

# A PROTEÇÃO DE DADOS NO QUADRO DO COMBATE À DISCRIMINAÇÃO, AO RACISMO E À XENOFOBIA, NO DIREITO DA UNIÃO EUROPEIA

## DATA PROTECTION IN THE FRAMEWORK OF COMBATING DISCRIMINATION, RACISM AND XENOFOBIA IN THE EUROPEAN UNION

*Fátima Pacheco<sup>1</sup>*

### Resumo

Partindo do princípio que a UE se funda em valores específicos, entre os quais o da igualdade, e de que um dos seus objetivos consiste no combate à exclusão social e a várias formas de discriminação, este trabalho apresenta dois desideratos europeus de difícil conciliação: a necessidade da recolha e análise de dados étnicos - enquanto instrumento de combate aos fenómenos discriminatórios e à promoção a igualdade - e o imperativo da sua proteção. Com efeito, a evolução tecnológica permite a utilização de dados pessoais, muitos deles classificados como “sensíveis”, pelo que a sua excecional utilização passa pelo cumprimento de apertadas regras de natureza ética. Assim, é nossa intenção aquilatar se o cumprimento das regras de recolha e tratamento de dados étnicos poderá salvaguardar a posição jurídica dos seus titulares e os direitos fundamentais que assistem aos membros que pertencem às minorias e a grupos vulneráveis, impossibilitando a utilização indevida ou abusiva de tais dados.

**PALAVRAS-CHAVE:** Igualdade; Discriminação; Dados Étnicos; Proteção de Dados.

### Abstract

As the EU is based on specific values, including the value of equality, and as one of its objectives is to combat social exclusion and discrimination, this work presents two desiderata that are difficult to reconcile: the need for the collection and analysis of ethnic data - as a tool to combat discrimination and promote equality - and the imperative of its protection. In fact, technological developments allow the use of personal data, many of them classified as “sensitive”, so that their exceptional use requires compliance with strict rules of an ethical nature. Thus, our intention is to assess whether compliance with the rules on the collection and processing of ethnic data by member states can safeguard the fundamental rights of members belonging to minorities, preventing the misuse or abuse of such data.

**KEYWORDS:** Equality; Discrimination; Ethnic Data; Data Protection.

<sup>1</sup> fatima\_pacheco@live.com.pt; ISCAP (Instituto Superior de Contabilidade e Administração do Porto – Politécnico do Porto), JUSGOV (Universidade do Minho), CEI (ISCAP).

## 1. ENQUADRAMENTO GERAL DO TEMA: VALORES EUROPEUS E PROTEÇÃO DE DADOS SENSÍVEIS

Nos termos do artigo 2.º do TUE (União Europeia, 2012b) a União funda-se nos valores do respeito pela dignidade humana, da liberdade, da democracia, da igualdade, do Estado de direito e do respeito pelos direitos humanos, nomeadamente os direitos das pessoas pertencentes a minorias. Estes valores são comuns aos Estados-Membros, numa sociedade caracterizada pelo pluralismo, a não discriminação, a tolerância, a justiça, a solidariedade e a igualdade entre homens e mulheres, vinculando o legislador da União, o Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE) e os órgãos de aplicação estadual do DUE ao seu acatamento e promoção. De salientar que os valores do pluralismo e da tolerância estão implícitos no valor da democracia, e o valor da não discriminação e da igualdade entre homens e mulheres, deve ser deduzido do valor primordial da igualdade.

Tais valores constituem o núcleo identitário da União Europeia<sup>2</sup>, sendo o seu respeito uma das condições para a adesão à União Europeia (UE). Acresce que a violação ou o risco manifesto da violação grave de algum deles por parte de um Estado-membro poderá conduzir à suspensão de alguns direitos decorrentes de tal qualidade, nos termos do artigo 7.º do TUE.

Para o tema que vimos tratar, qual seja a proteção de dados no quadro do combate à discriminação, ao racismo e à xenofobia, o valor da igualdade é imprescindível. Com efeito, o princípio da igualdade – em si mesmo indissociável do valor da liberdade – e da não discriminação cedo marcou os caminhos da União<sup>3</sup>, rumo à construção de uma sociedade inclusiva e multicultural. Neste contexto, sendo a não discriminação um verdadeiro valor constitucional, a discriminação com base na origem racial ou étnica é proibida na União Europeia, assim assegurando a construção de um direito à diferença. Acresce que por força da consagração do objetivo do combate à exclusão social e às discriminações, previsto no n.º 3 do artigo 3.º do Tratado da União Europeia (TUE), tal desiderato conheceu um novo fôlego e uma nova dimensão. Neste sentido, o artigo 9.º e o artigo 10.º do mesmo tratado revelam o carácter transversal do princípio da não discriminação, estabelecendo o artigo 19.º do Tratado de Funcionamento da União Europeia<sup>4</sup> (TFUE) a faculdade do Conselho tomar as necessárias medidas para erradicar tal flagelo. Por sua vez, os artigos 20.º, 21.º e 22.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (CDFUE), em título autónomo (Título III), vieram consagrar a igualdade perante a lei, a proibição da discriminação em função dos vários critérios referidos no seu texto (sexo, raça, cor ou origem étnica ou social, características genéticas, língua, religião ou convicções, opiniões políticas ou outras, pertença a uma minoria nacional, riqueza, nascimento, deficiência, idade ou orientação sexual), e o respeito pela diversidade cultural, religiosa e linguística. Recorde-se que a positivação do catálogo dos direitos fundamentais da UE possibilitou aos indivíduos a invocação dos direitos que nele se referem, ainda que nos termos algo restritos indicados no artigo 51.º, n.º 1, primeiro segmento<sup>5</sup>.

<sup>2</sup> Sobre esta questão vd. Martins, Ana Maria Guerra, “Les valeurs communes et la place de la Charte en Europe M. G.”, em *Estudos de Direito Público - Direito da União Europeia, Direito Internacional Público, Direito Constitucional*, Almedina, 2011, pp. 63-95, e também, Martins, Ana Maria Guerra, “Os fundamentos axiológicos da União Europeia após o Tratado de Lisboa - um estudo sobre o artigo 2.º do TUE”, em *Ensaio sobre o Tratado da União Europeia*, Almedina, 2011, pp. 69-102.

<sup>3</sup> Vd. Canotilho, Mariana, “Igualdade de Oportunidades e Não Discriminação”, em *Direito da União Europeia - elementos de Direito e Política da União*. Almedina, 2016; Martins, Ana Maria Guerra, “O Tratado de Lisboa reforça o princípio da igualdade e da não discriminação?”, em *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Martin de Albuquerque*, Vol. 1., AAFDL, 2010, pp. 55-100; MARTINS, Ana Maria Guerra, *A igualdade e a não discriminação dos nacionais dos Estados terceiros legalmente residentes na União Europeia - da origem na integração económica ao fundamento na dignidade do ser humano*, Almedina, Coimbra, 2010.

<sup>4</sup> União Europeia, Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, Jornal Oficial, C 326, 2012, pp. 47-390. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=celex%3A12012E%2FTXT>

<sup>5</sup> Sobre a aplicação das disposições da Carta, vd. OLIVEIRA, Andreia Sofia Pinto, *A Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia - âmbito de aplicação - Direitos e Princípios*, Petrony, Lisboa, 2018; Pacheco, Fátima, “Do âmbito de aplicação da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia: em que situações estão os Estados-membros vinculados às suas disposições?” *Revista Jurídica Portucalense*, 30, Universidade Portucalense, Porto, pp. 89-129. <https://revistas.rcaap.pt/juridica/article/view/24591>; Silveira, Alessandra, “Comentário ao artigo 51.º em Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia Comentada”. Almedina, 2013, pp. 572-589.

Aqui chegados não fique por dizer que o Regulamento Geral Sobre Proteção de Dados (RGPD)<sup>6</sup> uniformiza as regras de proteção de dados das pessoas singulares, é certo. Sendo o direito à proteção de dados pessoais contra a intromissão de terceiros um direito fundamental (artigo 8.º CDFUE), tal regulamentação prende-se com os direitos e liberdades fundamentais de cada um e contribui para a realização dos objetivos da União, em concreto no que concerne à livre circulação de dados no quadro da economia digital.

É importante ter em conta que a evolução tecnológica e o aumento dos fluxos transfronteiriços permite a utilização e tratamento de dados pessoais, muitos deles classificados como “sensíveis”. Ora, uma vez possuindo a CDFUE um valor jurídico idêntico aos dos tratados (artigo 6.º, n.º 1 TUE) e sendo a UE uma verdadeira União de Direito, deve tal utilização deve respeitar os direitos fundamentais do seu titular, principalmente tendo em atenção a situação de vulnerabilidade em que os mesmos se possam encontrar. Com efeito, em linha com o artigo 12.º da DUDH (1948) e com o artigo 7.º do PIDCP (1966), o n.º 1, do artigo 8.º do catálogo de direitos fundamentais da União, afirma que “*Todas as pessoas têm direito à proteção de dados de carácter pessoal que lhes digam respeito*”, pois são eles que permitem determinar a identidade física, económica, social ou cultural de um indivíduo, identificando-o ou tornando-o identificável<sup>7</sup>. É, assim, seguro asseverar que a proteção de dados é um direito fundamental protegido pela UE, ainda que não seja um direito absoluto.

Neste contexto, temos de salientar que o vasto fluxo de dados pessoais que circulam na UE deve ter em conta que há dados sensíveis que merecem uma proteção especial e autónoma, mais elevada, nomeadamente aqueles que revelam a origem racial ou étnica dos indivíduos (artigo 9.º RGPD). Com efeito, a catalogação das pessoas pode conduzir a estereótipos e à definição de perfis étnicos e estereótipos (*ethnic profiling*), que sustentam a existência de várias “raças” humanas, o que em si mesmo pode dar causa à discriminação racial. É esta a temática em que se centra o nosso trabalho, lançando a semente de uma reflexão mais profunda sobre ela.

Ora, há que dizer que assentando a União na diversidade cultural e na multiculturalidade a Diretiva 2000/43/CE do Conselho, de 29 de junho, 2000 - que aplica o princípio da igualdade de tratamento entre as pessoas, sem distinção de origem racial ou étnica (Diretiva Igualdade Racial) - tem sido o instrumento mais utilizado no combate à discriminação racial na UE. Para atingir este desiderato, verdadeiro valor europeu, a Diretiva refere a necessidade de desenvolver bases de dados intersectoriais e bases estatísticas nacionais, bem como outros indicadores relativos aos membros que constituem as minorias. Neste sentido, a Comissão Europeia tem dado conta de que a insuficiência de dados étnicos na maioria dos Estados-Membros pode constituir um obstáculo à sua correta implementação.

Assim sendo, cumpre aquilatar se o cumprimento das regras de recolha e tratamento de dados por parte dos Estados-membros<sup>8</sup>, prática essencial para implementar o objetivo da Diretiva *supra* referida, poderá colidir com a essência do Regulamento sobre a Proteção de Dados, ou, ao contrário, se as limitações nele estabelecidas serão suficientes para a salvaguarda dos direitos e liberdades fundamentais que assistem aos membros que pertencem às minorias, impossibilitando a utilização e tratamento indevido ou abusivo de tais dados.

<sup>6</sup> Vd. Parlamento Europeu e do Conselho, Regulamento (EU) 2016/679, Jornal Oficial, L 119, 2016. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=celex%3A32016R0679>. O Regulamento entrou em vigor em 24 de maio de 2016, e é aplicável desde 25 de maio de 2018. O seu âmbito de proteção engloba, igualmente, Estados não membros da UE que integram o Espaço Económico Europeu (Islândia, Lichtenstaine e Noruega). Não referida no texto, mas com interesse para a matéria, vd. Parlamento Europeu e do Conselho, Diretiva 2002/58/CE, Jornal Oficial, L 201, 2002. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=celex%3A32002L0058>. Ver, também, Parlamento Europeu e do Conselho, Diretiva 2006/24/CE, Jornal Oficial, L 105, 2006; Parlamento Europeu e do Conselho, Diretiva (UE) 2016/680, Jornal Oficial, L 119, 2016. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX:32016L0680>, em vigor desde 5 de maio de 2016.

<sup>7</sup> São dados pessoais o nome e morada, o número de identificação pessoal e de passaporte, o número de segurança social, de contribuinte e o número de telefone, o endereço de IP, a matrícula dos veículos, as classificações escolares e o CV, as dívidas e créditos, a impressão digital, as imagens biométricas do rosto, as imagens recolhidas por videovigilância e as imagens recolhidas pela internet. Sobre esta matéria vd. Castro, Catarina Sarmento, “Anotação ao artigo 8.º da CDFUE”, em *Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia Comentada*, Almedina, Coimbra, pp. 120-128. Sobre as questões de identificação, vd. da mesma autora, Castro, Catarina Sarmento, *Direito de Informática, privacidade e dados pessoais*. Almedina, Coimbra, 2005.

<sup>8</sup> Sobre este problema ver, com especial interesse, United Nations, *Principles and recommendations for population and housing censuses - Revision 3*. United Nations, 2017. <https://doi.org/https://doi.org/10.18356/belae14b-en>.

## 2. DA DIRETIVA “IGUALDADE RACIAL”: UMA BREVE ABORDAGEM À NECESSIDADE DA EXISTÊNCIA DOS DADOS ESTATÍSTICOS

A discriminação e o racismo estrutural são práticas que conduzem ao desrespeito dos valores axiológicos da UE: todas as pessoas devem usufruir dos seus direitos e liberdades fundamentais, bem como da igualdade perante a lei, independentemente da sua origem racial ou étnica. Nessa medida, a Diretiva 2000/43/CE do Conselho, de 29 de junho, 2000, adotada ao abrigo do ex-artigo 13.º do TCEE - aplica o princípio da igualdade de tratamento entre as pessoas sem distinção de origem racial ou étnica (Diretiva “Igualdade Racial”), no domínio do emprego, proteção social, saúde, educação e habitação. Assim, tem de se reconhecer que o seu campo de aplicação é bastante abrangente, transformando-a num instrumento de reforço da dimensão da igualdade social.

Apesar desta Diretiva deliberadamente não definir o que se entende por “raça” (conceito refutado cientificamente) e excluir a abordagem ao conceito de “nacionalidade”<sup>9</sup>, claramente proíbe a discriminação direta<sup>10</sup> e indireta<sup>11</sup>, o assédio<sup>12</sup>, a instrução à discriminação<sup>13</sup> e a proibição da retaliação<sup>14</sup>, permitindo aos Estados a adoção de medidas positivas em matéria racial e étnica que viabilizem o princípio da igualdade de tratamento e de oportunidades, na via da construção de uma sociedade multicultural e tolerante.

A Diretiva em causa fez recair sobre a parte demandada a prova da não discriminação (artigo 8.º), e atribuiu aos membros das minorias – entre outras prerrogativas - a possibilidade de serem esclarecidos gratuitamente sobre os seus direitos, junto de entidades responsáveis pela promoção e divulgação dos instrumentos contra a discriminação, bem como obriga ao direito de reparação das vítimas de discriminação e ao diálogo social. Nesse contexto, os Estados-Membros deveriam criar órgãos especiais para a promoção da igualdade de tratamento entre todas as pessoas, sem qualquer discriminação em razão da origem racial ou étnica, e suprimir quaisquer diplomas internos que ofendessem a igualdade de tratamento. Acresce que nos termos das disposições finais da Diretiva os Estados-Membros estão obrigados a transmitir à Comissão Europeia, de cinco em cinco anos, as informações sobre a sua efetiva aplicação, assim tornando possível àquela instituição a elaboração de relatórios sobre a matéria a apresentar ao Parlamento Europeu e ao Conselho.

Recorda-se que as Diretivas vinculam os Estados-membros a que se destinam quanto ao resultado a atingir podendo ter um alcance geral, mas facultam-lhes liberdade quanto à forma e meios de alcançar tal desiderato. Uma vez não sendo diretamente aplicáveis aos indivíduos, devem os Estados a quem se destinam transpô-las para o seu direito interno nos prazos nelas previstos, de modo claro, pontual e completo. Ora, é verdade que a diretiva em causa não obriga os Estados à recolha de dados relativos à origem étnica e racial da população para elaboração de estatísticas nacionais, mas os relatórios da Comissão Europeia têm revelado que sem tal prática não será possível combater a discriminação e promover a correção de desigualdades (v.g. sistema de quotas). A leitura de tais relatórios tem permitido afirmar que é sobretudo nos domínios da discriminação indireta que os dados estatísticos

<sup>9</sup> A Diretiva protege todas as pessoas, independentemente da sua nacionalidade, englobando a proteção de indivíduos especialmente vulneráveis, onde se devem incluir os apátridas.

<sup>10</sup> Nos termos da al. a), do n.º 2 do artigo 2.º da Diretiva “*Considera-se que existe discriminação directa sempre que, em razão da origem racial ou étnica, uma pessoa seja objecto de tratamento menos favorável que aquele que é, tenha sido ou possa vir a ser dado a outra pessoa em situação comparável*”. Logo, trata-se de um tipo de discriminação manifesta.

<sup>11</sup> Nos termos da al. b), do n.º 2 do artigo 2.º da Diretiva “*Considera-se que existe discriminação indirecta sempre que uma disposição, critério ou prática aparentemente neutra coloque pessoas de uma dada origem racial ou étnica numa situação de desvantagem comparativamente com outras pessoas, a não ser que essa disposição, critério ou prática seja objectivamente justificada por um objectivo legítimo e que os meios utilizados para o alcançar sejam adequados e necessários*”. Sendo um conceito complexo, é algo que acaba por ter consequências idênticas à discriminação directa.

<sup>12</sup> Nos termos do n.º 3, do artigo 2.º da Diretiva “*O assédio é considerado discriminação na aceção do n.º 1 sempre que ocorrer um comportamento indesejado relacionado com a origem racial ou étnica, com o objectivo ou o efeito de violar a dignidade da pessoa e de criar um ambiente intimidativo, hostil, degradante, humilhante ou desestabilizador. Neste contexto, o conceito de assédio pode ser definido de acordo com as leis e práticas nacionais dos Estados-membros*”.

<sup>13</sup> Nos termos do n.º 4, do artigo 2.º da Diretiva “*Uma instrução no sentido de discriminar pessoas com base na origem racial ou étnica é considerada discriminação na aceção do n.º 1*”.

<sup>14</sup> Nos termos do artigo 9.º, da Diretiva “*Os Estados-membros introduzirão nos seus sistemas legais as medidas necessárias para proteger os indivíduos contra formas de tratamento desfavoráveis ou consequências desfavoráveis que surjam em reacção a uma queixa ou a uma acção destinada a exigir o cumprimento do princípio da igualdade de tratamento*”.

(v.g. percentagens de indivíduos afetados) se revelam particularmente úteis para demonstrar a existência de efeitos discriminatórios e arbitrários, proibidos ao abrigo da proteção dos direitos fundamentais, produzidos essencialmente por medidas aparentemente neutras, especialmente nocivas e insidiosas, que causam um especial impacto sobre grupos minoritários.

No mesmo sentido, também a Agência dos Direitos Fundamentais<sup>15</sup> refere que a falta de dados étnicos elaborados pelos Estados-membros dificulta a aplicação da legislação da União e a elaboração de políticas públicas que concretizem a redução das desigualdades causadas pela racialização e etnização de pessoas. O combate ao racismo estrutural implica a identificação das categorias de população<sup>16</sup> e dos domínios em que ele mais incide (v.g. educação, emprego, controle da migração, acesso aos cuidados de saúde), é um facto. Nesse contexto, alguns Estados-Membros já aceitaram a necessidade da criação de dados estatísticos, incluindo os testes situacionais<sup>17</sup>, para comprovar a existência de uma discriminação racial. No entanto, a maioria deles invocam as exigências da legislação constitucional e de proteção de dados para não o fazer. É incontroverso que a matéria é delicada: o tratamento dos dados pessoais (recolha e registo, organização e estruturação, conservação e utilização, e apagamento) pode colidir com o direito à identidade cultural dos indivíduos, com o direito fundamental à reserva da sua vida privada,<sup>18</sup> e com os seus direitos de personalidade.<sup>19</sup> Por outro lado, a elaboração de categorias étnico-raciais pode conduzir à generalização de perfis étnicos e estereótipos, negativamente discriminatórios e fechados, podendo dar origem a movimentos populistas e excludentes, violência policial, e pôr em causa a igualdade e o valor fundamental da dignidade humana.<sup>20</sup> Não obstante, convém salientar que a legislação da proteção de dados não proíbe os Estados-Membros de recolherem dados sensíveis<sup>21</sup>, caso os mesmos se destinem à elabo-

<sup>15</sup> Ver European Union Agency for Fundamental Rights. *Fundamental Rights Report 2018*. Publications Office of the European Union 2018. <https://doi.org/doi:10.2811/898119>.

<sup>16</sup> Por exemplo: podem ser inquiridos, através da recolha dos Censos sobre dados de origem ou pertença étnico-racial, residentes num Estado pessoas negras, ciganas, asiáticas e brancas.

<sup>17</sup> Nos estritos termos do Comissão Europeia, Relatório da Comissão ao Parlamento Europeu e ao Conselho, COM/2014/02 final. Serviços de Publicação da União Europeia, 2014. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=celex%3A52014DC0002>, trata-se de um método que permite evidenciar a existência de uma discriminação mediante uma comparação por pares: por exemplo apresentando duas candidaturas idênticas a um mesmo emprego com uma única divergência quanto à característica concreta que se queira testar (por exemplo, a idade).

<sup>18</sup> O respeito pela vida privada e familiar encontra previsão no artigo 7.º da CDFUE e o artigo 8.º está intrinsecamente com ele relacionado, pois ambos constituem direitos fundamentais protegidos pela ordem jurídica da EU. Porém, importa salientar que a salvaguarda dos dados pessoais justificou uma abordagem e tratamento autónomo, face à proteção garantida pelo referido artigo 7.º. Vd. União Europeia, Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, Jornal Oficial, C 326, 2012, pp. 391-407. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/ALL/?uri=CELEX:12012P/TXT>.

<sup>19</sup> Sobre direitos de personalidade, ver, com especial interesse, SEQUEIRA, Elsa Vaz, *Teoria Geral do Direito Civil - Princípios Fundamentais e Sujeitos*, Almedina, Coimbra, 2020; VASCONCELOS, Pedro Pais, *Direito de Personalidade*, Almedina, Coimbra, 2017.

<sup>20</sup> Sobre a eventual estigmatização das pessoas e os processos de xenofobia que lhe andam associados, vd. Thévenot, L., «Droit et bonnes pratiques statistiques en matière de discrimination. Jalons historiques d'un questionnement sur les origines», *Journées d'Histoire de La Statistique*, 2006. [https://www.insee.fr/fr/statistiques/fichier/2590966/texte\\_thevenot.pdf](https://www.insee.fr/fr/statistiques/fichier/2590966/texte_thevenot.pdf). Ver com especial interesse a Dissertação de Mestrado de MATOS, Adriana Lima, *A legitimidade da recolha e processamento de dados relativos à raça ou origem étnica: impactos na esfera privada dos indivíduos e o combate à discriminação* [Dissertação de Mestrado]. Faculdade de Direito da Universidade do Porto, 2020, pp. 56-62. <https://hdl.handle.net/10216/126089>.

<sup>21</sup> Ver Constituição da República Portuguesa, Diário da República: Série I, n.º 86, 1976. <https://dre.pt/legislacao-consolidada/-/lc/34520775/view>: o caso português e a proibição constitucional prevista no artigo 35.º, bem como o regime excecional que o mesmo dispositivo consente para a utilização do tratamento de dados eletrónicos previsto no seu n.º 3, segundo segmento, nos termos do qual se exige o consentimento expresso do seu titular, a existência de autorização legal com garantias de não discriminação ou legislação para o processamento de dados estatísticos, logo que não individualmente identificáveis, e que a sua utilização seja apenas para efeitos estatísticos e cumpra com os requisitos da proporcionalidade. Neste contexto, a Comissão Nacional de Proteção de Dados, sublinhou que a resposta a uma pergunta que recolha informação sensível terá de ser facultativa, e ficar sujeita à emissão de consentimento expresso, cabendo ao responsável máximo pelo tratamento dos dados, ou seja o Instituto Nacional de Estatística, o dever de salvaguardar os direitos do seu titular, bem como previamente proceder a um estudo sobre a avaliação do impacto e dos riscos do fornecimentos de tais dados (ver sobre esta temática, os requisitos legais em <http://www.cnpd.pt/>). Assim sendo, o titular de tais dados tem o direito de ser informado, de saber os termos em que os seus dados estão a ser tratados, o direito de proceder a retificações, a limitar o seu tratamento, e, finalmente, o direito ao seu apagamento ou ao esquecimento. Nos termos da Lei n.º 58/2019, de 8 de agosto, Diário da República, n.º 151, Série I, 2019. <https://dre.pt/dre/detalhe/lei/58-2019-123815982>, os dados são portáteis e o seu titular pode, a todo o tempo, opor-se ao seu tratamento. Sobre estes direitos ver, com especial interesse, Queiroz, Cristina, "A Proteção Constitucional da Recolha e Tratamento de Dados Pessoais Automatizados", em *Homenagem da Faculdade de Direito de Lisboa ao Professor Doutor Inocêncio Galvão Telles, 90 Anos*, Almedina, Coimbra, 2007, pp. 291-292.



ração de investigação e estatísticas, na condição de serem estritamente respeitadas as salvaguardas previstas no clausulado do Regulamento, para assim evitar efeitos perversos. Veremos como.

### 3. O DIREITO DAS PESSOAS SINGULARES À PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS E À SUA LIVRE CIRCULAÇÃO: O CASO ESPECIAL DOS DADOS RELATIVOS À ORIGEM ÉTNICA E RACIAL. LINGUAGEM DISCRIMINATÓRIA OU INSTRUMENTO DE MONITORIZAÇÃO DO RACISMO ESTRUTURAL?

Nos termos do n.º 1, do artigo 4.º do (RGPD), relativo à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados<sup>22</sup> pessoais e à livre circulação desses dados, entende-se por “*Dados pessoais*» 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”. Trata-se, pois, de um conjunto de elementos informativos que permitem identificar uma pessoa, elementos esses que podem ser armazenados e utilizados causando significativas consequências para o seu titular, podendo devassar a vida privada de cada pessoa, e a sua autodeterminação. Por sua vez, o n.º 4 do mesmo dispositivo declara que a “*Definição de perfis*”, é “qualquer forma de tratamento automatizado de dados pessoais que consista em utilizar esses dados pessoais para avaliar certos aspetos pessoais de uma pessoa singular, nomeadamente para analisar ou prever aspetos relacionados com o seu desempenho profissional, a sua situação económica, saúde, preferências pessoais, interesses, fiabilidade, comportamento, localização ou deslocações”.

A leitura destes dispositivos permite deduzir que o processo de obtenção e tratamento de dados é suscetível de produzir um profundo impacto na esfera jurídica dos seus titulares, independentemente da sua nacionalidade. Tendo em conta o risco potencial de lesão dos interesses e direitos dos seus titulares (artigos 32.º, 33.º e 70.º, n.º 1), o Regulamento em análise é exaustivo em garantir a segurança na recolha e utilização de dados, exigindo ao responsável pelo seu tratamento, ou seja, à pessoa singular ou coletiva, autoridade pública ou outro organismo, que indique as finalidades e os meios de tratamento dos dados obtidos, entre outras várias obrigações (artigos 4.º, n.º 5, 9.º e 23.º), estabelecendo regras especiais para evitar o consentimento estéril, a cifragem dos dados pessoais, os mecanismos de certificação, e a notificação às autoridades de proteção de dados sobre eventuais violações de segurança.

O artigo 6.º do RGPD consagrou os motivos gerais que podem justificar o tratamento de dados pessoais, quais sejam: o tratamento ser necessário para a execução de um contrato, para o cumprimento de obrigação jurídica, para a defesa de interesses vitais do seu titular ou de terceiro, para o exercício de funções de interesse público ou para o exercício da autoridade pública, ou ainda para o efeito de interesses legítimos prosseguidos pelo responsável pelo tratamento dos mesmos ou por terceiro.

Neste contexto, o princípio do consentimento (artigo 7.º) reveste uma particular importância no regime jurídico da proteção de dados, legitimando-o, devendo o mesmo corresponder a uma manifestação de vontade explícita, livre e informada, mediante declaração ou ato específico. Não fiquem por dizer que se exige o conhecimento da identidade da pessoa que os vai tratar, bem como

<sup>22</sup> O tratamento de dados pessoais consiste na recolha de dados, no seu registo e conservação, na sua alteração, recuperação, utilização ou consulta, transmissão, difusão, e apagamento, para uma concreta, explícita e determinada finalidade (consentida ou legalmente exigível), a qual se deve exercer no respeito do princípio da proporcionalidade. A fiscalização de tais regras cabe a uma autoridade independente de proteção de dados, instituída por cada Estado-membro, e as suas decisões são passíveis de recurso judicial. Por sua vez, existe também uma Autoridade Europeia para a Proteção de Dados que garante tais direitos a nível das instituições europeias, vide Parlamento Europeu e do Conselho, Regulamento (CE) n.º 45/2001, Jornal Oficial, L 8, 2001. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=celex%3A32001R0045>.

os objetivos que presidem à sua recolha. Acresce que o seu tratamento deverá ser transparente, seguro e confidencial, bem como limitado ao estritamente necessário e proporcional (minimização de dados), numa sociedade democrática. Da mesma maneira, o direito do titular dos dados ao seu apagamento, sempre que o seu tratamento deixe de ser necessário ou sempre que assim o desejar, é também uma manifestação da fundamentalidade do direito de proteção de dados. Os prazos para a sua conservação deverão ser igualmente «*limitados ao mínimo*», devendo ser apagados ou periodicamente revistos (artigo 17.º), a menos que caiam na previsão do n.º 3 do último dispositivo.<sup>23</sup>

Acresce que caso o titular dos dados venha a ser vítima de uma violação das obrigações previstas no RGPD tem ele direito a ser integralmente indemnizado - em sede de responsabilidade civil - pelos danos que possa sofrer, pelo responsável pelo tratamento dos seus dados, sem prejuízo da eventual responsabilidade criminal que possa ocorrer (v.g. crime de desobediência). Acresce que, em caso de violação do disposto no Regulamento de Proteção de Dados, são ainda impostas coimas e repreensões adequadas à gravidade do caso, a todos aqueles que não acatarem as suas indicações.

Neste contexto, convém salientar que a definição automatizada dos perfis étnicos (*ethnic profiling*) baseada em categorias especiais de dados pessoais, classificados como dados sensíveis, pode produzir efeitos discriminatórios contra os indivíduos em razão - nomeadamente - da sua origem racial ou étnica. A especial natureza de tais dados, intrinsecamente ligados aos direitos e liberdades fundamentais, revela que o seu tratamento pode implicar riscos significativos para os seus titulares<sup>24</sup>. Destarte, o Regulamento de Proteção de Dados prevê uma proteção específica (artigo 9.º), mais agravada, por comparação com a que é exigida para o regime comum (artigo 6.º RGPD), uma vez que tais dados revelando a origem racial ou étnica dos seus titulares, possibilitam a utilização de tais informações.

Com efeito, embora em tese geral seja proibido o tratamento dos dados que revelem a origem racial ou étnica, nos termos do n.º 2 do artigo 9.º, os dados pessoais referidos no n.º 1 podem ser tratados se o seu titular tiver dado o seu consentimento explícito; e se tal tratamento confidencial e se for necessário, nomeadamente, para os efeitos da alínea g) do mesmo dispositivo, ou seja «*Se o tratamento for necessário por motivos de interesse público importante, com base no direito da União ou de um Estado-Membro, que deve ser proporcional ao objetivo visado, respeitar a essência do direito à proteção dos dados pessoais e prever medidas adequadas e específicas que salvaguardem os direitos fundamentais e os interesses do titular dos dados*»; ou, se «*o tratamento for necessário para fins de arquivo de interesse público, para fins de investigação científica ou histórica ou para fins estatísticos*» (o sublinhado é nosso). Isto não significa que a EU de algum modo subscreva qualquer teoria que sustente a ideia da existência de “raças humanas” a nível biológico, suscetíveis de fomentar movimentos racistas e discriminatórios. Apenas implica que o DUE tolera derrogações à proibição de tratamento de dados pessoais que revelem a origem racial ou étnica, no estrito respeito das ressalvas indicadas, precisamente em nome da concretização de políticas públicas de inclusão corretoras de desigualdades de facto.

Ou seja, aquele dispositivo demonstra que naquelas situações pode ser necessário o tratamento de categorias especiais de dados pessoais, ainda que implicando adequadas medidas de proteção e garantias específicas (v.g. minimização dos dados, pseudonimização por encriptação dos elementos dos dados pessoais, autoidentificação, recolha voluntária de resposta facultativa, informação sobre a necessidade de tratamento, portabilidade, direito a oposição), cabendo ao responsável pelo

<sup>23</sup> Ou seja, se se revelar necessário às seguintes situações: “a) Ao exercício da liberdade de expressão e de informação; b) Ao cumprimento de uma obrigação legal que exija o tratamento prevista pelo direito da União ou de um Estado-Membro a que o responsável esteja sujeito, ao exercício de funções de interesse público ou ao exercício da autoridade pública de que esteja investido o responsável pelo tratamento; c) Por motivos de interesse público no domínio da saúde pública, nos termos do artigo 9.º, n.º 2, alíneas b) e i), bem como do artigo 9.º, n.º 3; d) Para fins de arquivo de interesse público, para fins de investigação científica ou histórica ou para fins estatísticos, (o sublinhado é nosso) nos termos do artigo 89.º, n.º 1, na medida em que o direito referido no n.º 1 seja suscetível de tornar impossível ou prejudicar gravemente a obtenção dos objetivos desse tratamento; ou e) Para efeitos de declaração, exercício ou defesa de um direito num processo judicial.”

<sup>24</sup> Sobre estes riscos vd. FAZENDEIRO, Ana. *Regulamento Geral de Protecção de Dados*, 3.ª ed., Almedina, Coimbra, 2018, pp. 87-132.

tratamento dos dados o dever de zelar pela sua salvaguarda, quando a sua utilização possa dar origem a discriminação, a estereótipos e estigmatizações, e ao uso de perfis que se reportem a pessoas vulneráveis, essencialmente crianças.

Numa palavra, deverá a recolha e tratamento de tais dados ser confidencial, consentida e esclarecida, não automatizada, e, ainda, voluntária. Da mesma maneira, quando necessária, deve ainda estar sujeita a uma avaliação de impacto (PIA) implicando, imperativamente, a obrigatoriedade da nomeação de um Encarregado de Proteção de Dados.

O que é dizer, que se deve conciliar «*a recolha dos dados relativos à origem étnica e racial com os princípios e valores jurídicos que permeiam o Estado de Direito*»<sup>25</sup>, rumo à construção de uma comunidade verdadeiramente inclusiva e multicultural, assente em valores comuns. Neste sentido, importa dizer que a jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia<sup>26</sup> tem definido que tipo de medidas discriminatórias poderão ser objetivamente justificadas, caso elas sejam necessárias e apropriadas para a prossecução de um fim legítimo.

Deve, portanto, o tratamento de dados funcionar como um instrumento de recolha de informações sobre as características da população, de forma a contribuir para a elaboração de políticas públicas de combate à discriminação e respeito pela diversidade cultural, mediante a adoção de medidas positivas e corretivas das desigualdades (vantagens sociais), que passem pela necessidade da diferenciação, enquanto meio de compensação das desigualdades a que estão sujeitos os grupos mais vulneráveis da população. Neste sentido, tem-se vindo a assistir ao desenvolvimento de um novo direito fundamental, não absoluto, qual seja o da autodeterminação informacional, radicado que está no princípio da dignidade da pessoa humana<sup>27</sup>.

#### 4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Sendo certo que a discriminação racial acarreta o desrespeito pelos valores basilares da UE a diversidade e a multiculturalidade europeia tem de implicar que no espaço da União se garanta a igualdade de tratamento de todos os elementos que compõem os grupos minoritários, enquanto verdadeiro valor identitário europeu. Ora, um dos instrumentos mais aptos ao combate à discriminação, ao racismo estrutural e à xenofobia, consiste em identificar os domínios em que tais fenómenos mais persistem e a elaboração de categorias específicas de dados que permitam determinar a origem étnica ou racial das pessoas que pertencem aos grupos sociais objeto de discriminação, e que mais sofrem com ela. A não ser assim, não será possível efetuar uma efetiva e igualitária proteção de tais grupos, nem elaborar políticas públicas e planos de ação (europeus e nacionais) necessários à erradicação da discriminação em função da origem étnica ou racial.

Neste contexto, é um dado que a tecnologia digital e a inteligência artificial permitem o acesso e tratamento dos dados «sensíveis». Porém, tal tratamento deve ser efetuado de forma a garantir a sua proteção reforçada, mediante o cumprimento de medidas de segurança apropriadas e transparentes, que passem pelo cumprimento de uma série de requisitos que garantam a anonimização e pseudonimização, a sua utilização limitada, o seu tratamento por uma entidade responsável, pelo seu consentimento livre, informado e específico, pela confidencialidade, pelo direito à sua revogação a todo o tempo, e pelo interesse público e legítimo de tal tratamento (fins estatísticos), entre outros imperativos que garantam os direitos fundamentais do seu titular, onde se deve incluir a tutela do exercício daqueles direitos.

<sup>25</sup> *Op. cit.* na expressão de MATOS, Adriana Lima, *A legitimidade da recolha e processamento de dados relativos à raça ou origem étnica: impactos na esfera privada dos indivíduos e no combate à discriminação*, p. 64.

<sup>26</sup> Ver, com especial interesse o Caso C-54/07, *Acórdão do Tribunal de Justiça (Segunda Secção) de 10 de julho de 2008: Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding contra Firma Fryn NV*. Tribunal de Justiça da União Europeia. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/pt/TXT/?uri=CELEX:62007CJ0054/>, sobre trabalhadores assalariados de certa origem étnica ou racial, e política de contratação diretamente discriminatória, cabendo à empresa provar a inexistência de discriminação.

<sup>27</sup> Sobre esta questão ver com especial interesse CORDEIRO, António Menezes, *Direito da Proteção de Dados - À luz do RGPD e da Lei n.º 58/2019*, Almedina, Coimbra, 2020, pp. 257-261.



O objetivo que norteou o nosso trabalho foi o de aquilatar se o cumprimento das regras de recolha e tratamento de dados étnicos poderá salvaguardar os direitos fundamentais que assistem aos membros que pertencem às minorias, inviabilizando a utilização indevida ou abusiva de tais dados.

A resposta a tal inquietude salientou o risco perigoso da utilização discriminatória dos dados assim obtidos. Não obstante, o caminho faz-se caminhando: estamos em crer que o combate sistemático do racismo e a redução das desigualdades sociais deve passar pela monitorização dos dados estatísticos de forma a possibilitar o correto conhecimento da diversidade étnico-racial das populações, impondo-se que tal monitorização deva estar sujeita a um cada vez mais apertado crivo de natureza ética.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Canotilho, Mariana, “Igualdade de Oportunidades e Não Discriminação”, em *Direito da União Europeia - elementos de Direito e Política da União*. Almedina, 2016.
- Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia. União Europeia, Jornal Oficial, C 326, 2012, pp. 391-407. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/ALL/?uri=CELEX:12012P/TXT>.
- Caso C-54/07, Acórdão do Tribunal de Justiça (Segunda Secção) de 10 de julho de 2008: Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding contra Firma Feryn NV. Tribunal de Justiça da União Europeia. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/pt/TXT/?uri=CELEX:62007CJ0054/>.
- Castro, Catarina Sarmento, “Anotação ao art. 8.º da CDFUE”, em *Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia Comentada*, Almedina, Coimbra, 2013 pp. 120-128.
- CASTRO, Catarina Sarmento, *Direito de Informática, privacidade e dados pessoais*. Almedina, Coimbra, 2005.
- Constituição da República Portuguesa, Diário da República: Série I, n.º 86, 1976. <https://dre.pt/legislacao-consolidada/-/lc/34520775/view>.
- CORDEIRO, António Menezes, *Direito da Proteção de Dados - À luz do RGPD e da Lei n.º 58/2019*, Almedina, Coimbra, 2020.
- Diretiva 2000/43/CE do Conselho, de 29 de junho, Jornal Oficial, L 180, de 19.7.2000 22(2000). <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A32000L0043>
- Diretiva 2002/58/CE. Parlamento Europeu e do Conselho, Jornal Oficial, L 201, 2002. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=celex%3A32002L0058>.
- Diretiva 2006/24/CE. Parlamento Europeu e do Conselho, Jornal Oficial, L 105, 2006.
- Diretiva (UE) 2016/680 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 27 de abril, Jornal Oficial, L 119, 2016. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX:32016L0680>.
- European Union Agency for Fundamental Rights, *Fundamental Rights Report 2018*. Publications Office of the European Union 2018. <https://doi.org/doi:10.2811/898119>.
- FAZENDEIRO, Ana. *Regulamento Geral de Protecção de Dados*, 3.ª ed., Almedina, Coimbra, 2018.
- Lei n.º 58/2019, de 8 de agosto, Diário da República, n.º 151, Série I, 2019. <https://dre.pt/dre/detalhe/lei/58-2019-123815982>.
- Martins, Ana Maria Guerra, “Les valeurs communes et la place de la Charte en Europe M. G.”, (2003) em *Estudos de Direito Público - Direito da União Europeia, Direito Internacional Público, Direito Constitucional*, Almedina, 2011, pp. 63-95.
- Martins, Ana Maria Guerra, “Os fundamentos axiológicos da União Europeia após o Tratado de Lisboa - um estudo sobre o art. 2.º do TUE”, em *Ensaio sobre o Tratado da União Europeia*, Almedina, 2011, pp. 69–102.
- Martins, Ana Maria Guerra, “O Tratado de Lisboa reforça o princípio da igualdade e da não discriminação?”, em *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Martim de Albuquerque*,

- Vol. 1., AAFDL, 2010, pp. 55–100.
- MARTINS, Ana Maria Guerra, A igualdade e a não discriminação dos nacionais dos Estados terceiros legalmente residentes na União Europeia – da origem na integração económica ao fundamento na dignidade do ser humano, Almedina, Coimbra, 2010.
- MATOS, Adriana Lima, A legitimidade da recolha e processamento de dados relativos à raça ou origem étnica: impactos na esfera privada dos indivíduos e no combate à discriminação [Dissertação de Mestrado]. Faculdade de Direito da Universidade do Porto, 2020, pp. 56-62. <https://hdl.handle.net/10216/126089>.
- Nações Unidas. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*. Nova Iorque, 1948. <https://dre.pt/dre/geral/legislacao-relevante/declaracao-universal-direitos-humanos>.
- Nações Unidas. Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos. Nações Unidas, 1966.
- OLIVEIRA, Andreia Sofia Pinto, A Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia – âmbito de aplicação – Direitos e Princípios, Petrony, Lisboa, 2018.
- Pacheco, Fátima, “Do âmbito de aplicação da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia: em que situações estão os Estados-membros vinculados às suas disposições?” *Revista Jurídica Portucalense*, 30, Universidade Portucalense, Porto, pp. 89–129. <https://revistas.rcaap.pt/juridica/article/view/24591>.
- Queiroz, Cristina, “A Proteção Constitucional da Recolha e Tratamento de Dados Pessoais Automatizados”, em *Homenagem da Faculdade de Direito de Lisboa ao Professor Doutor Inocêncio Galvão Telles, 90 Anos*, Almedina, Coimbra, 2007.
- Regulamento (EU) 2016/679. Parlamento Europeu e do Conselho, Jornal Oficial, L 119, 2016. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=celex%3A32016R0679>.
- Regulamento (CE) n.º 45/2001. Parlamento Europeu e do Conselho, Jornal Oficial, L 8, 2001. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=celex%3A32001R0045>.
- Relatório da Comissão ao Parlamento Europeu e ao Conselho. Comissão Europeia, COM/2014/02 final. Serviços de Publicação da União Europeia, 2014. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=celex%3A52014DC0002>.
- SEQUEIRA, Elsa Vaz, *Teoria Geral do Direito Civil - Princípios Fundamentais e Sujeitos*, Almedina, Coimbra, 2020; VASCONCELOS, Pedro Pais, *Direito de Personalidade*, Almedina, Coimbra, 2017.
- Silveira, Alessandra, “Comentário ao art. 51.º” em *Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia Comentada*. Almedina, 2013, pp. 572–589.
- Thévenot, L., «Droit et bonnes pratiques statistiques en matière de discrimination. Jalons historiques d’un questionnement sur les origines», *Journées d’Histoire de La Statistique*, 2006. [https://www.insee.fr/fr/statistiques/fichier/2590966/texte\\_thevenot.pdf](https://www.insee.fr/fr/statistiques/fichier/2590966/texte_thevenot.pdf).
- União Europeia. Tratado da União Europeia. Em *Jornal Oficial*, C 326, de 26.10.2012, pp. 13–390. Serviço de Publicações da União Europeia. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=celex%3A12012M%2FTXT>
- Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia. União Europeia, Jornal Oficial, C 326, 2012, pp. 47–390. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=celex%3A12012E%2FTXT>.
- UNITED NATIONS, *Principles and recommendations for population and housing censuses - Revision 3*. United Nations, 2017. <https://doi.org/https://doi.org/10.18356/be-1ae14b-en>.
- VASCONCELOS, Pedro Pais, *Direito de Personalidade*, Almedina, Coimbra, 2017.