

AS IMPLICAÇÕES DO RECONHECIMENTO DE UM DEVER DE PROTEÇÃO ESTATAL (*SCHUTZPFLICHT*) NA PROTEÇÃO DE GRUPOS VULNERÁVEIS E MINORIAS EM FACE DA DISCRIMINAÇÃO ALGORÍTMICA

THE "STATE DUTY TO PROTECT" (SCHUTZPFLICHT) AND ALGORITHMIC DISCRIMINATION: IMPLICATIONS FOR THE PROTECTION OF VULNERABLE GROUPS AND MINORITIES

MÔNIA CLARISSA HENNIG LEAL

Professora do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul (Unisc). Doutorado em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (Unisinos).
moniah@unisc.br

DÉRIQUE SOARES CRESTANE

Doutorando em Direito na Unisc. Mestre em Direito pela Unisc.
dscrestane@gmail.com

Recebido em: 08.12.2022.
Aprovado em: 16.12.2025.

ÁREA DO DIREITO: Constitucional; Digital

RESUMO: As diferentes condições de vulnerabilidade presentes na sociedade apresentam, ao longo da história, características próprias, que muitas vezes geram discriminações, inclusive de natureza estrutural que, na atualidade, tendem a ser reproduzidas no âmbito digital em um fenômeno denominado discriminação algorítmica. Neste contexto, questiona-se: em que medida o Estado encontra-se vinculado a proteger os direitos fundamentais dos grupos vulneráveis e das minorias em face da discriminação algorítmica, com fundamento na teoria do dever de proteção estatal? Propõem-se apresentar um estudo acerca da teoria do dever de proteção estatal e, após, apontar os elementos caracterizadores dos

ABSTRACT: The different conditions of vulnerability present in society have, throughout history, exhibited distinct characteristics that often give rise to discrimination, including forms of structural discrimination, which are increasingly reproduced in the digital environment through a phenomenon known as algorithmic discrimination. In this context, this article addresses the following question: to what extent is the State bound, under the theory of the State Duty to Protect (*Schutzpflicht*), to safeguard the fundamental rights of vulnerable groups and minorities against algorithmic discrimination? Accordingly, this study aims to present an analysis of the theory of the State Duty to Protect, followed by an examination of

grupos vulneráveis e minorias para, por fim, verificar em que medida isto se transporta ao âmbito virtual, e demonstrar os deveres de proteção estatal decorrentes.

PALAVRAS-CHAVE: Discriminação algorítmica – *Schutzpflicht* – Dever de proteção estatal – Grupos vulneráveis – Minorias.

the elements that characterize vulnerable groups and minorities. It then seeks to assess how these conditions are transposed to the digital sphere and to identify the corresponding duties of state protection that arise in this context.

KEYWORDS: Algorithmic discrimination – *Schutzpflicht* – State duty to protect – Vulnerable groups – Minorities.

SUMÁRIO: Introdução. 1. O dever de proteção estatal como desdobramento da dimensão objetiva dos direitos fundamentais. 2. Algumas considerações conceituais necessárias acerca da noção de grupos vulneráveis e minorias. 3. A migração de grupos vulneráveis e minorias para o contexto virtual e o surgimento da discriminação algorítmica. Considerações finais. Referências bibliográficas.

INTRODUÇÃO

As diferentes condições de vulnerabilidade presentes na sociedade não são recentes, sendo marcadas, ao longo da história, por características próprias, ocasionando, muitas vezes, discriminações – muitas delas de natureza estrutural – e que, na atualidade, tendem a ser reproduzidas no âmbito digital. Isto porque o fenômeno da digitalização transporta para o ambiente virtual diversos caracteres da vida humana, inclusive os negativos e discriminatórios, viabilizando uma nova forma de discriminação: a algorítmica.

Nesse contexto, questiona-se: em que medida o Estado encontra-se obrigado a proteger os direitos fundamentais dos componentes de grupos vulneráveis e de minorias em face do fenômeno da discriminação algorítmica, com fundamento na teoria do dever de proteção estatal? O artigo será construído e elaborado a partir do método de abordagem dedutivo, do método procedimental monográfico e da técnica da documentação indireta.

Para tanto, primeiramente será apresentado um estudo acerca da teoria do dever de proteção estatal (*Schutzpflicht*), como decorrência da dimensão objetiva dos direitos fundamentais, e seus parâmetros de controle consistentes na “proibição de proteção insuficiente” (*Untermaßverbot*) e na “proibição de excesso” (*Übermaßverbot*). Após, serão apontados os elementos caracterizadores de grupos vulneráveis e minorias. Por fim, será contextualizado o fenômeno da discriminação algorítmica, a partir da difusão de *softwares* dotados da capacidade de apresentar decisões autônomas, demonstrando como discriminações voltadas a grupos historicamente

de dados, bem como por insensibilidade normativa. A utilização de algoritmos de aprendizagem, dotados da capacidade de apresentar decisões de triagem, por meio da análise de *scores* de comportamento humano, que coletam e tratam dados inclusive descontextualizados, possibilita a reprodução de discriminações de grupos vulneráveis e minorias historicamente segregados.

Por esse motivo, a resposta ao questionamento proposto é no sentido de que o Estado tem, pelo menos, as seguintes obrigações de proteção aos grupos vulneráveis e minorias em face da discriminação algorítmica, em decorrência do dever de proteção estatal: primeiramente, deve conceituar a discriminação de forma que uma decisão produzida por um algoritmo que nele se encaixe será considerada discriminatória; deve ser regulamentada com profundidade a possibilidade de produção de *scores* de comportamento humano, de forma que os dados apreciados pelo sistema sejam de conhecimento público e seja a eles garantido o contexto; as decisões de triagem, da mesma forma, devem ser regulamentadas, inclusive com a fixação de *standards* de observância obrigatória pelos programadores quando da criação do algoritmo; devem ser garantidos meios de recorrer das decisões algorítmicas; e, finalmente, o Estado deve adotar uma postura de observação contínua de monitoramento da efetividade das medidas adotadas, a fim de não se tornarem elas inócuas diante das inovações tecnológicas.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. Fundamental rights as constitutional principles: on the current state of interpreting fundamental rights. In: KÜNKLER, Mirjam; STEIN, Tine (Ed.). *Constitutional and political theory: selected writings*. Oxford: Oxford University Press, 2017. v. 1.
- CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos fundamentais e direito privado*. Trad. Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto. Coimbra: Almedina, 2009.
- CARBONELL, Miguel. Constitucionalismo, minorías y derechos. *Isonomía: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, n. 12, 2000. p. 95-116.
- DOMINGOS, Pedro. *A revolução do algoritmo mestre: como a aprendizagem automática está a mudar o mundo*. 10. ed. Lisboa: Manuscrito, 2017.
- ERNST, Christian. Artificial Intelligence and autonomy: self-determination in the age of automated systems. In: WISCHMEYER, Thomas; RADEMACHER, Timo (Ed.). *Regulating Artificial Intelligence*. Springer: Cham, 2020.
- GARGARELLA, Roberto; COURTIS, Christian. El nuevo constitucionalismo latinoamericano: promesas e interrogantes. *CEPAL – Serie Políticas Sociales*, n. 153, 2009. p. 3-44.

- GRIMM, Dieter. *Constitucionalismo y derechos fundamentales*. Trad. Raúl Sanz Burgos e José Luis Muñoz de Baena Simón. Madrid: Editorial Trotta, 2006.
- HABERMAS, Jürgen. *A inclusão do outro*. Trad. George Sperber, Paulo Astor Soethe, Milton Camargo Mota. 2. ed. São Paulo: Loyola, 2004.
- HOFFMANN-RIEM, Wolfgang. *Teoria geral do direito digital: transformação digital desafios para o direito*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022.
- KLEINBERG, Jon; LUDWIG, Jens; MULLAINATHAN, Sendhil; SUSTEIN, Cass R. Discrimination in the age of algorithms. *Journal of Legal Analysis*, v. 10, 2018. p. 113-174.
- LEAL, Mônia Clarissa Hennig. *Jurisdição constitucional aberta: reflexões sobre a legitimidade e os limites da jurisdição constitucional na ordem democrática – uma abordagem a partir das teorias constitucionais alemã e norte-americana*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.
- LEAL, Mônia Clarissa Hennig; LIMA, Sabrina Santos. *A atuação da corte interamericana de direitos humanos na proteção dos grupos em situação de vulnerabilidade: discriminação estrutural e sentenças estruturantes*. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2021.
- LEAL, Mônia Clarissa Hennig; MAAS, Rosana Helena. “Dever de proteção estatal”, “proibição de proteção insuficiente” e controle jurisdicional de políticas públicas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020.
- LINKEDIN BARRA ANÚNCIO DE VAGAS A NEGROS E INDÍGENAS; MPF E PROCON-SP PEDEM EXPLICAÇÕES. *G1*, 2022. Disponível em: [https://g1.globo.com/tecnologia/noticia/2022/03/24/procon-sp-notifica-linkedin-por-barrar-anuncio-de-vagas-para-negros-e-indigenas.ghtml]. Acesso em: 01.10.2022.
- NOBLE, Safiya Umoja. *Algorithms of oppression: how search engines reinforce racism*. New York University Press: New York, 2018.
- ONEIL, Cathy. *Weapons of math destruction: how big data increases inequality and threatens democracy*. Crown: New York, 2016.
- SABA, Roberto. (Des)igualdade estrutural. *Revista Derecho y Humanidades*, n. 11, 2005. p. 123-147.
- SAGÜÉS, María Sofía. Discriminación estructural, inclusión y litigio estratégico. In: FERRER MAC-GREGOR, Eduardo; MORALES ANTONIAZZI, Mariela; FLORES PANTOJA Rogelio (Coord.). *Inclusión, ius commune y justiciabilidad de los DESCAs en la jurisprudencia interamericana*. El caso Lagos del Campo y los nuevos desafíos. Querétaro: Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2018.

SIQUEIRA, Dirceu Pereira; CASTRO, Lorena Roberta Barbosa. Minorias e grupos vulneráveis: a questão terminológica como fator preponderante para uma real inclusão social. *Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas (Unifafibe)*, v. 5, n. 1, 2017. p. 105-122.

TISCHBIREK, Alexander. Artificial Intelligence and discrimination: discriminating against discriminatory systems. In: WISCHMEYER, Thomas; RADEMACHER, Timo (Ed.). *Regulating Artificial Intelligence*. Springer: Cham, 2020.



PESQUISA DO EDITORIAL



ÁREA DO DIREITO: Constitucional; Digital

Veja também Doutrina relacionada ao tema

- As implicações da teoria da dimensão objetiva dos direitos fundamentais e do dever de proteção estatal (*Schutzpflicht*) ao Direito Privado: uma leitura a partir de sua conformação pela doutrina e jurisprudência alemãs, de Mônia Clarissa Hennig Leal e Rosana Helena Maas – *RDCC* 26/33-60;
- Existem algoritmos neutros e isentos de discriminação? Quais os reflexos éticos, nacionais e internacionais que pairam sobre o tema na atualidade?, de Carmen Sfeir Jacir, Milla Cerqueira e Nadia Hackerott – *RT* 1053/81-99; e
- Inteligência artificial e discriminação estrutural: análise dos vieses algorítmicos misóginos e racistas, de Raissa Amarins Marcandeli e Laércio Lopes da Silva – *RT* 1076/153-180.