloto²³¹. Até porque, e afirma, embora existam outros países que procedam a esta recolha, o aperfeiçoamento metodológico de um inquérito que possua uma questão com uma sensibilidade tal, depende de um programa de trabalho que inclua vários testes

²³⁰ Consultar o anexo 4 para ver ambos os modelos construídos.

²³¹ Ver Parecer do Instituto Nacional de Estatística à proposta do Grupo de Trabalho Censos 2021 – Questões “étnico-raciais” de 17 de junho de 2019, disponível em: https://cse.ine.pt/xportal/xmain?xpid=CSE&xpgid=cse_documentos_a&cse_docs_menu=40673322

junto da população, tal como sucedeu nesses mesmos Estados, tornando inviável que um projeto dessa dimensão seja compatível com o calendário dos Censos de 2021²³².

Do exposto, cumpre-nos deixar algumas reflexões sobre a discussão em Portugal. Está, desde logo, afastada a questão de saber se há uma permissão normativa: a recolha de dados que fazem referência à pertença étnica e racial é permitida pela Constituição e pela lei (n.º 3 do artigo 35.º e n.º 2 do artigo 9.º do RGPD que tem a sua execução assegurada em território nacional pela Lei n.º 58/2019) nas situações neles consagradas. Isto significa que, quando uma recolha ocorra dentro daqueles parâmetros, se deduz que quer o legislador constituinte, quer o legislador ordinário, entendiam que naquelas circunstâncias (consentimento expresso do titular, autorização prevista por lei com garantias de não discriminação e para processamento de dados estatísticos não individualmente identificáveis) uma recolha sobre aqueles dados sensíveis respeitaria o valor de pessoa, verdadeiro postulado axiológico do jurídico²³³, que é reconhecido e tutelado pela ordem jurídica. Por outras palavras, aquela previsão constitucional e normativa, respeita o “conteúdo mínimo de direito natural”, decorrente do princípio da dignidade da pessoa humana. E, portanto, havendo uma decisão de recolher dados relativos à origem étnica e racial que caiba nas hipóteses previstas pela lei, decorre dela mesma um conjunto de obrigações para a entidade que procede à recolha e um conjunto de direitos para o titular dos dados, a que nós já fizemos referência no capítulo II. Isto significa também, um dever da entidade coletora de gerir e avaliar os riscos e de adotar medidas de prevenção daqueles riscos. Uma violação do dever de cumprir esta panóplia de cuidados, que significará por arrasto a violação de direitos fundamentais, acarreta, consequentemente, a aplicação de uma pena prevista por lei. Mas essa é, de resto, a realidade da ciência jurídica. Há uma permissão, seguida de uma proibição. O acatamento reto das condições em que a permissão é apresentada é incerto. Mas esse é um risco que a sociedade corre e que o Direito se compromete a regular. Quanto à necessidade de se conhecer a composição da diversidade particular da população portuguesa, como já vimos, ela justifica-se. Dados sobre a etnia ou raça, não devem ser confundidos²³⁴ com a nacionalidade ou cidadania, país de origem, naturalidade ou naturalidade dos pais – no mesmo sentido apelou a Conferência sobre as Estatísticas Europeias de 2020²³⁵ – desde logo, porque estes últimos

²³² Ver Parecer do Instituto Nacional de Estatística de 17 de junho de 2019, p. 5; e Terceira Deliberação do Conselho Superior de Estatística de 18 de junho de 2019, disponível em: https://cse.ine.pt/xportal/xmain?xpid=CSE&xpgid=cse_documentos_a&cse_smenu.boui=271467

²³³ Paulo Mota Pinto, *O direito à reserva sobre a intimidade da vida privada*, ob. cit., p. 479.

²³⁴ Embora essa confusão opere na grande maioria dos Estados europeus, como tivemos oportunidade de ver no Capítulo I deste trabalho.

²³⁵ Conferência sobre as Estatísticas Europeias, Recomendações para os Recenseamentos Gerais da População e da Habitação de 2020, Nações Unidas, Nova Iorque e Genebra, 2015, Capítulo XII, p. 149.

indicadores podem influenciar a percepção dos indivíduos relativamente à sua identidade étnica, além de deixar de fora um conjunto de sujeitos que podem, por exemplo, ser portugueses e apresentar um conjunto de traços fenotípicos, fonte que é utilizada muitas vezes como motivo de discriminação ilícita, que não são imediatamente perceptíveis pelo cidadão comum que tem já um estereótipo associado à nacionalidade portuguesa formulado. Concordamos também com o segundo modelo de questionário que foi alvo de maior aceitação pelos membros do Grupo de Trabalho, desde logo, porque utiliza uma terminologia que evita noções estigmatizantes, permitindo concomitantemente perceber de que forma uma identidade étnica e racial pode levar a comportamentos discriminatórios; ademais, coloca-se a pergunta evidenciando que a resposta é facultativa, expondo as finalidades da recolha; e, por fim, é deixada uma opção em aberto garantindo um espaço de maior autonomia no momento de autoidentificação, pelo sujeito.

Alertamos também, para o facto de Portugal, em Resolução do Conselho de Ministros n.º 141/2019 ter recentemente aprovado o Plano Nacional de Implementação do Pacto Global das Migrações²³⁶, procurando implementar em território nacional os 23 objetivos do Pacto, de entre os quais o primeiro objetivo, no desenvolvimento dado pelo Estado português, prevê: “[r]eunir e sistematizar informação, a partir de uma rede de pontos focais, que permita monitorizar práticas e processos de discriminação racial ou étnica, tendo em vista a sua prevenção e o seu combate.” – medida cujo prazo de implementação se estende até 2020²³⁷. E, por isso, sublinhamos a importância que a recolha de dados, ao nível nacional, sobre a pertença étnica e racial teria, não apenas no cumprimento deste objetivo, mas também no cumprimento do objetivo n.º 16 que estabelece: “[c]apacitar os migrantes e as sociedades a realizar a plena inclusão e coesão social” e do n.º 17 que prevê: “[e]liminar todas as formas de discriminação e promover discursos públicos baseados em evidências para moldar percepções de migrações.”²³⁸.

A única incerteza que guardamos, é aquela que procura saber se a população portuguesa conta já com um debate sobre a importância de se conhecerem estas dimensões identitárias da pessoa – isto é, compreender se a sociedade portuguesa sabe que aquelas categorias são sociais, e não biológicas ou genéticas; descobrir se na sociedade portuguesa é perceptível a importância do reconhecimento da diferença não só para que se cumpra a igualdade jurídica, mas também para que se projete nas pessoas e instituições a relevância da igualdade fática num Estado Social

²³⁶ O Pacto Global para as Migrações Seguras, Ordenadas e Regulares, foi aprovado pela Assembleia-Geral das Nações Unidas em 19 de dezembro de 2018, segundo Resolução A/73/L.66, disponível em: <https://refugeesmigrants.un.org/intergovernmental-negotiations>

²³⁷ Resolução do Conselho de Ministros n.º 141/2019, in Diário da República n.º 158/2019, Série I de 20-08-2019.

²³⁸ Objetivos n.º 16 e n.º 17 transcritos da versão em inglês do Pacto Global das Migrações, com tradução nossa, disponível em: <https://refugeesmigrants.un.org/intergovernmental-negotiations>

e Democrático de Direito; perceber se a sociedade oferece essa predisposição para fazer parte de um projeto “nacional” de democracia multicultural, de criar uma narrativa comum que assente no princípio do Estado de Direito e não em fatores individualizados, tais como a raça, a etnia, a religião, etc.; compreender qual é disponibilidade dos portugueses de participar nestes inquéritos, revelando como percebem parte da sua identidade (sendo certo que podem não querer perceber-se nesses modos étnico-raciais), para efeitos de formulação de políticas públicas de combate à discriminação – ainda que a este propósito, os dados do Eurobarómetro da edição de 2015 especial sobre a discriminação revelem que 72% dos cidadãos europeus são favoráveis a responder a um inquérito onde haja uma pergunta sobre a sua origem étnica, obtendo Portugal o equivalente a 70% da população inquirida a favor da recolha²³⁹; e, ainda que se saiba que os resultados da sondagem levada a cabo pelo Grupo de Trabalho foram positivos. Há assim, uma necessidade de sensibilizar e fazer um conjunto de operações experimentais junto da população portuguesa²⁴⁰ que só o INE poderá determinar ser ou não compatível com o calendário dos Censos 2021.

É inegável que as expressões “raça” e “etnia” permanecem palavra “viva” nos discursos institucionais e quotidianos, na rotina que dita o senso comum, fazendo-se acompanhar de uma multiplicidade de significados abstratos, ainda que seja conhecido que tais termos são construções de cariz social, sem fundamento biológico. É também indiscutível que a diversidade que nos rodeia será no futuro, e em contexto de globalização, muito maior e mais rica, um fator sem volta, irreversível. Assim, porque estamos cientes da relevância da recolha, acreditamos que, talvez, mais importante do que levá-la a cabo já nos Censos próximos de 2021, será construir um diálogo aberto sobre a diversidade que rodeia e compõe a sociedade portuguesa e sobre como queremos contribuir para tornar a nossa comunidade numa mais inclusiva.

²³⁹ Eurobarómetro especial sobre a discriminação de 2015, https://data.europa.eu/euodp/data/dataset/S2077_83_4_437_ENG, pp. 96-99

²⁴⁰ Como aliás ocorreu no Reino Unido, país versado na matéria, onde só depois de vários testes realizados junto da população entre 1975 e 1989, se recolheu informação étnico-racial nos censos de 1991. Posteriormente, um debate mais acalorado sobre as categorias colocadas no inquérito levou à realização de um extenso programa de trabalhos que acabaram por modificar a estrutura da questão incluindo mais subcategorias e abrindo um espaço de resposta livre nos Censos de 2001, vide, Julie Ringelheim, Olivier De Schutter, *Ethnic monitoring. The processing of racial and ethnic data in anti-discrimination policies: reconciling the promotion of equality with privacy rights*, ob. cit., pp. 105-109.

2. Ponderação das formas de combate à discriminação

Contam-se vários episódios na História, em que os arquivos estatísticos foram utilizados com o objetivo principal de perseguir, discriminar e oprimir, específicos grupos étnicos²⁴¹. E, portanto, não somos ingênuos ao ponto de acreditar na total integridade das instituições. Mas a experiência do passado guarda igualmente um lado mais feliz onde os mesmos dados serviram para documentar e mobilizar a oposição a crimes cometidos contra minorias – recorde-se o linchamento dos afro-americanos, as políticas genocidas do rei Leopoldo no Congo Belga e os julgamentos de criminosos que atuaram em nome do partido nazi – em todos estes casos, os dados demonstraram-se fundamentais na busca pela justiça.

Aliás, na década de 90, o valor potencial dos dados quantitativos e dos sistemas de dados enquanto ferramenta no combate ao abuso dos direitos humanos recebeu a atenção especial de estatísticos, cientistas sociais e ativistas dos direitos humanos. Falamos de Thomas Jabine e Richard Claude, Herbert Spirer, Louise Spirer e Patrick Ball²⁴². Estes autores procuraram métodos e orientações básicas para o processamento de dados com esta natureza, e terá sido neste progresso de ideias, que dados e estatísticas foram utilizadas como evidência nos tribunais penais internacionais estabelecidos para a ex-Jugoslávia, para Ruanda, assim como na documentação e estudo de outros abusos de direitos humanos.

Os receios serão sempre vários, mas de algo podemos estar certos: os números e os sistemas são moralmente neutros. É o que nós ou os outros fazemos com eles que conta.

E a história deve ser reescrita à luz de novas preocupações e conhecimentos.

2.1. A formulação de políticas de inclusão

Por força de estereótipos e preconceitos, a discriminação assente em fatores como a raça e a etnia permanece sistemática ao longo dos tempos. De facto, as garantias da generalidade e abstração na formulação da lei, nem sempre são requisitos suficientes. Pode acontecer que grupos de pessoas ou situações específicas necessitem de um tratamento individualizado. São, de resto, as exigências do Estado Social que deve conseguir atenuar eventuais “desigualdades

²⁴¹ Falámos, a título de exemplo, do Holocausto que marcou a II Guerra Mundial, o caso da detenção de norte-americanos de ascendência japonesa durante o mesmo período, o genocídio ocorrido em Ruanda em 1994 – em todos eles se fez uso indevido de dados pessoais relacionados com a origem étnica. Para maiores desenvolvimentos: William Seltzer and Margo Anderson, “The Dark Side of Numbers: The Role of Population Data Systems in Human Rights Abuses”, *Social Research*, Vol. 68, Nº. 2, 2001, pp. 481-513.

²⁴² William Seltzer and Margo Anderson, “The Dark Side of Numbers: The Role of Population Data Systems in Human Rights Abuses”, *Social Research*, Vol. 68, No. 2, 2001, pp. 481-513; pp. 506-513

de partida”, esforçando-se por realizar uma igualdade fática que se traduza em iguais oportunidades. O legislador do Estado social tem, por isso, que atender não só à forma, mas igualmente aos resultados²⁴³. É com esta ideia presente, que encontramos o fundamento das políticas de inclusão. Espera-se do Estado que se faça consciente da importância em assegurar uma igual participação democrática.

A formulação de políticas públicas, no caso, de inclusão, é uma tarefa complexa que exige a participação de uma série de atores com conhecimentos analíticos, administrativos e políticos²⁴⁴. Dvora Yanow refere, “[p]olíticas públicas e práticas administrativas refletem o conhecimento público da mesma forma que o moldam. Processos de criação de categoria na arena pública refletem e moldam, mantêm e mudam; ambos os aspetos são mutualmente interativos e inextricavelmente entrelaçados”²⁴⁵ – daqui se depreende que a recolha de dados estatísticos sobre a pertença étnica e racial para efeitos de medida e combate à discriminação, impende o Estado a desenvolver uma reflexão sobre os métodos de recolha, a formulação de categorias, e os métodos de classificação. No fundo, e de forma mais precisa, deverá haver uma ponderação dos interesses legítimos, deverão ser considerados critérios de necessidade e de proporcionalidade, geridos e avaliados os riscos, e, adotadas medidas de prevenção. Isto posto, são os trabalhos de investigação um auxílio fundamental na formulação daquelas políticas, permitindo melhor compreender atitudes, processos e estruturas discriminatórias²⁴⁶. Atenta à importância destes trabalhos, a União Europeia tem provido apoio a vários estudos sobre a questão da recolha de dados e a promoção da igualdade de tratamento, ciente do impacto que eles têm no tratamento dos fenómenos discriminatórios e no auxílio aos grupos que lhe estão sujeitos²⁴⁷.

Depois, o conhecimento do quadro geral de diversidade da população funciona como um instrumento importante no auxílio da formulação de políticas de combate à discriminação por

²⁴³ Jorge Reis Novais, *Os princípios constitucionais estruturantes da República Portuguesa*, Coimbra, Coimbra Editora, 2004, pp. 101-105

²⁴⁴ Wu, X., Ramesh, M., Howlett, M., & Fritzen, S., *Guia de Políticas Públicas: Gerenciando Processos*, Brasília, ENAP, 2014, disponível em: <https://repositorio.enap.gov.br/bitstream/1/2555/1/Guia%20de%20Pol%C3%ADticas%20P%C3%ABlicas%20Gerenciando%20Processos.pdf>, pp. 51 -76

²⁴⁵ *Apud* Julie Ringelheim e Olivier De Schutter, *Ethnic monitoring. The processing of racial and ethnic data in anti-discrimination policies: reconciling the promotion of equality with privacy rights*, ob. cit., pp. 134-135

²⁴⁶ *Ibidem*, p. 15

²⁴⁷ A título de exemplo, Timo Makkonen, *Measuring Discrimination: Data Collection and EU Equality Law*, European Commission, DG for Employment, Social Affairs and Equal opportunities, Bruxelas, 2007; Timo Makkonen, *European Handbook on Equality Data*, European Commission, DG Employment, Social Affairs and Equal opportunities, Bruxelas, 2016; Lilla Farkas, *Analysis and comparative review of equality data collection practices in the European Union. Data collection in the field of ethnicity*, Directorate-General for Justice and Consumers, 2017.

parte do Estado: devem ser identificados os grupos expostos à discriminação, o lugar em que essa desigualdade fática se verifica, deve ser analisada a sua natureza e medida a sua escala²⁴⁸.

Determinar desta forma os contornos do problema demanda uma necessidade de identificar e recolher informação sobre os membros de grupos vulneráveis. A recolha de informações sob a forma de estatísticas, assemelha-se desta forma, como uma ferramenta fundamental na concretização da fórmula dworkiniana de tratar o outro *como* igual. É esta, de resto, a proposta de vários organismos.

O Comité Consultivo da Convenção Quadro para a Proteção das Minorias Nacionais e a Comissão Europeia contra o Terrorismo e a Intolerância, convidam a maioria dos Estados europeus a melhorar os seus sistemas de recolha de dados, de modo a conceber, implementar e monitorizar políticas eficazes de proteção das minorias e de promoção da igualdade. Insistindo ao mesmo tempo, para que essa recolha se dê com total respeito pelas normas de proteção de dados pessoais²⁴⁹. Aliás, algumas disposições da Convenção²⁵⁰, demandam que sejam criadas condições que garantam determinados direitos: o n.º 2, do artigo 10.º da Convenção dispõe que os Estados têm a obrigação de garantir que as pessoas pertencentes a um determinado grupo minoritário possam usar a linguagem nas relações com as autoridades administrativas; o n.º 2, do artigo 14.º impõe um esforço no sentido de se tornar possível a aprendizagem da língua minoritária ou de receber um ensino nesta língua, no quadro do respetivo ensino educativo,

²⁴⁸ Julie Ringelheim e Olivier De Schutter, *Ethnic monitoring. The processing of racial and ethnic data in anti-discrimination policies: reconciling the promotion of equality with privacy rights*, ob. cit., p. 14

²⁴⁹ Recomendação de Política Geral N.º 1 da ECRI, A luta contra o racismo, a xenofobia, o antisemitismo e a intolerância, CRI (96) 43 rev., adotada a 4 de outubro de 1996, disponível em: <https://www.coe.int/en/web/european-commission-against-racism-and-intolerance/recommendation-no.1>, recomenda aos Estado-Membros do Conselho da Europa que “Visto que a concepção e a execução eficaz de políticas nas áreas acima referidas podem dificilmente fazer-se sem dados sólidos, recolher, se for caso disso, em conformidade com as leis, regulamentações e recomendações europeias relativas à protecção de dados e à protecção da vida privada, os dados que permitam avaliar a situação e as experiências de grupos particularmente vulneráveis ao racismo, à xenofobia, ao antisemitismo e à intolerância.”. Ver por exemplo, como esta recomendação tem sido feita a Portugal desde 2002 – Segundo Relatório da ECRI sobre Portugal, adotado a 20 de março de 2002, § 44 e 45; Terceiro Relatório da ECRI sobre Portugal adotado a 30 de junho de 2007, § 101; Quarto Relatório da ECRI sobre Portugal, adotado a 21 de março de 2013, § 196; Conclusões sobre a implementação das recomendações feitas a Portugal, de 17 de março de 2016 (publicadas a 7 de junho de 2016); Quinto Relatório da ECRI sobre Portugal, adotado a 19 de junho de 2018, § 72, *in fine* – por todos ver: <https://www.coe.int/en/web/european-commission-against-racism-and-intolerance/portugal>. A propósito do Comité Consultivo para a Convenção Quadro veja-se a título exemplificativo: Quarta opinião sobre a Suíça, do Comité Consultivo para a Convenção Quadro de Proteção das Minorias Nacionais, adotada a 31 de maio de 2018, ACFC/OP/IV(2018)003, pp. 11-12; Quarta opinião sobre a Hungria, do Comité Consultivo para a Convenção Quadro de Proteção das Minorias Nacionais, adotada a 25 de fevereiro de 2016, ACFC/OP/IV(2016)003, pp. 12-13; Quarta Opinião sobre a Suécia, do Comité Consultivo para a Convenção Quadro de Proteção das Minorias Nacionais, adotada a 22 de junho de 2017, ACFC/OP/IV(2017)004, pp. 13-14 – por todos ver: <https://www.coe.int/en/web/minorities/country-specific-monitoring>

²⁵⁰ *Convenção Quadro para a Proteção das Minorias Nacionais*, adotada a 1 de fevereiro de 1995 e entrada em vigor na ordem internacional a 1 de fevereiro de 1998. Disponível em: <http://gddc.ministeriopublico.pt/instrumento/convencao-quadro-para-proteccao-das-minorias-nacionais-22>

perante pessoas pertencentes a minorias nacionais, desde que existindo uma suficiente procura; o n.º 3, do artigo 11.º, determina que os Estados se esforcem por apresentar as denominações tradicionais locais, nomes de ruas e outras indicações topográficas destinadas ao público igualmente na língua minoritária sempre que haja uma suficiente procura para tais indicações.

Desde a adoção em 2000 das duas diretivas sobre a igualdade, resultado legislativo empreendido num esforço de atribuir alguma solidez ao artigo 13.º do Tratado da União Europeia, a Comissão Europeia tem advertido para a falta de dados na maioria dos países membros como um sério obstáculo ao desenvolvimento e à análise de políticas no campo da antidiscriminação²⁵¹. A própria Diretiva 2000/43/CE, procura no artigo 17.º, incentivar os Estados a formular medidas que garantam o efetivo cumprimento da mesma. É essa, aliás, a razão pela qual eles estão impelidos de, com uma regularidade quinquenal, dar a conhecer à Comissão um relatório sobre a aplicação da Diretiva, garantindo que este é um instrumento jurídico com uma aplicabilidade que se pretende efetivamente real.

Esta orientação faz eco da posição assumida por um outro organismo internacional encarregado de monitorizar o combate à discriminação: o Comité das Nações Unidas para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação (CERD)²⁵².

2.2. A determinação de ações positivas

Uma lei geral e abstrata poderá não ser suficiente na garantia do respeito pelo princípio da igualdade se se tratarem situações de facto diferentes, de igual forma, e, situações iguais de forma diferente. Jorge Reis Novais afirma “(...) a generalidade nem é condição suficiente nem necessária da igualdade.”²⁵³. Assim, uma lei individual e concreta poderá ser, nestes termos, uma necessidade da igualdade, quando certos indivíduos reúnam condições intrínsecas que os distinguem de outros cidadãos. Trata-se de repor a justiça, reagindo a situações de desigualdade fática.

²⁵¹ European Commission, DG for Employment, Social Affairs and Equal opportunities, *Equality and Non-discrimination in an Enlarged European union*, Green Paper, 2004, pp. 22-23, disponível em: <https://ec.europa.eu/transparency/regdoc/?fuseaction=list&coteId=1&year=2004&number=379&language=EN>. Veja-se também a Comunicação da Comissão ao Conselho, ao Parlamento Europeu, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões, de 1 de junho de 2005 – “Combate à discriminação e igualdade de oportunidades para todos – Uma estratégia-quadro” [COM (2005) 224 – Jornal Oficial C 236 de 24.9.2005].

²⁵² Cfr. Recomendação IV do Comité das Nações Unidas para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação, relativo aos relatórios dos Estados Parte, HRI/GEN/1/Rev.9 (Vol. II), 27 de maio de 2008, p. 271.

²⁵³ Jorge Reis Novais, *Os princípios constitucionais estruturantes da República Portuguesa*, ob. cit., p. 104

Ora, estatísticas sobre a origem racial e étnica, permitirão ao Estado, às entidades empregadoras e às diversas instituições executarem um exercício de avaliação das suas práticas e repensarem medidas que possam corrigir um sistema desigual. Essas medidas corretivas, destinadas a compensar desvantagens, podem assumir a forma de ações positivas.

No que a nós nos diz respeito, a Constituição portuguesa consagra ambas as dimensões da igualdade, e procura dar resposta normativa às diferentes situações de discriminação²⁵⁴. Vale recordar que a jurisprudência constitucional portuguesa procede à identificação, no que ao controlo do respeito pelo princípio da igualdade se refere, de três dimensões, em concreto, a proibição do arbítrio (tratar igual o que é igual e tratar de forma diferente o que é diferente), a proibição de discriminação (proibição de um tratamento diferenciado com base nos elementos enumerados no n.º 2 do artigo 13.º) e a obrigação de diferenciação, enquanto forma de prevenir e compensar efeitos discriminatórios que perduram na história e alcançar uma igualdade de resultados²⁵⁵.

A própria Diretiva 2000/43/CE, nota no artigo 5.º a competência dos Estados para criar medidas específicas de discriminação positiva que possam “prevenir” ou “compensar”. Sendo que, como explica Dulce Lopes e Maria Lucinda da Silva, com a expressão “prevenir”, a diretiva refere-se a medidas que contornem obstáculos impeditivos do acesso a determinadas vantagens, assegurando uma “igualdade à partida”; a expressão “compensar”, poderá traduzir o objetivo de assegurar uma “igualdade de chegada ou de resultados” e é, aliás, um apelo direto ao uso de medidas mais difundidas como o sistema de quotas e o sistema de preferências²⁵⁶.

Do ponto de vista constitucional, novamente, embora as discriminações positivas nem sempre se traduzam em “imposições constitucionais de diferenciação”, elas serão, com certeza, “opções de diferenciação legítimas” do legislador²⁵⁷, porque resulta desde logo das alíneas b) e d) do artigo 9.º da CRP (norma-tarefa, definidora das tarefas prioritárias do Estado), a incumbência do Estado promover uma “igualdade real” entre os portugueses, bem como garantir os direitos e liberdades fundamentais (entre os quais, o direito a não ser discriminado, artigo 13.º da CRP). Além do mais, a Constituição parece querer projetar uma imagem de Homem que não é realidade abstrata, mas antes é ser real e concreto – é a esta pessoa concreta

²⁵⁴ Ibidem, p. 105

²⁵⁵ Jorge Miranda e Rui Medeiros, *Constituição Portuguesa Anotada*, ob. cit., p. 224

²⁵⁶ Dulce Lopes e Lucinda Dias da Silva, “Xadrez Policromo: A Diretiva 2000/43/CE do Conselho e o Princípio da Não Discriminação em Razão da Raça e Origem Étnica”, in *Estudos Dedicados ao Prof. Doutor Mário Júlio de Almeida Costa*, Gomes/ Júlio (coord.), Lisboa, Universidade Católica Editora, 2002, pp. 393-438, pp. 410-411

²⁵⁷ Jorge Miranda e Rui Medeiros, *Constituição Portuguesa Anotada*, ob. cit., p. 232; ver também Mariana Canotilho, *El principio de igualdad en el Derecho Constitucional Europeo*, Tesis Doctoral, Universidad de Granada, 2014-2015, pp. 134-135. Disponível em: <http://hdl.handle.net/10481/41149>

que o Estado deve assistência, cuidado e realização efetiva de uma igualdade material²⁵⁸. Depois, sabe-se que nos casos em que se mostra necessária uma obrigação de diferenciação para compensar uma desigualdade de oportunidades, ao princípio da igualdade somam-se-lhe duas funções: a função social de eliminar ou atenuar a desigualdade de facto, e, uma função de proteção que invoca uma “*imposição constitucional*” de igualdade de oportunidades, cujo o não cumprimento permite que se fale numa inconstitucionalidade por omissão²⁵⁹.

Em particular, a jurisprudência constitucional tem reconhecido esta obrigação de diferenciação positiva a propósito de outros fatores que não envolvem as minorias étnico-culturais²⁶⁰. E parece-nos que, neste sentido, e quando se justifique, o mesmo tratamento deverá ser dado em razão de discriminações (ilícitas) assentes na raça e/ou etnia, sempre que um concreto contexto sociocultural o imponha, por forma a alcançar finalidades constitucionalmente desejáveis. Note-se que, todavia, para serem admissíveis, as discriminações positivas devem fundar-se numa razão materialmente razoável e o grau de diferenciação (positiva) determinado, tem que possuir uma justificação plausível – isto é, devem estar reunidos dois requisitos: existir um fundamento e deter a certeza de que é construída com essa medida uma igualdade proporcional²⁶¹. Soma-se ainda, a proibição do n.º 3 do artigo 18.º da CRP²⁶² de que sejam formuladas leis restritivas de direitos fundamentais que não sejam gerais e abstratas e que introduz, quando entendida em termos estritos, alguma rigidez na tarefa de criar diferenciações assentes na busca urgente de uma igualdade real²⁶³. Jorge Miranda e Rui Medeiros, alertam ainda que o princípio da igualdade não deve ser interpretado como uma “ilha”, e, portanto, deve ser empreendida uma leitura do mesmo em articulação com o princípio da proporcionalidade e com o princípio do Estado unitário regional e descentralizado²⁶⁴.

Estatísticas sobre a raça e a etnia deverão surgir, no final, como suporte vantajoso para a formulação de discriminações positivas, verdadeiras “desigualdades de direito” e resposta

²⁵⁸ Gomes Canotilho e Vital Moreira, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, ob. cit., p. 81

²⁵⁹ J. J. Gomes Canotilho e Vital Moreira, *Constituição da República Portuguesa anotada*, ob. cit., pp. 341-342

²⁶⁰ Cfr. Ac. n.º 191/88; 231/94; 609794; 713/96.

²⁶¹ Jorge Miranda e Rui Medeiros, *Constituição Portuguesa Anotada*, ob. cit., p. 232-235

²⁶² Vale a pena citar: “As leis restritivas de direitos, liberdades e garantias têm de revestir carácter geral e abstrato (...)”.

²⁶³ Para mais detalhe sobre as dificuldades que a proibição contida no n.º 3 do artigo 18.º da CRP pode provocar no campo das diferenciações legítimas consultar: Jorge Reis Novais, *Os princípios constitucionais estruturantes da República Portuguesa*, ob. cit., pp. 105-115

²⁶⁴ *Ibidem*, p. 233

inexorável às “desigualdades de facto”, deixando em evidência que há uma razão materialmente razoável e participando na tarefa de descortinar o grau da diferenciação positiva.

2.3. A utilização das estatísticas nos processos judiciais – casos de “*Disparate Impact*”

Decorre da Diretiva que aplica o princípio da igualdade de tratamento entre as pessoas sem distinção de origem racial ou étnica, que incumbe à parte demandante provar a existência de indícios de um comportamento discriminatório; uma vez provada, caberá ao demandado a prova da inexistência ou do carácter incerto de tais indícios, ou, em alternativa, de que o facto que a eles se associa não reveste a natureza de prática discriminatória, não consubstanciando uma violação do princípio da proibição da discriminação²⁶⁵.

Porém, embora se saiba que a disposição sobre o ónus está formulada em termos gerais, a discriminação direta e a discriminação indireta distinguem-se e possuem tratamentos diferentes no domínio probatório. À luz da Diretiva 2000/43/CE e da Lei n.º 93/2017, haverá discriminação direta sempre que uma pessoa receba um tratamento menos favorável que o que é prestado a outra pessoa numa situação de paridade, e, discriminação indireta quando um critério, prática ou disposição aparentemente neutra seja responsável por colocar numa posição de desigualdade determinadas pessoas por comparação a outras, e desde que o critério, prática ou disposição não justifique um interesse legítimo²⁶⁶. Daqui resulta que, se na discriminação direta o demandante possui o ónus de provar por comparação, isto é, deixar inequívoco que outra pessoa de diferente origem étnica ou racial seria alvo de uma posição privilegiada ou benefício; na discriminação indireta, as dificuldades de prova são maiores, desde logo porque se trata de um comportamento discriminatório que é aparentemente neutral, inocente (e logo, de difícil avaliação metodológica²⁶⁷), que cria uma desvantagem que se faz estender a todos os elementos do grupo, e, por isso, passamos a lidar com um quadro de situações e conceitos incertos, parcamente delimitados. A ponderação e o modo de atuação perante estas situações que afetam de forma indireta, que acarretam um impacto díspar para os membros de um determinado grupo social – na expressão em inglês, situações de “*disparate impact*” – acaba por ser fundamental, uma vez que a resposta dada representará uma importante forma de tutela

²⁶⁵ Sobre o ónus da prova, artigo 8.º da Diretiva 2000/43/CE do Conselho de 29 de junho de 2000.

²⁶⁶ Ver artigo 2.º, n.º 1, alíneas a) e b) da Diretiva 2000/43/CE do Conselho de 29 de junho de 2000; artigo 3.º, n.º 1, alínea b) e c) da Lei n.º 93/2017 de 23 de agosto.

²⁶⁷ Mariana Canotilho, *El principio de igualdad en el Derecho Constitucional Europeo*, ob. cit., p. 271

dos grupos minoritários e da sua identidade²⁶⁸. A incerteza associada a este tipo de discriminação justifica que se deva recorrer a instrumentos tais como as estatísticas, uma vez que o seu carácter dimensional amplo colocaria em evidência de forma mais simplificada para o proponente, que determinado critério, prática ou disposição provoca um impacto desproporcionalmente negativo num determinado grupo de pessoas²⁶⁹. Aliás, o próprio considerando n.º 15 do preâmbulo da Diretiva 2000/43/CE, alerta para a possibilidade de o direito nacional prever, a propósito da discriminação indireta, meios de prova estatísticos. Julie Ringelheim e Olivier De Schutter criticam que a Diretiva tenha deixado em aberto a hipótese de os Estados-membros decidirem se permitem ou não às vítimas, sob quem impende o ónus da prova inicialmente, usarem como meio de prova resultados estatísticos, estabelecendo desse modo uma presunção de discriminação²⁷⁰. Sobretudo, porque nos Estados-Membros onde não haja à disposição esta opção, é quase impossível provar que houve discriminação indireta, excluindo-se a oportunidade de ouvir o autor da medida aparentemente neutra justificar-se sobre a prática, disposição ou critério por ele qualificado de adequado e necessário para o objetivo legítimo. Entendem por isso, que há aqui uma redução do alcance do princípio da igualdade de tratamento. E, embora estes autores tenham presente a dificuldade em encontrar estatísticas oficiais sobre a raça e a etnia nos Estados-Membros, bem como o problema que poderá representar a não definição de um método de comparação que impenda sobre a prática, disposição ou critério adotado pelo demandado, entre um e o outro grupo que sofreu a presumida discriminação²⁷¹, eles recordam que a autonomia processual dos Estados-Membros não é ilimitada, estando vinculada aos princípios comunitários da equivalência e da eficácia.

É certo que o ónus da prova assim disposto, pode representar um fardo pesado a ultrapassar por todos os presumíveis ofendidos num caso de “*disparate impact*”. É igualmente verdade que meios de prova assentes em dados estatísticos sobre a raça e a etnia poderiam aliviar o peso que recai sobre o demandante. Todavia, a recolha de dados com esta natureza altamente sensível,

²⁶⁸ Ibidem, p. 271

²⁶⁹ Neste sentido, cfr. FRA - European Union Agency for Fundamental Rights, *The racial equality directive: application and challenges*, Luxembourg: Publications Office of the European Union, 2012, pp. 13-14; A propósito do uso de estatísticas na qualidade de instrumento de prova de discriminação indireta, no caso, no âmbito de ações em que há uma alegada violação do princípio da igualdade entre homens e mulheres, veja-se o Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia (quinta secção) de 23 de outubro de 2003, processos C-4/02 e C-5/02 que opôs *Hilde Schönheit c. Stadt Frankfurt am Main* e *Silvia Becker c. Land Hessen*; Acórdão do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos de 13 de novembro de 2007, *D.H. e Outros c. The Czech Republic*.

²⁷⁰ Julie Ringelheim e Olivier De Schutter, *Ethnic monitoring. The processing of racial and ethnic data in anti-discrimination policies: reconciling the promotion of equality with privacy rights*, ob. cit., pp. 29-34

²⁷¹ Timo Makonnen, *Measuring Discrimination. Data Collection and European Union Equality Law*, ob. cit., pp. 36-38

obriga a que façamos uma ponderação dos bens jurídicos em causa. O exercício que importará fazer é o de perceber se a recolha daqueles dados trará benefícios para a sociedade como um todo, isto é, se é não apenas do interesse do ofendido que existam esses meios de prova estatísticos, mas também, e sobretudo, do interesse público. Na ciência jurídica pode acontecer que se tenham que restringir certos direitos em benefício de outros, e, essa complexa ponderação deverá sempre fazer uso das medidas da adequação, necessidade e proibição do excesso.

3. Para lá do horizonte desejado

3.1. A morte da privacidade?

A construção do “eu” faz-se passando por uma multiplicidade de identidades, delimitando-se entre muitas camadas identitárias. É um processo transitivo, a todo o tempo alterável. É esta identidade líquida, além do mais, parte da esfera íntima e núcleo duro do direito de reserva da vida privada, pelo que recolher informações sobre ela poderá traduzir-se numa intromissão excessiva na esfera da intimidade de qualquer indivíduo. Inclusive, note-se que a proibição expressa no n.º 3 do artigo 35.º da CRP é um outro direito fundamental que funciona como garantia deste. O próprio texto constitucional no n.º 2 do artigo 26.^{o272}, encarrega a lei de garantir efetiva proteção ao direito de reserva da vida privada, sobretudo dadas as facilidades que os tempos de hoje compõem de recolha de dados e devassa da privacidade. É precisamente nesse sentido que, como já referido, vários autores, bem como organismos, recomendam a utilização do método da autoidentificação, na qualidade de critério que melhor se coaduna com o princípio da autonomia individual, derivado do princípio de reserva da vida privada²⁷³. Se a privacidade garante e protege um espaço para a realização e determinação do “eu”, livre de intromissões externas, qualquer limitação ao direito de reserva da intimidade da vida privada terá de se fazer acompanhar de razões que legitimem a sua forma, medida e alcance.

Por essa razão, a recolha e o tratamento de dados sobre a pertença étnica e racial pode acarretar sérios problemas na garantia e exercício do direito de reserva da vida privada, a menos que os dados sejam anonimizados ou pseudonimizados²⁷⁴. Uma recolha desta índole, referente

²⁷² Vale a pena transcrever: “A lei estabelecerá garantias efetivas contra a obtenção e utilização abusivas, ou contrárias à dignidade humana, de informações relativas às pessoas e famílias.”

²⁷³ Fazemos remissão para o Capítulo II, ponto 1.3. deste trabalho.

²⁷⁴ Como aliás é obrigatório que assim se suceda no caso de os dados serem tratados para fins estatísticos, ver o n.º 5 do artigo 31.º da Lei n.º 58/2019 de 8 de agosto.

a dados pessoais sensíveis, ainda que não seja impossível, demanda que sejam tomados os devidos cuidados. O próprio RGPD implica que seja feita uma avaliação de impacto, deixando a autorização da recolha dependente do estudo e análise de um conjunto de critérios: a existência de interesses legítimos; a verificação da necessidade e da proporcionalidade; gestão e avaliação dos riscos; e a adoção de medidas de prevenção dos riscos²⁷⁵. Concomitantemente, devem estar garantidas medidas técnicas e organizativas que assegurem o respeito pelo princípio da proporcionalidade, da minimização dos dados e da sua segurança (pseudonimização)²⁷⁶.

Ora, definir com rigor a privacidade parece ser uma tarefa utópica. Quando em 1890 Louis Brandeis e Samuel Warren publicavam na *Harvard Law Review* um artigo intitulado “The right to privacy”²⁷⁷ empreendiam o estudo de um conceito que, como outros no Direito, denuncia padecer de alguma indeterminabilidade. Era esta, no fundo, uma resposta à necessidade da *common law* reagir a situações em que os avanços tecnológicos tornavam mais fácil a violação da reserva da vida privada. No decorrer de uma linha evolutiva, que terá começado essencialmente com o caso *Griswold c. Connecticut*, a *privacy* adquiriu mais tarde uma outra manifestação – a de *decisional privacy* – passando a relevar como direito constitucional e aproximando-se da ideia de tutela de liberdade individual²⁷⁸. Ainda que o conceito de privacidade seja polimorfo segundo uns²⁷⁹, ou “obscuro” e “vazio” segundo outros²⁸⁰, o seu conteúdo poderá ser descortinado se se atentar ao interesse concreto em causa. E, portanto, no caso da recolha de dados sobre a pertença étnica e racial, está não só em causa o direito do indivíduo possuir e controlar a informação que respeita à sua esfera de intimidade – num sentido lato, abordar a privacidade é tratar da informação, sendo nesse caso a privacidade, a “pretensão de indivíduos, grupos, ou instituições de determinar para eles quando, como e em que medida informação sobre eles é comunicada a outros.”²⁸¹ –, como também o direito do sujeito atuar

²⁷⁵ Cfr. artigo 35.º, n.º 3 e n.º 7 do RGPD.

²⁷⁶ Cfr. artigo 9.º, n.º 2, alínea j) e 89.º, n.º 1 do RGPD.

²⁷⁷ Samuel Warren e Louis Brandeis, “The Right to Privacy”, *Harvard Law Review*, vol. 4, n.º 5, 15 de dezembro de 1890, pp. 193-220. Disponível em: www.jstor.org/stable/1321160

²⁷⁸ Paulo Mota Pinto, *O direito à reserva sobre a intimidade da vida privada*, ob. cit., pp.512-516; Alexandre Sousa Pinheiro, “A privacy nos Estados Unidos: uma viagem entre o direito e a política”, in *Estudos de homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda*, vol. 1, 2012, pp. 139-164

²⁷⁹ Luísa Neto, *O direito fundamental à disposição sobre o próprio corpo (a relevância da vontade na configuração do seu regime)*, Coimbra, Coimbra Editora, 2004, p. 519

²⁸⁰ Ver Paulo Mota Pinto, *O direito à reserva sobre a intimidade da vida privada*, ob. cit., p. 504

²⁸¹ Compreensão empreendida por vários autores (Wacks, Gavison, Westin), *apud* Paulo Mota Pinto, *O direito à reserva sobre a intimidade da vida privada*, ob. cit., p. 506

numa esfera de autonomia e liberdade individual optando por revelar na recolha essa parte da sua identidade ou de não o fazer ao abrigo de um direito a “ser” em segredo.

A recolha de dados sobre a origem racial e étnica cria, portanto, uma tensão entre o social e o individual deixando a descoberto o problema da dialética entre as dimensões social e pessoal do Homem²⁸².

Depois, ainda que o direito de reserva da vida privada, seja uma expressão mais definida do princípio da dignidade da pessoa humana e use este princípio como seu parâmetro de controlo, vale recordar que esse mesmo princípio constitucional (da dignidade da pessoa humana) pode igualmente ser invocado e aplicado contra direitos fundamentais, com vista à resolução de um conflito jurídico entre direitos fundamentais ou uma colisão entre estes e outros bens constitucionalmente protegidos. Ora, para que possamos perceber de que forma é que a restrição de direitos fundamentais pode ocorrer em nome do princípio da dignidade da pessoa humana seria importante melhor entender o que nele está compreendido. Todavia, delimitar este princípio revela-se uma tarefa complexa, dado ele relacionar-se com uma transversalidade da ideia de pessoa²⁸³. É, no entanto, tido por consensual que o núcleo da dignidade da pessoa humana está inerentemente ligado ao direito ao livre desenvolvimento da personalidade e à autonomia individual²⁸⁴. Decorre da dignidade da pessoa humana um espaço para ela se autodeterminar, auto conformar a sua vida, isto é, é garantida à pessoa a autonomia para se reger e vincular²⁸⁵.

Some-se a isto, o facto de o postulado da dignidade da pessoa humana, para além de possuir uma dupla dimensão (ela é norma princípio e é norma regra), ser também uma norma com uma função defensiva ou negativa e uma função de proteção ou positiva²⁸⁶. Ora, será no âmbito da função de proteção, função positiva, que o princípio da dignidade assumirá uma faceta mais ativa, no sentido de servir de fundamento para a restrição ou limitação de certos direitos fundamentais em razão de outros.

Isto posto, podemos afirmar que uma recolha de dados sobre a pertença étnica racial que assente na liberdade de resposta (recolha voluntária, de resposta facultativa) não ofende o

²⁸² Paulo Mota Pinto, *O direito à reserva sobre a intimidade da vida privada*, ob. cit., pp. 509-510

²⁸³ Mariana Melo Egídio, “O argumento do princípio da dignidade da pessoa humana: paternalismo jurídico e restrições a direitos fundamentais”, in Jorge Reis Novais, Tiago Fidalgo de Freitas, *A dignidade da pessoa humana na justiça constitucional*, Coimbra, Almedina, 2018, p. 391

²⁸⁴ Jorge Reis Novais, “*Renúncia a direitos fundamentais*”, *Direitos fundamentais. Trunfos contra a maioria*, Coimbra, Coimbra Editora, 2006, p. 277.

²⁸⁵ Gomes Canotilho e Vital Moreira, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, ob. cit., p. 199

²⁸⁶ Mariana Melo Egídio, “O argumento do princípio da dignidade da pessoa humana: paternalismo jurídico e restrições a direitos fundamentais”, ob. cit., pp. 396-398

núcleo essencial do princípio da dignidade da pessoa humana – autonomia individual e o direito ao livre desenvolvimento – e, portanto, aquele princípio pode ser utilizado na ótica de função positiva, restringindo ou limitando determinados direitos, como sejam, no âmbito da recolha, os de identidade pessoal, livre desenvolvimento da personalidade e direito à reserva da vida privada. Aliás, a resposta facultativa, exprime um espaço de autonomia em que o indivíduo pode refletir e responsabilizar-se pela pessoa que é, e pelo projeto de vida que pretende levar, ou, pelo contrário, garante igualmente a liberdade de não o fazer – direito a “ser” em segredo.

Se, porém, a recolha significar uma resposta obrigatória, teremos de admitir haver nesse caso uma violação do núcleo essencial do princípio da dignidade da pessoa humana, por ser eliminada a autonomia do indivíduo de se autodeterminar, ficando inviabilizada qualquer tentativa de formular estatísticas. Depois note-se, esta recolha, embora arraste o direito de reserva da vida privada para uma esfera de perigos, tem como fundamento o combate de comportamentos discriminatórios, isto é, uma efetiva concretização de uma igualdade material. Porque o Estado de Direito está obrigado a respeitar os direitos fundamentais, a necessidade de proteger o bem-estar, a liberdade e a autonomia, poderão forçar os poderes públicos a limitar certas formas de exercer um direito. Os direitos fundamentais podem, por isso, ser limitados em função da necessidade da prossecução de outros bens, valores e interesses, igualmente dignos de tutela jurídica²⁸⁷. O direito de ser tratado como igual, isto é, uma aplicação não apenas formal do princípio da igualdade, mas sobretudo substancial, é um dos direitos fundamentais que poderá inevitavelmente implicar que o princípio de proteção da dignidade possa ser invocado contra o direito de reserva da vida privada – o interesse público daquele pode implicar uma limitação deste (do direito de reserva da vida privada). Acresce que os direitos fundamentais, enquanto garantias jurídicas *sui generis*, implicam, por motivos de segurança e certeza jurídica, que se faça uma ponderação casuística. Jorge Reis Novais, afirma neste sentido que os direitos fundamentais são dotados de uma “reserva geral imanente de ponderação com outros direitos, princípios, bens ou valores”²⁸⁸. A dignidade deixa de exercer um papel neutral, e passa a ter uma função mais ativa enquanto parâmetro de controlo em contexto de potencial conflitualidade. E note-se que, com a invocação do princípio da dignidade enquanto instrumento que irá limitar outro direito fundamental, no caso, o direito de reserva da vida privada, não se está a gerar a possibilidade de instrumentalização e manipulação do postulado

²⁸⁷ Jorge Reis Novais, *A dignidade da pessoa humana. Vol. 1: Dignidade e direitos fundamentais*, Coimbra, Almedina, 2015, pp. 97-100.

²⁸⁸ *Ibidem*, p.99

da dignidade, pois que a função ativa que assume de limitar, é agora enquadrada num quadro de inclusividade e de respeito pela diversidade.

Deverá, por conseguinte, ser feita uma reflexão sobre a necessidade, o excesso e proporcionalidade de se proceder à recolha de dados tão íntimos como a etnia e a raça, de entender se esta é uma medida com uma natureza excessiva, ou, se ela responde bem ao interesse público, à ordem pública, isto é, perceber esta recolha como um meio de proteger grupos social e culturalmente discriminados, limitando um outro direito fundamental²⁸⁹.

Qualquer prognose sobre as repercussões que esta recolha possa vir a ter, envolverá a necessidade de serem realizados juízos de adequação política e estudos comparativos que atendam à vida contemporânea e ao seu estado de composição.

3.2. O perigo atual do “*Ethnic Profiling*”

Quando em 1999 um cidadão nascido na Chechénia, mas com residência na República da Kabardino-Balkaria da Rússia, é barrado na fronteira sendo a sua entrada no país russo vedada por oficiais de um posto de controlo de Uruk que asseguravam estar a cumprir ordens do Ministério do Interior de Kabardino-Balkaria, de não admitir a entrada de ninguém de origem étnica chechena, surgiu um dos primeiros casos sobre a construção de perfis com base na raça ou etnia, na expressão em inglês, “*ethnic profiling*”²⁹⁰.

Assim entendido, o “*ethnic profiling*” pressupõe o estabelecimento de uma relação entre possuir uma certa origem nacional, ser membro de um determinado grupo étnico, racial ou religioso e a propensão para a prática de certos crimes, funcionando como um método de detenção e de prevenção de delitos²⁹¹.

Não se confundem, todavia, a construção de perfis étnicos (“*ethnic profiling*”) com a construção de perfis criminais (“*criminal profiling*”). Designando a última, uma prática policial que faz uso de um conjunto definido de características para procurar e apreender alguém que cometeu um crime (criação de um perfil criminal) ou para identificar pessoas que reúnem a probabilidade de se envolverem em atividades criminosas (criação de perfil comportamental). De modo que a construção de perfis criminais é lícita, porque baseada em evidências objetivas

²⁸⁹ Sobre os modos como uma restrição de direitos fundamentais pode ocorrer, ver, Luísa Neto, *Novos direitos ou novo[s] objecto[s] para o direito?*, ob. cit., p. 70

²⁹⁰ Acórdão *Timishev c. Rússia*, do TEDH (2ª secção), de 13 de dezembro de 2005.

²⁹¹ Olivier De Schutter, Julie Ringelheim, *Ethnic Profiling: A Rising Challenge for European Human Rights Law*, *Modern Law Review*, [Em linha], Vol. 71, Nº 3: 358-384, (2008), pp. 358-384, [Consult. 11 novembro 2018]. Disponível em: <https://onlinelibrary.wiley.com/doi/10.1111/j.1468-2230.2008.00697.x>, p. 359

e comportamentos individuais, e, portanto, pensada para possibilitar a alocação mais eficiente dos recursos policiais²⁹².

A discussão em redor do fenómeno do “*ethnic profiling*” encontra as suas origens nos anos 90, nos Estados Unidos da América, associada à expressão “*driving while black*” (algo como, “conduzindo enquanto/sendo preto”), para expressar o costume de fazer parar condutores de origem afro-americana ou hispânica, em práticas rotineiras com uma observância superior à ocorrida face a condutores de outras pertenças étnicas ou raciais, invocando a efetiva observância de contraordenações com o específico propósito de procurarem evidências sobre a prática de outros delitos (*e.g.* tráfico de estupefacientes).

O fenómeno acabou por ganhar outra dimensão sobretudo após o 11 de setembro de 2001, marcado pelo ataque às “Torres Gémeas”, até porque foi depois deste acontecimento que a Alemanha procedeu a uma triagem de dados pessoais com o propósito de identificar indivíduos com características similares às dos sujeitos responsáveis pelo ataque (homem, muçulmano, nacional ou nascido num país com população maioritariamente muçulmana), compelindo instituições de diversa ordem (universidades, hospitais, empregadores, etc.) a auxiliar na recolha de tais dados. Esta prática de nome “*Rasterfahndung*”, fez-se corrente até à pronúncia do Tribunal Constitucional Federal Alemão, em 2006, que determinou inconstitucional a medida, por violar o direito à autodeterminação informacional do indivíduo²⁹³.

Ademais o “*ethnic profiling*” é uma prática que se pode revelar arbitrária. É que se nota a existência do fenómeno dividida em dois moldes: a construção de perfis étnicos num molde formal pelas autoridades competentes, e, a construção de perfis étnicos de forma informal, porque assente na subjetividade dos agentes, nas suas experiências, memórias e suposições. Funcionam aqui, portanto, os estereótipos²⁹⁴.

Do ponto de vista do quadro jurídico aplicável, a construção de perfis com base na etnia, raça, religião ou origem nacional, é um ato discriminatório que carece de regulação específica, uma vez não existir um documento legislativo específico que defina a prática e estabeleça os

²⁹² *Ethnic Profiling in the European Union: Pervasive, Ineffective and Discriminatory*, [Em linha], Nova Iorque, Open Society Institute, 2009, [Consult. 10 de outubro]. Disponível em: <https://www.opensocietyfoundations.org/reports/ethnic-profiling-european-union-pervasive-ineffective-and-discriminatory>, p. 8; Para uma informação mais detalhada sobre a criação de perfis algorítmicos ver: *Preventing unlawful profiling today and in the future: a guide*, European Union Agency for Fundamental Rights, 2018, disponível em: <https://fra.europa.eu/en/publication/2018/prevent-unlawful-profiling>; pp. 19-22

²⁹³ Olivier De Schutter, Julie Ringelheim, *Ethnic Profiling: A Rising Challenge for European Human Rights Law*, ob. cit., p. 359

²⁹⁴ Ibidem, p. 362; Mathias Möschel, “Racial Stereotypes and human rights”, ob. cit., p. 124 e pp. 128-129

termos em que ela deve ser punível²⁹⁵. Por conseguinte, a prática apenas pode ser impugnada junto das instâncias competentes através da invocação de direitos consagrados em instrumentos jurídicos nacionais, europeus e internacionais: violação do princípio da igualdade (artigo 13.º da CRP, artigo 14.º da *Convenção Europeia dos Direitos do Homem* e Protocolo n.º 12 anexo à Convenção, em particular o seu artigo 1.º, artigo 26.º do *Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos*, artigo 7.º da *Declaração Universal dos Direitos do Homem*, artigo 21.º da *Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia*), do direito à identidade pessoal, ao desenvolvimento da personalidade e ao direito de reserva da vida privada (artigo 26.º da CRP, artigo 8.º da *CEDH*, artigo 12.º da *DUDH*); e ainda, podemos afirmar a prática ser punível, tendo em conta, no território da U.E., a aplicação do n.º 3 do artigo 11.º da Diretiva (UE) 2016/680 do Parlamento Europeu e do Conselho de 27 de abril de 2016²⁹⁶, bem como do seu considerando n.º 38, ambos claros quando afirmam que ninguém pode ficar, obrigatoriamente, sujeito a uma decisão que avalie aspetos pessoais que lhe digam respeito, proibindo desta forma a definição de perfis formulados com base em dados pessoais sensíveis que conduza a uma discriminação.

A Comissão Europeia contra o Racismo e a Intolerância alertou na última recomendação geral sobre o combate ao racismo e à discriminação racial no policiamento²⁹⁷, que os órgãos policiais se deveriam abster de estabelecer perfis raciais ou étnicos, utilizando como alternativa a regra da “suspeita razoável”, esforçando-se nomeadamente por combater a discriminação e promover o diálogo junto dos grupos minoritários.

Depois, note-se, o “*ethnic profiling*” parece violar igualmente o princípio constitucional da presunção de inocência, em Portugal consagrado no artigo 32.º da CRP, e consagrado universalmente no artigo 11.º da *DUDH*. Aliás, o artigo 5.º da *CEDH* que consagra o direito à liberdade e à segurança jurídica, determina em que casos é que poderá ocorrer qualquer privação da liberdade, excluindo espaços para arbitrariedades ou leituras enviesadas do

²⁹⁵ Olivier De Schutter, Julie Ringelheim, “Ethnic Profiling: A Rising Challenge for European Human Rights Law”, ob. cit., p. 363

²⁹⁶ Diretiva (UE) 2016/680 do Parlamento Europeu e do Conselho de 27 de abril de 2016, relativa à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais pelas autoridades competentes para efeitos de prevenção, investigação, deteção ou repressão de infrações penais ou execução de sanções penais, e à livre circulação desses dados, e que revoga a Decisão-Quadro 2008/977/JAI do Conselho.

²⁹⁷ Ver Recomendação Política Geral n.º 11, sobre o combate ao racismo e à discriminação racial no policiamento, adotada a 29 de junho de 2007. Disponível em: [https://hudoc.ecri.coe.int/eng#{"ECRIIdentifier":\["REC-11-2007-039-ENG"\]}](https://hudoc.ecri.coe.int/eng#{)

princípio da legalidade, da segurança jurídica e da proteção da confiança, expressões privilegiadas do princípio democrático²⁹⁸.

Mais, num estudo realizado pela Agência dos Direitos Fundamentais da União Europeia sobre a prevenção de perfis ilegais²⁹⁹, são apontadas como desvantagens da criação de perfis a quebra de confiança, pelos grupos afetados, nas autoridades policiais e de gestão de fronteiras, minando a eficácia da cooperação pública, por um lado; por outro lado, não é claro o aumento da eficácia das operações policiais com a utilização de perfis – por exemplo, uma pesquisa realizada na Hungria demonstrou que além da comunidade Roma ser desproporcionalmente alvo de paragens pelas autoridades policiais, 79% das abordagens não encontraram qualquer evidência de comportamento criminal, e, apenas 19% dos abordados estavam ligados a pequenas ofensas, cuja a gravidade não atingia o nível criminal, e, portanto, encontravam-se fora do âmbito penal³⁰⁰. Daqui resulta que utilizar a técnica do “*ethnic profiling*” é não apenas ineficaz, mas também contraproducente, como fazem notar Julie Ringelheim e Olivier De Schutter, uma vez que reforça estereótipos e inviabiliza o diálogo e a promoção das boas relações entre os órgãos policiais e as comunidades³⁰¹.

Não cremos por isso, que a recolha de dados sobre a pertença étnica e racial possa ser utilizada para uma construção de perfis étnicos. É que além de a técnica não contribuir para a prevenção eficaz do crime (na medida em que pertença étnico-racial e crime não estabelecem qualquer relação de causa e efeito), não é sustentável num Estado de Direito a utilização de fatores como a raça, a etnia, a origem nacional e a religião, enquanto critérios para a adoção de decisões que determinam a acusação de um sujeito de direito. O problema com o “*ethnic profiling*” é sobre o perfil e não sobre a raça. Significa isto que, a decisão de recolher e processar dados sobre a pertença étnica e racial só deverá passar pelo crivo da autoridade competente (no caso português, o Instituto Nacional de Estatística) quando a finalidade definida seja outra que não a construção de perfis destinados à acusação de alguém com base na sua origem.

²⁹⁸ Ver a título exemplificativo a decisão do Tribunal Constitucional da Eslovénia em que este se pronuncia pela inconstitucionalidade de uma lei policial que previa a possibilidade excessivamente ampla de um agente criar a identidade de uma pessoa com base no seu comportamento, conduta, aparência, ou, por se encontrar num local que suscite a suspeita de que irá ser perpetrado um crime. A argumentação do Tribunal Constitucional foi a de que tal disposição normativa violava o direito de liberdade de movimentos e o direito à reserva da vida privada com tamanha arbitrariedade, causando insegurança jurídica – julgamento U-I-152/03, acessível em: <https://www.us-rs.si/en/index.php>; a propósito do princípio da legalidade e da segurança jurídica na ordem jurídica portuguesa veja-se José Joaquim Gomes Canotilho, *Direito constitucional e teoria da constituição*, ob. cit., pp. 256-257

²⁹⁹ Ver *Preventing unlawful profiling today and in the future: a guide*, European Union Agency for Fundamental Rights, 2018, disponível em: <https://fra.europa.eu/en/publication/2018/prevent-unlawful-profiling>

³⁰⁰ Ver *Preventing unlawful profiling today and in the future: a guide*, ob. cit., pp. 38-51

³⁰¹ Olivier De Schutter, Julie Ringelheim, *Ethnic Profiling: A Rising Challenge for European Human Rights Law*, ob. cit., p. 383

Considerações finais

Muitos anos se passarão e ficará sempre a mesma sensação, no que à diversidade diz respeito – de uns corpos serem mais frágeis do que outros, de uns humanos serem diferentes, embora iguais. Essa diferença materializa-se nos costumes, nos atributos fenotípicos, na religião, na linguagem verbal e corporal, na história que construiu e constrói os Estados. Essa diferença materializa-se nas expressões usadas há séculos: raça e etnia. São conceitos ambíguos e transversais, que variam consoante o lugar e o período histórico. No entanto, quase sempre utilizados como uma forma de legitimar discursos de poder, transformando-os, posteriormente, na dominação, exploração e extinção de uns povos pelos outros. Entendidos como “naturais”, hoje é sabido que são o resultado de construções sociais. Não obstante, continuam a fazer parte da vida quotidiana das pessoas e das instituições, ora como forma identitária, ora como fundamento para um tratamento diferenciado. Por causa dessa ambiguidade, as expressões são utilizadas em documentos nacionais, de plano regional europeu ou em documentos internacionais, com um intuito impressionante e indiciário. Na maior parte dos países europeus, a recolha sobre informações próximas aos conceitos de raça e etnia, faz-se com recurso aos antecedentes de migração, sendo questionada a nacionalidade, a naturalidade, a naturalidade dos pais. O Reino Unido e a Irlanda, afiguram-se como os únicos países europeus a fazer uma recolha de dados que incide diretamente sobre a terminologia raça e etnia. Apesar da diferença de nomenclaturas adotadas, e, embora com a sua maioria se perca o valor étnico informativo, elas possuem em comum apelarem a um sentimento de “origem” ou “pertença”. Esta identidade dinâmica e heterogênea encontra tutela no direito à identidade cultural justificada pelo princípio da dignidade da pessoa que procura proteger a individualidade e autonomia dos sujeitos, assegurando-lhe um espaço de autodescobrimento. Ora, se o Estado pretende equacionar, a partir de uma perspectiva de pluralidade de culturas, uma noção de cultura dinâmica e policêntrica, então precisará inteirar-se da diversidade que o compõe e da importância da autoidentificação e autodeterminação cultural conjugada com a compreensão dialógica do “eu”.

Creemos, por isso, que perceber a diversidade que nos compõe é a única forma de transformar a diferença em identidade. Isto posto, a eventualidade de se criarem questionários que recolham informação sobre a composição étnico-racial merece ponderação. É certo que a recolha e tratamento dos dados com esta sensibilidade, é proibida quando não é permitida. Significa isto que, sendo ela permitida dentro dos limites que vimos previstos pela Constituição (n.º 3 do

artigo 35.º) e n.º 2 do artigo 9.º do RGPD, é porque existirão hipóteses onde se justifica que tal recolha e tratamento ocorra. Com a entrada em vigor do Novo Regulamento Geral de Proteção de Dados no território da União Europeia a 25 de maio de 2018, e com a Lei n.º 58/2019 que o executa em território nacional, a recolha de dados de natureza sensível está dependente de uma Avaliação de Impacto e do cumprimento de um conjunto de direitos conferidos ao titular. Ademais, o princípio de “accountability” implica a implementação de uma verdadeira política de “data governance” que assegure a todo o tempo que os dados sobre a origem étnica e racial serão objeto de um tratamento lícito, leal e transparente; serão recolhidos com finalidades determinadas, explícitas e legítimas – a de desenhar políticas públicas orientadas para a redução das desigualdades; serão adequados, pertinentes e limitados ao necessário; exatos e atualizados; conservados tão só, enquanto as finalidades ainda existirem, e tratados com segurança. É, portanto, um processo temporalmente contínuo, de consumação não imediata, que requer uma vigilância constante.

O perigo de arbitrariedade na construção de categorias, atendendo sobretudo à necessidade de respeitar os sentimentos pessoais de identidade e de procurar cobrir o máximo de diversidade, impõe a participação dos grupos étnicos antes, durante e depois da recolha. Essa parece ser a única garantia de que não será infringida a dimensão informacional do direito à identidade. É essa capacidade e direito dos sujeitos controlarem a informação que lhes diz respeito – viável na recolha com a opção de várias categorias, subcategorias e opções de resposta aberta, ou, traduzida na faculdade livre de resposta – que se consubstancia no direito à autodeterminação informacional, e traduz, no caso em apreço, a forma mais eficaz de garantir a proteção da esfera da vida privada do indivíduo. E vimos como vários organismos europeus recomendam a este propósito o uso do método da autoidentificação, evitando assim que o desenvolvimento e manifestação individual da identidade não fique sob a chancela do Estado. Ponderamos que entidades públicas e privadas poderão fazer a recolha, alertando para a necessidade de se não alhearem da finalidade que legitima o exercício da mesma e demos a conhecer a complexidade em criar categorias seguras tendo em conta a história e o contexto social de cada Estado, bem como expusemos os métodos reconhecidos pela literatura que poderão ser usados pelos indivíduos enquanto instrumento de classificação, não descurando a importância em garantir autonomia e liberdade de o sujeito autoidentificar-se, afastando qualquer intenção mais arbitrária da entidade que procede a recolha.

A caminho do fim, empenhamo-nos na demonstração de como as expressões “raça” e “etnia”, acompanhadas de outros fatores e sustentando, consequentemente, um sistema de valores e *statu quo* dos indivíduos socialmente construídos, se apresentam como vulnerabilidades que fundamentam estereótipos. E, ainda que os estereótipos não se confundam com preconceito, eles tendem a aprisionar grupos de pessoas numa visão padrão tendencialmente falsa. Interpretamos a recolha de dados sobre a pertença étnica e racial, como uma ferramenta capaz de desconstruir esses estereótipos e capaz de compreender de que forma aquelas expressões se relacionam com outras áreas da vida quotidiana. Esta posição implica um Estado responsivo que tenha presente na sua ordem de trabalhos que os estereótipos não fixam identidades, forçam-nas. E que existem ferramentas capazes de combater a sua formulação.

A discriminação é uma falha social comum a todas as sociedades, culturas e regimes, manifesta em vários períodos da história. E, se é verdade que um sentimento desmedido sobre a identidade (*e.g.* patriotismo exacerbado) poderá corromper a convivência em comunidade, ocasionando atos de discriminação ilícita; o não reconhecimento poderá igualmente criar tensões impeditivas daquela convivência. Por essa razão, a literatura aponta para a possibilidade de os dados servirem propósitos amplos, tais como, a formulação de políticas de inclusão e auxílio no controlo de instrumentos jurídicos que fixam medidas anti discriminatórias, encontrando aquelas (as políticas de inclusão) suporte nos trabalhos de investigação – verdadeira ferramenta que abre e fomenta o debate público e promove o reconhecimento; servirem de referência durante o desenvolvimento de ações positivas; facilitarem a prova do demandante em tribunal, nomeadamente, quando em causa esteja uma discriminação indireta.

Todavia, a recolha e o tratamento destes dados, não pode transformar princípios jurídicos e direitos fundamentais em “fórmula vazia”. Podemos dizer que, com esta recolha, estamos perante uma espécie de “jogo de interesses”. Em causa está o direito à identidade, o direito ao livre desenvolvimento da personalidade, sendo que estes dois direitos parecem, neste caso, caminhar lado a lado, e depois então, assoma-se o direito de reserva da intimidade da vida privada, entendido num sentido mais lato – aqui a relevância jurídica do bem “privacidade” implica, quando pensamos na recolha desta informação, uma relação com o princípio da autodeterminação informacional³⁰². Isto acontece, porque a dimensão informacional do direito à identidade que participa na criação de manifestações do direito ao livre desenvolvimento da personalidade, necessita hoje, mais do que no passado e para seu auxílio, de um direito dos

³⁰² Seguimos aqui a linha de Raymon Wacks, *Apud* Paulo Mota Pinto, *O direito à reserva sobre a intimidade da vida privada*, ob. cit., p. 508.

sujeitos a controlarem a sua informação – direito à autodeterminação informacional quer na sua veste de direito de defesa, quer na sua particular condição de direito que possui um papel ativo no desenvolvimento pessoal. Ora, é a privacidade um instrumento indispensável para a realização de outros bens e interesses, criando um espaço de liberdade e autonomia para o desenvolvimento da individualidade, para que a pessoa possa exercer sobre si uma autoavaliação livre de julgamentos alheios³⁰³. O direito de reserva da vida privada assim interpretado, indissociável de outros direitos fundamentais, faz cumprir o postulado da dignidade da pessoa humana. É, no fundo, um direito de reserva da intimidade da vida privada que, tal como acontece com a *privacy* norte-americana, se identifica com todos os demais direitos fundamentais que se ligam à liberdade das pessoas³⁰⁴. Ora, a decisão de revelar parte da sua identidade (informacional) – isto é, a forma como a pessoa se percebe étnica e racialmente – deve, entendemos nós, partir de um conjunto de valorações feitas pelo próprio indivíduo nesse espaço de autonomia e liberdade individual. Depois note-se que, o consentimento prestado pelo sujeito, que acaba por redundar no facto de a resposta dever ser facultativa e que limita parte do seu direito de reserva da vida privada, pode ser revogado por ele a todo o tempo, bastando para tal a invocação do direito ao esquecimento, consagrado no artigo 17.º do RGPD (ainda que saibamos das dificuldades que esse direito ao esquecimento pode acarretar de um ponto de vista técnico-informático, sobretudo com a facilidade de partilha de informação, e ainda conscientes de que, no caso de se tratar de uma recolha para fins de arquivo de interesse público, para fins de investigação científica ou histórica, ou para fins estatísticos, o n.º 1 do artigo 17.º deixa de ter aplicação, nos termos da alínea d) do seu n.º 3 ex vi n.º 1 do artigo 89.º do regulamento citado). É, portanto, a recolha de dados sobre a pertença étnica e racial uma limitação do direito à reserva sobre a intimidade da vida privada dentro dos parâmetros da Constituição (n.º 3 do artigo 35.º), do n.º 2 do artigo 9.º do RGPD e do conjunto de valorações feitas pelo próprio indivíduo num espaço de liberdade individual. Com isto, assumimos que desta forma o sujeito utiliza o seu direito de reserva da vida privada (entendido como um espaço de autonomia e liberdade individual de atuar) para restringir esse mesmo

³⁰³ Paulo Mota Pinto, *O direito à reserva sobre a intimidade da vida privada*, ob. cit., pp. 509-510

³⁰⁴ Este “*the right to be let alone*”, que parte de uma necessidade sentida primeiramente nos EUA de tutelar a informação sobre a pessoa perante um jornalismo “agressivo” e sensacionalista – Samuel Warren e Louis Brandeis foram quem abriu o espaço para a discussão deste tema com a publicação de um influente artigo – rapidamente cresceu e beneficiou, a partir de 1965, de um reconhecimento da extensão da tutela deste direito com o Supremo Tribunal (o conhecido *Griswold c. Connecticut*), passando a ser invocado como forma de tutela da liberdade individual.

direito (à reserva sobre a intimidade da vida privada) aplicado desta feita sobre outras circunstâncias – as de dar a conhecer informações sobre a sua pertença étnica e racial.

Sobre o risco de os dados serem utilizados na construção de perfis que se destinam a antever a prática de condutas criminosas, não nos parece que tal finalidade fosse válida de forma tal que levasse a autoridade competente a autorizar a recolha. Quer por a prática ser ineficaz (não há uma relação de causa e efeito entre raça ou etnia e a consumação de condutas criminosas), quer por representar uma afronta aos princípios jurídicos que permeiam o Estado de Direito.

Havendo, efetivamente, lugar a uma recolha de dados sobre a origem étnica e racial, ela teria de ser capaz de desvendar a relação direitos-liberdade e diversidade.

E, portanto, somos obrigados a admitir que uma distinção da composição populacional em raças ou etnias, não seria relevante, se não existissem desigualdades de facto. Todavia, não podemos ser ingênuos ao ponto de não admitir que elas existem. Seria, talvez, hipocrisia dizer que só existe uma raça – a humana. Desde logo, porque essa frase esconde um conjunto de traços fenotípicos, idiomas, religiões, costumes, histórias partilhadas, que nos permeiam e nos distinguem uns dos outros, que servem de motor de impulso à prática de atos (negativamente) discriminatórios. E, portanto, determinadas precauções que visam tutelar certos direitos, poderão acabar por, simultaneamente, perpetuar desigualdades de facto. A complexidade não deveria induzir à passividade.

Vai para além do escopo deste trabalho determinar se deve, efetivamente, ser feita uma recolha e processamento que utilize dados com base nos vocábulos de “origem étnica” e de “origem racial” sem mais. O contexto político, legal e social, e a história partilhada por cada comunidade serão os dados mais importantes num jogo de interesses que faz questionar a estrutura dos sistemas ético e moral de cada Estado e onde o papel principal pertence à pessoa individualmente e coletivamente considerada. Talvez possamos afirmar encontrar na ideia de tolerância limitada pelo princípio do Estado de Direito, e no princípio jurídico da concordância prática, uma solução apaziguadora de todas as nossas inquietações. A diversidade, essa, não poderá permanecer oculta. E o ser humano terá que ser visto como um fim e não como um meio.

Bibliografia citada

- **ANDRÉ, João Maria**, *Multiculturalidade, identidades e mestiçagem: o diálogo intercultural nas ideias, na política, nas artes e na religião*, Coimbra: Palimage, 2012
- **BANTON, Michael**, *A Ideia de Raça*, tradução de António Marques Bessa, Lisboa, Edições 70, 2010
- **BOGARDUS, Emory S.**, *Immigration and Race attitudes*, Boston: Heath, 1928. Disponível em: <https://catalog.hathitrust.org/Record/001151957>
- **BREMS, Eva, TIMMER, Alexandra (eds)**, *Stereotypes and Human Rights Law*, Cambridge/United Kingdom, Intersentia, 2016
- **BULMER, Martin, SOLOMOS, John**, “Introduction: Re-thinking Ethnic and Racial Studies”, *Ethnic and Racial Studies*, [Em linha], Vol 21, Nº5, 1998, [Consult. 17 janeiro de 2019], disponível em: <https://www.researchgate.net/publication/232860050>
- **CABECINHAS, Rosa**, *Preto e Branco: a naturalização da discriminação racial*, 1.ª ed., Vila Nova de Famalicão, Campo das Letras, 2007, disponível online em: <http://repositorium.sdum.uminho.pt/handle/1822/37335>
- **CANOTILHO, J. J. Gomes / MOREIRA, Vital**, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, vol. I, 4.ª ed. rev., Coimbra: Coimbra Editora, 2007
- Conferência sobre as Estatísticas Europeias, Recomendações para os Recenseamentos Gerais da População e da Habitação de 2020, Nações Unidas, Nova Iorque e Genebra, 2015
- **COUTO, Mia**, *Vozes Anoitecidas*, 3.ª edição, Lisboa, Caminho, 1987
- **DE CASTRO OLIVEIRA, Nuno Filipe**, *Políticas de Categorização Étnica. Portugal e o Brasil em Perspectiva Comparada*, Tese de Doutoramento: ISCTE – Instituto Universitário de Lisboa, 2012
- **DE SCHUTTER, Olivier, RINGELHEIM, Julie.**, “Ethnic Profiling: A Rising Challenge for European Human Rights Law”, *Modern Law Review*, [Em linha], Vol. 71, Nº 3: 358-384, (2008), p. 358-384, [Consult. 11 novembro 2018]. Disponível em: <https://onlinelibrary.wiley.com/doi/10.1111/j.1468-2230.2008.00697.x>
- **DENTON, N. A.**, “Racial Identity and Census Categories: Can Incorrect Categories Yield Correct Information”, *Law & Inequality: A Journal of Theory and Practice*, [Em linha], Vol. 15, Iss. 1, Article 4, (1997), p. 83-97, [Consult. 21 de outubro de 2018]. Disponível em: <http://scholarship.law.umn.edu/lawineq/vol15/iss1/4>.

- *Equality and non-discrimination in an enlarged European Union, green Paper*, Directorate-General for Employment, Social Affairs and Equal Opportunities, European Commission, maio 2004
- Eurobarómetro Especial 437, Discriminação na União Europeia em 2015, Direção Geral Justiça e Consumidores, Comissão Europeia, outubro 2015. Disponível em: http://data.europa.eu/euodp/en/data/dataset/S2077_83_4_437_ENG
- *Experiências de Discriminação na Alemanha: Resultados iniciais de uma pesquisa representativa e levantamento das pessoas afetadas*, Agência Federal de Antidiscriminação, 2015. Disponível online em: http://www.antidiskriminierungsstelle.de/SharedDocs/Downloads/DE/publikationen/Umfrage_n/Handout_en_Umfrage_Diskriminierung_in_Dtschl_2015.pdf?__blob=publicationFile&v=3
- **FARKAS, Lilla**, *Analysis and comparative review of equality data collection practices in the European Union. Data collection in the field of ethnicity*, Directorate-General for Justice and Consumers, 2017
- **FARKAS, Lilla**, *The meaning of racial or ethnic origin in EU law: between stereotypes and identities*, Direção Geral Justiça e Consumidores, Comissão Europeia, janeiro de 2007
- **FORD, Christopher A.**, “Administering Identity: The Determination of Race in Race-Conscious Law”, *California Law Review*, vol. 82, Issue 5, 1994, pp. 1231-1285
- FRA - European Union Agency for Fundamental Rights, *The racial equality directive: application and challenges*, Luxembourg: Publications Office of the European Union, 2012
- **FUKUYAMA, Francis**, *Identidades: A Exigência de Dignidade e a Política do Ressentimento*, 1ª edição, Alfragide, Publicações Dom Quixote, 2018
- Fundamental Rights Report 2018, acessado a 3 de Setembro de 2019, disponível em: https://fra.europa.eu/sites/default/files/fra_uploads/fra-2018-fundamental-rights-report-2018_en.pdf
- Fundamental Rights Report 2018, acessado a 3 de Setembro de 2019, disponível em: https://fra.europa.eu/sites/default/files/fra_uploads/fra-2018-fundamental-rights-report-2018_en.pdf
- **GOMES CANOTILHO, José e MOREIRA, Vital**, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, vol. I, 4.ª ed. rev., Coimbra: Coimbra Editora, 2007
- **GOMES CANOTILHO, José**, *Direito constitucional e teoria da constituição*, 7ª ed., Coimbra, Almedina, 2003

- **GRACIA IBÁÑES, Jorge**, “El reconocimiento de los derechos humanos de las personas mayores en la sociedad edadista. Una perspectiva española”, in *Reflexiones em torno a derechos humanos y grupos vulnerables*, Bogotá, 2015, pp. 127-157
- **HABERMAS, Jürgen**, *Um ensaio sobre a constituição da Europa*, trad. de Marian Toldy e Teresa Toldy, Lisboa, Edições 70, 2012
- **HENKIN, L**, “Privacy and Autonomy”, *Columbia Law Review*, [Em linha], Vol. 74, Nº 8, (1974) p. 1410-1433, [Consult. 21 outubro 2018]. Disponível em: https://www.jstor.org/stable/1121541?read-now=1&refreqid=excelsior%3Acba74f088297046dccfda54355b2ea0b&seq=1#page_scan_tab_contents
- **JERÓNIMO, Patrícia**, “Direitos das Minorias”, in DJAP, 3.º Sup., 2008, p. 372-391
- **JERÓNIMO, Patrícia, VINK, Maarten**, “Os múltiplos de cidadania e os seus direitos”, Marina Costa Lobo [Coord.], in *Portugal e a Europa: novas cidadanias*, 1ª edição, Fundação Francisco Manuel dos Santos, Lisboa, 2013
- **KAHN, J**, “Privacy as a Legal Principle of Identity Maintenance”, *Seton Hall Law Review*, [Em linha], Vol. 33, Iss. 2, Article 3, (2003), p. 371-410, [consult. 19 novembro 2018]. Disponível em: <https://scholarship.shu.edu/shlr/vol33/iss2/3>
- **KYMLICKA, Will**, *Multicultural Citizenship. A Liberal Theory of Minority Rights*, Oxford University Press Inc., New York, 1995
- **LEÃO, Anabela Costa**, *Constituição e Interculturalidade: da diferença à referência*, Tese de Doutoramento: Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa (2013). Repositório da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, disponível online em <https://run.unl.pt/handle/10362/19834>
- **LEÃO, Anabela Costa**, *Constituição e interculturalidade: síntese de uma proposta*, in: Estudos comemorativos dos 20 anos da FDUP - vol. 1 - 2017 - p. 135-143
- **LEÃO, Anabela Costa**, “Vulnerabilidade(s), discriminação e estereótipos”, in Atas do seminário: Autonomia e Capacitação: os desafios dos cidadãos portadores de deficiência, na Universidade do Porto, 2018, pp. 21-38
- **LOPES, Dulce e DA SILVA, Lucinda Dias**, “Xadrez Policromo: A Diretiva 2000/43/CE do Conselho e o Princípio da Não Discriminação em Razão da Raça e Origem Étnica”, in *Estudos Dedicados ao Prof. Doutor Mário Júlio de Almeida Costa*, Gomes/ Júlio (coord.), Lisboa, Universidade Católica Editora, 2002

- **MAGALHÃES, Filipa Matias, PEREIRA, Maria Leitão**, *Regulamento Geral de Proteção de Dados, Manual Prático*, 2ª ed., Porto, Vida Económica – Editorial, SA, 2018
- **MAKKONEN, Timo**, *European handbook on equality data - 2016 revision*, Directorate-General for Justice and Consumers, dezembro 2016
- **MAKKONEN, Timo**, *Measuring Discrimination. Data Collection and European Union Equality Law*, Direção Geral do Emprego, Assuntos Sociais e Igualdade de Oportunidades, Comissão Europeia, novembro 2007
- **MAQUIAVEL, Nicolau**, *O Príncipe*, 2ª edição, Publicações Europa-América, 1976
- **MEDDA-WINDISCHER, Roberta**, *Old and new minorities reconciling diversity and cohesion: reconciling diversity and cohesion: a human rights model for minority integration*, Baden-Baden: Nomos, 2009
- **MIRANDA, Jorge e MEDEIROS Rui**, *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo I, 2ª Edição, Coimbra, Coimbra Editora, maio de 2010
- **MORNING, A.**, “Ethnic Classification in Global Perspective: A Cross-National Survey of the 2000 Census Round”, *Population Research and Policy Review*, [Em linha], Vol. 27, Iss. 2, (2008), p. 239-272, [Consult. 22 outubro 2018]. Disponível em: <https://doi.org/10.1007/s11113-007-9062-5>
- **NETO, Maria Luísa Alves da Silva**, *Novos direitos ou novo[s] objecto[s] para o direito?*, Porto: U. Porto, 2010
- **NETO, Maria Luísa Alves da Silva**, *O direito fundamental à disposição sobre o próprio corpo (a relevância da vontade na configuração do seu regime)*, Coimbra, Coimbra Editora, 2004
- **NOVAIS, Jorge Reis, DE FREITAS, Tiago Fidalgo**, *A dignidade da pessoa humana na justiça constitucional*, Coimbra: Almedina, 2018
- **NOVAIS, Jorge Reis**, *Os princípios constitucionais estruturantes da República Portuguesa*, Coimbra, Coimbra Editora, 2004
- **OPPENHEIMER, David B.**, “Why France needs to collect data on racial identity – In a French way”, *Hastings International and Comparative Law Review*, [Em linha], Vol. 31, Nº 2, (2008), [Consult. 22 novembro 2018]. Disponível em: https://repository.uchastings.edu/hastings_international_comparative_law_review/vol31/iss2/7/

- Pacto Global para as Migrações Seguras, Ordenadas e Regulares, aprovado pela Assembleia-Geral das Nações Unidas em 19 de dezembro de 2018, segundo Resolução A/73/L.66, disponível em: <https://refugeesmigrants.un.org/intergovernmental-negotiations>
- **PEREIRA BASTOS, José Gabriel [et al.]**, *Portugal Multicultural. Situação e estratégias identitárias das minorias étnicas*, Lisboa, Fim de Século Edições, 1999
- **PERONI, Lourdes e TIMMER Alexandra**, “Vulnerable groups: The promise of an emerging concept in European Human Rights Convention Law”, *International Journal of Constitutional Law*, Vol. 11, 4, 2013, pp. 1056–1085
- **PINHEIRO, Alexandre Sousa**, *Privacy e Proteção de Dados Pessoais: A Construção Dogmática do Direito à Identidade Informacional*. Lisboa: AAFDL, 2015. Tese de doutoramento apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2012
- **PINHEIRO, Alexandre Sousa**, “A privacy nos Estados-Unidos: uma viagem entre o direito e a política”, in *Estudos de homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda*, vol. 1, 2012, pp. 139-164
- **PINTO, Paulo Mota**, *Direitos de personalidade e direitos fundamentais: estudos*, Coimbra, Gestlegal, 2018
- **PINTO, Paulo Mota**, *O direito à reserva sobre a intimidade da vida privada*, Coimbra: Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 1993.
- Princípios e Recomendações para os Censos sobre a População e a Habitação (Revisão 3), Nações Unidas, Nova Iorque, 2017
- **QUEIROZ, Cristina**, “A Proteção Constitucional da Recolha e Tratamento de Dados Pessoais Automatizados” in *Prof. Doutor Inocêncio Galvão Telles: 90 anos: homenagem da FDL*, Coimbra, Almedina, 2007, p. 291-315
- **R.C., Lewontin**, *The Apportionment of Human Diversity*, *Evolutionary Biology*, Vol. 6, 1972
- **REIS NOVAIS, Jorge**, “Renúncia a direitos fundamentais”, *Direitos fundamentais. Trunfos contra a maioria*, Coimbra, Coimbra Editora, 2006
- **REIS Oliveira, Catarina e GOMES, Natália**, *Estatísticas de Bolso da Imigração*, 1.^a edição, Lisboa, Observatório das Migrações, Alto Comissariado para as Migrações (ACM/IP), 2019
- **REIS Oliveira, Catarina e GOMES, Natália**, *Indicadores de integração de Imigrantes. Relatório Estatístico anual de 2018*, Lisboa, Observatório das Migrações, Alto Comissariado para as Migrações (ACM/IP), 2018

- Relatório Anual 2017: Igualdade e Não Discriminação em Razão da Origem Racial e Étnica, Cor, Nacionalidade e Território de Origem, Comissão para a Igualdade e Contra a Discriminação Racial, Lisboa: ACM, 2018
- Relatório do Grupo de Trabalho constituído a propósito da inserção de uma questão sobre a pertença étnico-racial nos Censos de 2021
- **RINGELHEIM, J.**, “Minority Protection, Data Collection and the Right to Privacy”, *European Yearbook of Minority*, [Em linha], Vol. 6, Iss. 1, (2008), p. 51-77, [Consult. 22 outubro 2018]. Disponível em: <https://doi.org/10.1163/22116117-90001602>
- **RINGELHEIM, Julie/ DE SCHUTTER, Olivier**, *Ethnic monitoring. The processing of racial and ethnic data in anti-discrimination policies: reconciling the promotion of equality with privacy rights*. Collection Du Centre Des Droits De L’Homme De L’Université Catholique, Etablissements Emile Bruylant, S.A., 2009
- **RUBENFELD, Jed**, “The Right of Privacy”, *Harvard Law Review*, [Em linha], Vol. 102, Nº 4, fevereiro de 1989, pp. 737-807, [Consult. 10 fevereiro de 2019], disponível em: https://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/1569/
- **SELTZER, William**, “On the use of populations data systems to target vulnerable population subgroups for human rights abuses”, *Coyuntura Social*, n.º 32, 2005
- **SELTZER, William, ANDERSON, Margo**, “The Dark Side of Numbers: The Role of Population Data Systems in Human Rights Abuses”, *Social Research*, [Em linha], Vol. 68, Nº. 2, 2001, pp. 481-513, [Consult. 27 de janeiro de 2019]. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/40971467>
- **SIMON, Patrick**, *Ethnic Statistics and Data Protection in the Council of Europe Countries – Study Report*, ECRI, Concelho da Europa, Estrasburgo, 2007. Disponível em: <https://ec.europa.eu/migrant-integration/librarydoc/ethnic-statistics-and-data-protection-in-the-council-of-europe-countries-a-study-report>
- **SIMON, S., PICHE V., GAGNON A. A.** (eds), *Social Statistics and Ethnic Diversity. Cross National Perspectives in Classifications and Identity Politics*, [Em linha], IMISCOE Research, 2015, [Consult. 22 outubro 2018]. Disponível em: <https://link.springer.com/book/10.1007/978-3-319-20095-8>.
- **SOLANES CORELLA, Ángeles**, *Protección de datos personales y derechos de los extranjeros inmigrantes*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2005
- **TAYLOR, Charles**, *Multiculturalismo. Examinando a política do reconhecimento*, Lisboa, Edições do Instituto Piaget, 1998

- **THÉVENOT, Laurent**, *Droit et Bonnes Pratiques Statistiques en Matire de Discrimination, Jalons historiques d'un questionnement sur les oigines*, Comunicação nas Jornadas da História da Estatística, INSEE, 15/16 de fevereiro de 2006
- **TIMMER, Alexandra**, “Gender stereotyping in the case law of the EU court of justice”, *European Equality Law Review*, 1, 2016, pp. 37-46
- **WARREN, Samuel D., LOUIS D. Brandeis**, “The Right to Privacy”, *Harvard Law Review*, [Em linha], Vol. 4, Nº 5, 15 de dezembro de 1890, pp. 193-220. Disponível em: www.jstor.org/stable/1321160
- **WINANT, H.**, “Race and Racism: Towards a global future”, *Ethnic and Racial Studies*, [Em linha], Vol. 29, Iss. 5, (2006), p. 986-1003, publicado online a 17 fevereiro 2007, [Consult. 22 outubro 2018]. Disponível em: <https://www.tandfonline.com/doi/full/10.1080/01419870600814031> a
- **YANG, Tseming**, “Choice and Fraud in Racial Identification: The Dilemma of Policing Race in Affirmative Action, the Census, and a Color-Blind Society”, *Michigan Journal of Race and Law*, [Em linha], Vol. 11, Iss. 2, (2006), [Consult. 22 outubro 2018]. Disponível na Internet: <https://repository.law.umich.edu/mjrl/vol11/iss2/3>