

Os pressupostos de legitimidade do espaço de não-direito na era algorítmica: uma proposição a partir da cláusula geral de tutela e promoção da pessoa humana

Bernardo Menicucci GROSSI*

RESUMO: O presente trabalho examina os pressupostos de legitimidade do espaço de não-direito na sociedade algorítmica, a partir da cláusula geral de tutela e promoção da pessoa humana. Reconstrói-se a formulação do conceito de espaço de não-direito na tradição de Rodotà, demonstrando-se que a deliberação de não regular determinadas esferas da existência constitui uma escolha normativa cujos critérios reclamam revisão diante das transformações operadas pelo capitalismo de vigilância. Analisa-se a colonização algorítmica do espaço de não-direito, mediante a qual a abstenção regulatória, concebida como garantia de liberdade, converte-se em título habilitador da extração do superávit comportamental e da construção heterônoma da identidade da pessoa. Examina-se a tensão entre autonomia e heteronomia na Lei Geral de Proteção de Dados, identificando-se a insuficiência parcial dos seus instrumentos diante da profundidade do problema. Propõe-se um teste de três condições cumulativas, quais sejam, a paridade, a cognoscibilidade e a reversibilidade, cuja verificação negativa impõe ao ordenamento o dever de tutela heterônoma, fundamentado na cláusula geral de tutela da pessoa humana e no princípio da solidariedade.

PALAVRAS-CHAVE: Capitalismo de vigilância; dignidade da pessoa humana; autodeterminação informativa; solidariedade; autonomia privada.

SUMÁRIO: 1. Introdução; – 2. O espaço de não-direito: genealogia e pressupostos; – 2.1. Personalidade, autodeterminação e a deliberação de não regular; – 2.2. O corpo eletrônico, a comoditização e a erosão da autodeterminação; – 2.3. Solidariedade como condição estrutural; – 3. Autonomia privada e construção da personalidade; – 3.1. Da autonomia da vontade à autonomia existencial; – 3.2. A autodeterminação informativa e os limites estruturais da autonomia no ambiente digital; – 4. A sociedade algorítmica e a colonização do espaço de não-direito; – 4.1. A lógica extrativista do capitalismo de vigilância; – 4.2. Opacidade algorítmica, perfilamento e a construção heterônoma da identidade; – 5. Autonomia e heteronomia na LGPD; – 5.1. O modelo da LGPD e a tensão entre autodeterminação e regulação; – 5.2. Os deveres laterais como expressão da heteronomia protetiva; – 6. O dever do direito de fazer-se tutor; – 6.1. A superação da dicotomia simplificada entre abstenção e intervenção; – 6.2. A cláusula geral de tutela como fundamento normativo; – 6.3. Proposição construtiva; – 7. Considerações finais; – Referências.

TITLE: *The Legitimacy Presuppositions of the Space of Non-law in the Algorithmic Era: a Proposition Grounded in the General Clause for the Protection and Promotion of the Human Person*

ABSTRACT: *This article examines the legitimacy presuppositions of the space of non-law in the algorithmic society, grounded in the general clause for the protection and promotion of the human person. It reconstructs the concept of the space of non-law in the tradition of Rodotà, demonstrating that the decision not to regulate certain spheres of existence constitutes a normative choice whose criteria require reassessment in light of the transformations brought about by surveillance capitalism. It analyzes the algorithmic colonization of the space of non-law, whereby regulatory abstention, conceived as a guarantee of freedom, becomes a title enabling the extraction of behavioral surplus and the heteronomous construction of personal identity. It examines the tension between autonomy and heteronomy within the Brazilian General Data Protection Law (LGPD), identifying the partial insufficiency*

* Doutor e Mestre em Direito Privado pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC Minas). Especialista em Direito Processual Civil pelo CAD. Professor dos cursos de Pós-Graduação *lato sensu* do Instituto de Educação Continuada da PUC Minas (IEC PUC Minas) e da PUC Minas Virtual. Advogado.

of its instruments. It proposes a three-condition cumulative test, namely parity, cognoscibility, and reversibility, whose negative verification triggers a duty of heteronomous protection grounded in the general clause for the protection of the human person and in the principle of solidarity.

KEYWORDS: Surveillance capitalism; human dignity; informational self-determination; solidarity; private autonomy.

CONTENTS: 1. Introduction; – 2. The space of non-law: genealogy and presuppositions; – 2.1. Personality, self-determination and the decision not to regulate; – 2.2. The electronic body, commodification and the erosion of self-determination; – 2.3. Solidarity as a structural condition. 3. Private autonomy and the construction of personality; – 3.1. From autonomy of the will to existential autonomy; – 3.2. Informational self-determination and the structural limits of autonomy in the digital environment; – 4. The algorithmic society and the colonization of the space of non-law; – 4.1. The extractive logic of surveillance capitalism; – 4.2. Algorithmic opacity, profiling and the heteronomous construction of identity; – 5. Autonomy and heteronomy in the LGPD; – 5.1. The LGPD model and the tension between self-determination and regulation; – 5.2. Lateral duties as an expression of protective heteronomy; – 6. The duty of law to become a guardian; – 6.1. Overcoming the simplified dichotomy between abstention and intervention; – 6.2. The general clause of protection as normative foundation; – 6.3. Constructive proposition; – 7. Final considerations; – References.

1. Introdução: entre a vida e as regras

A delimitação entre as dimensões da existência humana que devem ingressar na esfera do direito e aquelas que dela devem permanecer excluídas constitui, desde os primórdios da reflexão jurídica moderna, um dos problemas centrais da teoria do direito privado. A decisão de *lasciar fuori* (deixar de fora) determinadas dimensões da vida do campo de incidência do ordenamento é, como adverte Rodotà, sempre o resultado de uma escolha política e cultural, cujos critérios convém sejam enunciados, de modo que não sejam meramente delegados a estruturas de poder que operam por lógicas próprias e não necessariamente compatíveis com a tutela da pessoa.¹ Não se trata, pois, de algo natural e passível de simples aferição, mas de uma operação normativa que pressupõe a identificação dos valores e dos interesses que justificam, em cada momento histórico, a conformação dos confins entre o jurídico e o não jurídico. Se, em um período determinado, era possível conceber o espaço de não-direito como uma garantia da liberdade existencial contra a ingerência de um Estado totalizante, o cenário contemporâneo passa a reclamar a sua revisitação em razão das feições do que se convencionou chamar de sociedade algorítmica.²

¹ RODOTÀ, Stefano. *La vita e le regole: tra diritto e non diritto*. Milano: Feltrinelli, 2006, p. 13-17.

² ROUVROY, Antoinette; BERNIS, Thomas. Gouvernamentalité algorithmique et perspectives d'émancipation: le disparate comme condition d'individuation par la relation? *Réseaux*, n. 177. Paris: La Découverte, 2013, p. 163-196. Os autores demonstram que a *governamentalidade algorítmica* constitui uma forma de governo que opera a partir de dados brutos e não-significantes coletados em tempo real e que prescinde de qualquer mediação subjetiva, porquanto se nutre de rastros infra-individuais para a produção de perfis estatísticos sem jamais interpelar o sujeito reflexivo, o que suprime as ocasiões de subjetivação, de individuação pela relação e de constituição do comum, as quais pressupõem, necessariamente, a heterogeneidade como condição de possibilidade.

Neste contexto, a coleta massiva e o tratamento automatizado de dados pessoais, aliados ao perfilamento sistemático de comportamentos e à opacidade dos processos decisórios,³ são capazes de alterar de forma substancial as condições sob as quais essa abstenção regulatória pode ser mantida e interpretada como instrumento de proteção da pessoa.

É exatamente neste contexto que o conceito de espaço de não-direito se revela em toda a sua potencialidade. A ausência de regulação jurídica, que em um cenário de relações paritárias poderia operar como condição de autodeterminação, tende a se converter em tendência de sujeição quando a opacidade e a assimetria informacional passam a permear, de forma estrutural, as relações contemporâneas. A pessoa, cujo corpo eletrônico⁴ se encontra disperso em uma multiplicidade de bancos de dados e perfis algorítmicos, não é apenas observada, mas reconstruída segundo lógicas que lhe são externas, as quais obnubilam a capacidade de autodeterminação que o espaço de não-direito originariamente pressupunha.⁵ Isso significa que a comoditização do corpo eletrônico está a constituir, nessa perspectiva, a verdadeira objetificação da pessoa. Assim se apresenta a dicotomia da regulação autônoma e heterônoma. Se, por um lado, a autonomia privada assegura ao titular o exercício de suas prerrogativas individuais, por outro, vislumbra-se um cenário em que essa mesma autonomia, destituída de condições materiais para sua efetiva enunciação, reclama a intervenção do ordenamento não para suprimi-la, mas para reconfigurar as condições que viabilizam o seu exercício substancial. Pretende-se demonstrar que o direito deve, na era algorítmica, fazer-se tutor do espaço de não-direito, mediante instrumentos de regulação ancorados na cláusula geral de tutela e promoção da pessoa humana.

Essa análise toma como ponto de partida o referido instituto inserido no art. 1º, III, da Constituição da República e compreendido como princípio fundante e irradiador de todo o ordenamento jurídico. Parte-se, ademais, da compreensão de que a dignidade da pessoa humana, conforme a decomposição proposta por Sarmento,⁶ compreende quatro componentes indissociáveis, quais sejam, o valor intrínseco da pessoa, a autonomia, o mínimo existencial e o reconhecimento. Adota-se, como referencial central, a obra de Stefano Rodotà, em particular as formulações contidas em *La vita e le regole, Il diritto*

³ ZUBOFF, Shoshana. *The age of surveillance capitalism: the fight for a human future at the new frontier of power*. New York: PublicAffairs, 2019, p. 8-11.

⁴ RODOTÀ, Stefano. *Il diritto di avere diritti*. Roma-Bari: Laterza, 2012, p. 167. O autor define o *corpo elettronico* como “*l’insieme delle informazioni che costruiscono la nostra identità*”, em conexão ao corpo físico pela mediação da dignidade da pessoa humana.

⁵ RODOTÀ, Stefano. *Il diritto di avere diritti*. Roma-Bari: Laterza, 2012, p. 319.

⁶ SARMENTO, Daniel. *Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetórias e metodologia*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 89-140.

di avere diritti e Solidarietà.⁷ Nessa perspectiva, o trabalho organiza-se em sete seções. Reconstroi-se a formulação do conceito de espaço de não-direito (seção 2), seguida da análise da relação entre autonomia privada e autodeterminação informativa (seção 3). Examina-se o fenômeno da colonização algorítmica do espaço de não-direito (seção 4) e a tensão entre autonomia e heteronomia à luz da Lei Geral de Proteção de Dados (seção 5). Propõe-se, por fim, a fundamentação do dever do direito de fazer-se tutor do espaço de não-direito, mediante critérios ancorados na cláusula geral de tutela da pessoa humana e no princípio da solidariedade (seção 6), seguindo-se as considerações finais (seção 7).

2. O espaço de não-direito: genealogia e pressupostos

2.1. Personalidade, autodeterminação e a deliberação de não regular

A tutela jurídica da pessoa humana no ordenamento constitucional brasileiro não se esgota na proteção de situações jurídicas subjetivas previamente tipificadas pelo legislador. Conquanto o Código Civil de 2002 tenha dedicado um capítulo específico aos direitos da personalidade (arts. 11 a 21), a doutrina contemporânea é convergente no reconhecimento de que a proteção da pessoa transcende esse rol, encontrando fundamento último na cláusula geral de tutela e promoção da pessoa humana, extraída do princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da Constituição Federal de 1988).⁸ Trata-se de compreender que o direito da personalidade constitui, na expressão consagrada por Perlingieri, uma noção inacabada, cuja conformação decorre não de um elenco taxativo de prerrogativas, mas da própria força normativa do princípio fundante da República.⁹

A relevância dessa construção reside, fundamentalmente, na sua capacidade de acompanhar as múltiplas e imprevisíveis formas pelas quais a personalidade se manifesta e se reconstrói na experiência concreta. Trata-se, ademais, de uma construção de caráter historicista. A escolha do nome social, a autodesignação de gênero, a decisão sobre o destino do próprio corpo e das informações que o representam constituem expressões de autodeterminação que, embora nem sempre contempladas pelo legislador ordinário, encontram guarida na cláusula geral precisamente porque esta se orienta pela

⁷ RODOTÀ, Stefano. *La vita e le regole*. 2. ed. ampliata. Milano: Feltrinelli, 2009; RODOTÀ, Stefano. *Il diritto di avere diritti*. Roma-Bari: Laterza, 2012; RODOTÀ, Stefano. *Solidarietà*. Roma-Bari: Laterza, 2014.

⁸ TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

⁹ PERLINGIERI, Pietro. *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*. Camerino-Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 1972, p. 12-15.

integralidade da pessoa. É a dignidade da pessoa humana, compreendida, na formulação de Bodin de Moraes, em seus quatro corolários materiais, a igualdade, a integridade psicofísica, a liberdade e a solidariedade, que confere substância normativa a essas dimensões da personalidade.¹⁰

Há que se reconhecer, porém, que a cláusula geral de tutela e promoção da pessoa humana não opera apenas em sua dimensão positiva, conformando o ordenamento para que este acolha novas manifestações da personalidade. Existe, igualmente, uma dimensão negativa, consistente na deliberação de não submeter determinadas esferas da existência à regulação jurídica.¹¹ Dito de outro modo, o reconhecimento de um espaço de não regulação, no qual a pessoa pode desenvolver livremente as potencialidades de sua personalidade sem a mediação normativa do Estado, constitui, ele próprio, uma decorrência lógica da proteção da dignidade.¹² A decisão de *lasciar fuori*, de deixar determinadas dimensões da vida fora do alcance da disciplina jurídica, não é uma lacuna ou uma omissão involuntária do legislador, porquanto resulta de uma escolha política e cultural fundada na convicção de que a liberdade existencial reclama, em certos domínios, a contenção do poder normativo.¹³

Essa compreensão exige, todavia, uma distinção hermenêutica fundamental pautada na compreensão de que o espaço de não regulação de que se trata não corresponde a uma lacuna no sentido técnico-jurídico, vale dizer, a uma incompletude não intencional do sistema normativo que demandaria integração por analogia ou princípios gerais. A rigor, a chamada textura aberta do direito, tal como concebida na tradição da filosofia jurídica

¹⁰ MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 85. A autora identifica quatro corolários do princípio da dignidade da pessoa humana: a igualdade, a integridade psicofísica, a liberdade e a solidariedade.

¹¹ O reconhecimento de uma dimensão negativa da cláusula geral de tutela e promoção da pessoa humana encontra respaldo na própria estrutura principiológica da Constituição Federal de 1988, que, ao erigir a dignidade da pessoa humana como fundamento da República (art. 1º, III), impõe ao ordenamento tanto deveres positivos de conformação quanto limites negativos de abstenção regulatória, sempre orientados pela proteção do livre desenvolvimento da personalidade.

¹² A concepção de que determinadas esferas da existência devem permanecer ao abrigo de interferências externas encontra formulação seminal, na tradição anglo-saxônica, em WARREN, Samuel D.; BRANDEIS, Louis D. The right to privacy. *Harvard Law Review*, vol. 4, n. 5. Cambridge, dez./1890, p. 193-220, onde se enuncia o célebre *right to be let alone*. Observe-se, não obstante, que a formulação de Warren e Brandeis opera no plano do direito subjetivo oponível a terceiros, isto é, uma pretensão defensiva contra a intromissão na esfera privada, ao passo que a deliberação de *lasciar fuori* de que se trata na presente análise situa-se em plano diverso, o da decisão do próprio ordenamento de não incidir sobre determinados domínios da existência como condição para o livre desenvolvimento da personalidade. A filiação teórica mais precisa do conceito é desenvolvida por Rodotà em *La vita e le regole*. 2. ed. ampliata. Milano: Feltrinelli, 2009. Sobre a passagem do *right to be let alone* à autodeterminação informativa como reconfiguração funcional da privacidade, v. RODOTÀ, Stefano. *A vida na sociedade de vigilância*. Org. Maria Celina Bodin de Moraes. Trad. Danilo Doneda e Luciana Cabral Doneda. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 15-17; DONEDA, Danilo. *Da privacidade à proteção de dados pessoais: elementos da formação da Lei Geral de Proteção de Dados*. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 27-33.

¹³ RODOTÀ, Stefano. *Il diritto di avere diritti*. Roma-Bari: Laterza, 2012, p. 296. Na formulação do autor, há que se reconhecer que também o *lasciar fuori* constitui o resultado de uma escolha política e cultural, razão pela qual devem ser explicitados os critérios da decisão.

analítica, já havia demonstrado que a indeterminação normativa não é um defeito, mas uma condição estrutural do sistema.¹⁴ De igual maneira, a distinção entre regras e princípios, ao conferir a essas uma dimensão de peso que possibilita a ponderação diante de circunstâncias concretas, permite compreender que a deliberação de não regular certas esferas da existência decorre de uma valoração axiológica do intérprete, orientada por princípios constitucionais, e não de uma ausência de material normativo disponível.¹⁵

Via de consequência, o espaço de não regulação apresenta-se como produto de uma escolha interpretativa, informada pelos critérios axiológicos vigentes em cada momento histórico, e não como dado pré-jurídico ou como mero vazio normativo. Nessa perspectiva, a técnica das cláusulas gerais assume uma relevância decisiva, porquanto confere ao ordenamento a elasticidade necessária para que a delimitação entre o que deve ser regulado e o que deve permanecer fora da esfera do direito possa ser continuamente revisitada à luz das transformações sociais, econômicas e tecnológicas.¹⁶ Observa-se, neste particular, que a proposição aqui formulada encontra respaldo em tradição consolidada, que já na segunda metade do século XX identificava na legislação por princípios a técnica mais adequada para satisfazer as exigências de uma sociedade em permanente transformação, por oposição ao esquema da legislação regulamentar, rígido e impermeável à dinâmica dos fatos.¹⁷

¹⁴ HART, H.L.A. *O conceito de direito*. Trad. Antônio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009, p. 161-176. A noção de textura aberta (*open texture*) do direito permite compreender que a indeterminação normativa não é mero defeito do sistema, mas condição estrutural que habilita a adaptação das regras jurídicas às transformações da vida social.

¹⁵ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

¹⁶ O tempo das cláusulas gerais. Trad. Eduardo Nunes de Souza. *Revista Brasileira de Direito Civil*, vol. 33, n. 3. Belo Horizonte: Fórum, jul.-set./2024. V. também RODOTÀ, Stefano. Ideologias e técnicas da reforma do direito civil. Trad. Eduardo Nunes de Souza. *Civilistica.com*, a. 13, n. 1, 2024, p. 20-21.

¹⁷ A tese de que a legislação por princípios, expressa na técnica das cláusulas gerais, constitui a resposta mais adequada à dinâmica de uma sociedade em permanente transformação inscreve-se em tradição que atravessa diferentes sistemas jurídicos. Na tradição alemã, ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. Trad. J. Baptista Machado. 11. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2008, p. 228-252, identificou nas cláusulas gerais uma “indeterminação intencional” que caracteriza o programa do legislador, distinguindo-as do método casuístico. CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. Trad. Antônio Menezes Cordeiro. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002, p. 103-115, demonstrou que a abertura do sistema jurídico não constitui defeito, mas condição de adequação à realidade social. WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno*. Trad. António Manuel Hespanha. 4. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2010, p. 628-631, descreveu a passagem de uma ética formal de liberdade a uma ética material de responsabilidade social operada pela jurisprudência alemã por meio de cláusulas gerais como o §242 do BGB. Na tradição italiana, RODOTÀ, Stefano. Ideologias e técnicas da reforma do direito civil. Trad. Eduardo Nunes de Souza. *Civilistica.com*, a. 13, n. 1, 2024, p. 15-21; e, do mesmo autor, O tempo das cláusulas gerais. Trad. Eduardo Nunes de Souza. *Revista Brasileira de Direito Civil*, vol. 33, n. 3. Belo Horizonte: Fórum, jul.-set./2024, p. 175-204. Na doutrina brasileira, MARTINS-COSTA, Judith. O direito privado como um sistema em construção: as cláusulas gerais no projeto de código civil brasileiro. *Revista de Informação Legislativa*, vol. 35, n. 139. São Paulo, jul.-set./1998, p. 5-32; TEPELINO, Gustavo. O princípio da função social no direito civil contemporâneo. *Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro: MPRJ*, n. 54, out.-dez./2014; REALE, Miguel. O projeto do Código Civil: situação atual e seus problemas fundamentais. São Paulo: Saraiva, 1986, p. 8-12, onde o autor justifica a adoção de cláusulas gerais como diretriz metodológica do anteprojeto do Código Civil de 2002.

Se, contudo, a deliberação de não regular constitui o resultado de uma decisão valorativa, e não de um acaso normativo, torna-se imprescindível que os critérios que a fundamentam sejam explicitados e, sobretudo, periodicamente revisitados, notadamente em uma época em que não apenas a tecnologia, mas a característica das relações sociais migraram gradualmente da estabilidade para a efemeridade.¹⁸ Esses critérios não podem prescindir do conjunto de inovações que continuamente reconfiguram a realidade sobre a qual o direito é chamado a incidir.¹⁹ Eis que se apresenta, com toda a sua força, a questão central, qual seja, quando o objeto sobre o qual operou a decisão originária de não regular se transforma radicalmente, pode a deliberação pretérita subsistir sem revisão?

A cláusula geral de tutela e promoção da pessoa humana, extraída do art. 1º, III, da Constituição da República, opera, no que concerne ao espaço de não-direito, com uma função específica que transcende a mera proteção de situações existenciais meramente tipificadas. O caráter aberto da tutela que dela se extrai não apenas permite a proteção de *novos* direitos da personalidade, mas fundamenta, igualmente, o reconhecimento de domínios que devem permanecer imunes à regulação. Paulo Mota Pinto, ao examinar o livre desenvolvimento da personalidade, observa que tal direito é aberto sincrônica e diacronicamente, permitindo a tutela de novos bens e em face de renovadas ameaças à pessoa humana.²⁰ É exatamente essa abertura que confere ao conceito de espaço de não-direito a sua ancoragem normativa, pois se a personalidade constitui um valor dinâmico e não se esgota em um rol fechado de direitos subjetivos, o ordenamento que a tutela há de compreender, igualmente, que determinados espaços da existência humana reclamam proteção justamente pela abstenção, e não pela intervenção.²¹

2.2. O corpo eletrônico, a comoditização e a erosão da autodeterminação

A transformação radical do objeto a que se alude manifesta-se, de modo paradigmático, na reconfiguração digital da pessoa. Se, em um determinado momento histórico, foi

¹⁸ BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade líquida*. Trad. Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001, pp. 12-14.

¹⁹ RODOTÀ, Stefano. *Il diritto di avere diritti*. Roma-Bari: Laterza, 2012, p. 296. No original: “devono essere resi espliciti i criteri della decisione. Questi non possono prescindere dall’insieme delle innovazioni alle quali continuamente si assiste, che ci consegnano un mondo contrassegnato strutturalmente da forti dinamiche, nel quale non basta ridisegnare i confini tra diritto e non diritto, poiché bisogna partire proprio dalla ricognizione e dalla ricostruzione dell’oggetto di queste operazioni di regolamento dei confini”.

²⁰ PINTO, Paulo da Mota. O direito ao livre desenvolvimento da personalidade. In: *Portugal-Brasil. Ano 2000*. Coimbra: Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra, 1999, p. 176. Paulo Mota Pinto observa que o direito geral de personalidade é, nesse sentido, aberto sincrônica e diacronicamente, permitindo a tutela de novos bens e em face de renovadas ameaças à pessoa humana, sempre tendo como referente o respeito pela personalidade, quer numa perspectiva estática, quer na sua dimensão dinâmica de realização e desenvolvimento.

²¹ SCHREIBER, Anderson. *Direitos da personalidade*. 3. ed. Rio de Janeiro: GEN, 2014, p. 15-16. No mesmo sentido, sobre a função da cláusula geral como fundamento para tutela de bens não tipificados, BODIN DE MORAES, Maria Celina. La tutela della persona umana in Brasile. *Civilistica.com*, a. 3, n. 2, 2014, *passim*.

possível dimensionar a proteção da personalidade essencialmente em torno do corpo físico e da esfera psíquica do indivíduo, a revolução informacional²² operou uma extensão sem precedentes das dimensões constitutivas da pessoa. O conjunto de instâncias que passa a integrar a identidade de cada indivíduo no ambiente digital, o chamado corpo eletrônico, vinculou-se de forma indissociável ao seu corpo físico, de modo que a cláusula geral de tutela e promoção da pessoa humana se instrumentaliza como elo mediador para reconstituir a integridade de uma pessoa, a qual já não se encerra nos antigos limites de sua corporalidade material.²³ A vida se tornou um intercâmbio contínuo de informações, onde a construção, a identidade e o reconhecimento da pessoa passaram a depender, de forma preponderante, do modo como o conjunto de dados que a ela se refere é organizado, processado e explorado pela sociedade. Em outros termos, o reconhecimento da personalidade a partir de suas projeções tradicionais, quais sejam, a tutela da integridade psíquica, do nome, da honra e da imagem, já não basta para a tutela integral da pessoa na contemporaneidade, uma vez que o seu reconhecimento social também emerge através de incontáveis interações propiciadas pelas informações a seu respeito mantidas em bancos de dados públicos e privados que exprimem o reflexo da pessoa para si própria e para terceiros com os quais direta e indiretamente interage. Não se trata apenas de constatar a insuficiência do rol tradicional de direitos da personalidade que permanece naturalmente aberto e em permanente construção mas, principalmente, de compreender que os atributos que compõem o corpo eletrônico se encontram sujeitos à geração de inferências, a usos secundários e cascadeados e a processos decisórios computacionais opacos, cujos efeitos sobre a pessoa transcendem, por completo, o perímetro das categorias jurídicas até então concebidas para a sua proteção.

Não se trata apenas de constatar a emergência de novas dimensões da personalidade, mas, também, e, principalmente, de compreender que o contexto no qual as suas

²² A expressão “revolução informacional” designa, na formulação de CASTELLS, Manuel. *A sociedade em rede*. A era da informação: economia, sociedade e cultura, vol. 1. Trad. Roneide Venancio Majer. 6. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2002, p. 67-69, a transformação estrutural das sociedades contemporâneas operada pela convergência entre as tecnologias da informação, a reestruturação do capitalismo e os movimentos sociais e culturais do final do século XX. Para Castells, o que caracteriza essa revolução não é a centralidade do conhecimento e da informação em si, porquanto estes sempre foram relevantes em todas as sociedades, mas a aplicação desse conhecimento e dessa informação à geração de novos conhecimentos e dispositivos de processamento e comunicação da informação, em um ciclo de realimentação cumulativa entre inovação e uso. V. também, do mesmo autor, *A galáxia da internet: reflexões sobre a internet, os negócios e a sociedade*. Trad. Maria Luíza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2003, p. 7-10.

²³ RODOTÀ, Stefano. *Il diritto di avere diritti*. Roma-Bari: Laterza, 2012, p. 319-320. Na formulação do autor, “il ‘corpo elettronico’, l’insieme delle informazioni che costruiscono la nostra identità, viene così ricongiunto al corpo fisico: la dignità diviene il forte tramite per ricostruire l’integrità della persona”. V. também, na mesma obra, p. 397, onde se afirma que “la nostra vita sta ormai diventando uno scambio continuo di informazioni”. Sobre a delimitação do conceito de dado pessoal no ordenamento jurídico brasileiro e a perspectiva expansionista adotada pela LGPD, v. MACHADO, Diego. Considerações iniciais sobre o conceito de dado pessoal no ordenamento jurídico brasileiro. *Civilistica.com*, a. 12, n. 1, 2023.

projeções se inserem foram profundamente alteradas pela lógica da mercantilização. A expansão do raciocínio de mercado para domínios não econômicos da vida, naquilo que se pode designar, na esteira de Sandel, como triunfalismo de mercado, não opera uma mera realocação de mecanismos de distribuição de bens, porquanto transforma qualitativamente a natureza dos bens e das relações sobre os quais incide.²⁴ Neste diapasão, a comoditização dos dados pessoais, ao submeter à racionalidade econômica informações constitutivas da identidade e da personalidade do indivíduo, produz uma despersonalização estrutural que se revela incompatível com os valores do ordenamento constitucional brasileiro.²⁵ Os usos secundários e cascadeados de dados pessoais, alimentados pela lógica do capitalismo de vigilância, subtraem do titular qualquer possibilidade real de exercício da autodeterminação informativa sobre o seu eu digital e é nesse contexto que o espaço de não-direito isoladamente considerado se torna ineficaz como instrumento garantidor da dignidade da pessoa.²⁶

A proposição que se impõe, a esta altura, é a de que a, assim denominada, comoditização destrói o fundamento de justificação razoável do espaço de não regulação. Com efeito, parte da doutrina chega a comparar os dados pessoais a ativos tóxicos, em analogia ao amianto, isto é, extremamente úteis e lucrativos, porém potencialmente destrutivos quando empregados de forma desvirtuada.²⁷ Se a deliberação originária de não regular determinadas esferas da existência digital pressupunha que o indivíduo disporia de condições para exercer, de forma autônoma e informada, o governo do seu corpo eletrônico, o cenário contemporâneo revela que essa premissa tende a não se sustentar. A abstenção regulatória, em contexto de assimetria informacional radical e de exploração sistemática das vulnerabilidades cognitivas do titular, deixa de operar como garantia de liberdade e passa a funcionar, involuntariamente, como licença para a objetificação da pessoa.

2.3. Solidariedade como condição estrutural

A compreensão de que a autodeterminação reclama condições materiais para o seu exercício efetivo conduz, por necessidade lógica, ao princípio da solidariedade. A

²⁴ SANDEL, Michael J. *O que o dinheiro não compra: os limites morais do mercado*. 8. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2017, p. 12.

²⁵ SOARES, Rafael Oliveira; EHRHARDT JÚNIOR, Marcos. Os dados pessoais como bens de valor econômico e a despersonalização das pessoas naturais: a comoditização do indivíduo e sua incompatibilidade com a ordem constitucional brasileira. *Civilistica.com*, a. 14, n. 1, 2025. Sobre a qualificação dos conteúdos existentes no ambiente digital como bens em sentido jurídico, pressuposto da lógica de comoditização aqui descrita, v. MELLO, Manoel; EHRHARDT JÚNIOR, Marcos. Bens jurídicos: notas sobre a sua adequação em tempos (cada vez mais) digitais. *Civilistica.com*, a. 13, n. 1, 2024.

²⁶ ZUBOFF, Shoshana. *The Age of Surveillance Capitalism: the fight for a human future at the new frontier of power*. New York: Public Affairs, 2019.

²⁷ VÉLIZ, Carissa. *Privacidade é poder: por que e como você deveria retomar o controle de seus dados*. Trad. Samuel Oliveira. São Paulo: Contracorrente, 2021, p. 130-132.

Constituição Federal de 1988, ao eleger como objetivo fundamental da República a construção de uma sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, I), não se limitou a enunciar uma aspiração programática, porquanto conferiu à solidariedade o estatuto de princípio jurídico dotado de eficácia normativa.²⁸ A solidariedade constitui, na formulação de Maria Celina Bodin de Moraes, um dos quatro substratos materiais da dignidade da pessoa humana, ao lado da igualdade, da integridade psicofísica e da liberdade, operando simultaneamente em dois planos que se complementam sem se confundir, quais sejam, o plano normativo-constitucional, no qual o art. 3º, I, da Constituição Federal de 1988 a erige em objetivo fundamental da República, e o plano ontológico, no qual ela exprime a compreensão da pessoa como ser essencialmente relacional, cuja existência digna pressupõe vínculos de reconhecimento e cuidado que antecedem qualquer posituação.²⁹

É nesse quadro que a solidariedade se revela como uma condição estrutural, e não meramente complementar, da dignidade e da autodeterminação. O fundamento último dessa compreensão reside no reconhecimento de que este princípio carrega consigo não apenas uma virtude ética (a responsabilidade pelo outro), como também características outras frequentemente identificadas enquanto fato social, pois intrínseca à relação humana e como norma jurídica, quando positivada enquanto princípio fundante da ordem jurídica.³⁰

Há, nesta perspectiva, a partir do reconhecimento dessa carga normativa ao princípio da solidariedade uma verdadeira inversão da lógica autonomista típica das codificações oitocentistas em que a responsabilidade passa a anteceder a própria manifestação de vontade do sujeito. Essa anterioridade ética da responsabilidade pelo outro encontra tradução normativa que não se reduz a uma simples virtude moral ou a um prosaico dever individual, mas advém de um princípio orientador de todo o sistema jurídico, o qual impõe a consideração do outro como pressuposto para o pleno desenvolvimento da personalidade de cada um.

²⁸ Constituição Federal de 1988, art. 3º, I: “Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I, construir uma sociedade livre, justa e solidária”. Sobre a solidariedade como substrato material da dignidade, v. MORAES, Maria Celina Bodin de. *Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010. V. também SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 48-49.

²⁹ MORAES, Maria Celina Bodin de. *Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 86-112.

³⁰ MORAES, Maria Celina Bodin de. O princípio da solidariedade. In: PEIXINHO, Manoel Messias; GUERRA, Isabella Franco; FILHO, Firly Nascimento (Org.). *Os princípios da Constituição de 1988*. 2. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 164. Em seu artigo, a autora ainda qualifica das dimensões do vício e do pragmatismo da solidariedade, as quais não foram abordadas neste artigo por razão metodológica.

O espaço de não regulação, nessa leitura, não pode ser compreendido como prerrogativa puramente individual, porquanto a sua preservação ou o seu redesenho pressupõem uma teia de relações solidárias que assegure as condições materiais para o exercício da autodeterminação. A liberdade existencial desacompanhada de suportes solidários converte-se em ficção jurídica e objetificação do ser humano.

3. Autonomia privada e construção da personalidade

3.1. Da autonomia da vontade à autonomia existencial: a transformação do espaço privado

A compreensão do espaço de não-direito como categoria normativa pressupõe, contudo, o exame da transformação histórica da própria noção de autonomia privada. Na lição de Fachin, o espaço jurídico privado foi concebido, na modernidade liberal, como lugar privilegiado de exercício da liberdade individual, campo da autonomia que antecede ao próprio conceito de Estado moderno e que constitui limite à atuação desse Estado.³¹ Porém, nesse primeiro momento, o espaço privado se ancorava na liberdade dos sujeitos exercida sobre suas propriedades. O patrimonialismo, que nessa fase não se cogitava como valor maior a dignidade da pessoa humana, acabou por se refletir nas codificações do século XIX e início do século XX.³² A passagem do sujeito de direito enquanto agente econômico para livre construtor da própria personalidade constitui, nessa perspectiva, um dos elementos definidores da constituição progressiva do direito civil contemporâneo.³³

A reconstrução histórica empreendida por Ruzyk revela que, se, em um dado momento histórico, era possível confundir a autonomia privada com a autonomia da vontade de matriz oitocentista, confinando-a ao campo negocial e patrimonial, a superação dessa concepção exige a reconstrução dos institutos fundamentais do direito civil a partir das liberdades concretas da pessoa. O autor demonstra que a autonomia da vontade, conquanto vazada em linguagem universal, espelhava os interesses de um sujeito

³¹ FACHIN, Luiz Edson. *Direito civil: sentidos, transformações e fim*. Rio de Janeiro: Renovar, 2015, p. 13-14 e p. 83. Fachin identifica o “espaço jurídico privado” como lugar privilegiado de exercício da liberdade individual, cuja configuração transitou do patrimonialismo oitocentista, no qual a propriedade definia o limite entre as espacialidades pública e privada, para uma constituição progressiva que tem na dignidade da pessoa o seu valor axial.

³² FACHIN, Luiz Edson. *Direito civil: sentidos, transformações e fim*. Rio de Janeiro: Renovar, 2015, p. 14. V. também BODIN DE MORAES, Maria Celina. La tutela della persona umana in Brasile. *Civilistica.com*, a. 3, n. 2, 2014, p. 30.

³³ FACHIN, Luiz Edson. *Direito civil: sentidos, transformações e fim*. Rio de Janeiro: Renovar, 2015, p. 83-84.

bastante concreto.³⁴ Agora, o que se impõe à *espécie* é uma compreensão radicalmente diversa. Não de outra forma, Perlingieri sustenta que a autonomia privada não se identifica com a iniciativa econômica nem com a autonomia contratual *stricto sensu*, exprimindo-se também em matérias nas quais diretamente estão envolvidas situações subjetivas existenciais.³⁵ Essa distinção é constitutiva e não meramente taxonômica.

Neste sentido, não se trata apenas de reconhecer, em uma perspectiva descritiva, que a autonomia se exerce também fora do campo patrimonial, mas, também, e, principalmente, de afirmar que a autonomia existencial constitui a condição para o livre desenvolvimento da personalidade. Teixeira sustenta que a liberdade de “ser” é essencial para que as pessoas possam viver de forma digna, garantindo-se a autonomia para que cada indivíduo construa sua personalidade e realize suas escolhas livremente, sem imposição ou influência externa.³⁶ Via de consequência, a proteção da autonomia há de ser mais reforçada no plano das decisões de cunho existencial. Observe-se, não obstante, que isso não significa que a heteronomia esteja excluída desse domínio. A questão é mais vasta e complexa. Sarmento, ao analisar a relação entre dignidade e autonomia, identifica que a dignidade humana tanto fundamenta a autonomia da pessoa quanto pode operar como seu limite, de sorte que se fala, na doutrina, em dignidade como autonomia e em dignidade como heteronomia.³⁷ O célebre caso do arremesso de anão, decidido pelo Conselho de Estado francês e posteriormente submetido à Comissão de Direitos Humanos das Nações Unidas, ilustra com singular nitidez esse paradoxo, porquanto a prática foi proibida a despeito do consentimento expresso do portador de nanismo, sob o fundamento de que a dignidade da pessoa humana constituiria componente de ordem pública que não poderia ser derogada nem mesmo pela vontade do próprio titular.³⁸ Conquanto a solução adotada fosse objeto de críticas legítimas, porquanto fosse possível converter a dignidade em instrumento de paternalismo, o caso revelou uma questão que não se podia evitar, qual seja, há situações em que as condições materiais de exercício da

³⁴ RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. *Institutos fundamentais do direito civil e liberdade(s)*. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2011, p. 79-141.

³⁵ PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional*. Trad. Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 275-276.

³⁶ TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Autonomia existencial. *Revista Brasileira de Direito Civil*, vol. 16. Belo Horizonte: Fórum, abr.-jun./2018, p. 77.

³⁷ SARMENTO, Daniel. *Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetórias e metodologia*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 136-137 e 182-187. Sarmento observa que “a dignidade já foi utilizada, por exemplo, para proibir espetáculos eróticos, batalhas recreativas com armas de brinquedo e atividades laborais consideradas degradantes”, concluindo, contudo, que “embora a proteção da autonomia não seja absoluta, não se deve interpretar a dignidade humana como veículo para a heteronomia. Dignidade é liberdade e empoderamento da pessoa, e não heteronomia” (p. 331). A tensão entre essas duas funções constitui um dos debates centrais da teoria dos direitos da personalidade. Sobre o tema, SCHREIBER, Anderson. *Direitos da personalidade*. 3. ed. Rio de Janeiro: GEN, 2014, p. 26-27.

³⁸ Conseil d’État, Commune de Morsang-sur-Orge, 27.10.1995. A decisão foi posteriormente confirmada pela Comissão de Direitos Humanos das Nações Unidas no caso *Manuel Wackenheim v. France*, n. 854/1999, UN Doc. CCPR/C/75/D/854/1999 (2002).

autonomia estão de tal modo comprometidas, pela vulnerabilidade, pela assimetria ou pela ausência de alternativas reais, que o consentimento formal não corresponde a uma decisão genuinamente livre. É precisamente essa constatação que conecta o debate sobre os limites da autonomia existencial ao problema central do presente trabalho, pois o espaço de não-direito somente comporta interpretação como garantia de liberdade quando condições de simetria, consciência e ausência de coação estiverem presentes. Quando essas condições se dissiparem, o caráter heterônomo da norma jurídica tem como objetivo restaurar os pressupostos para o exercício da autonomia.

Observe-se, não obstante, que a autonomia existencial não opera como mera ausência de obstáculos externos à conduta. É de rigor observar, conforme aponta Sarmento, que a autonomia deve ser compreendida como liberdade positiva, vale dizer, como a possibilidade real de o agente decidir e agir em conformidade com a sua escolha, o que pressupõe não apenas a ausência de constrangimentos, mas a existência de condições materiais e culturais apropriadas para a autodeterminação.³⁹ Bodin de Moraes, neste diapasão, afirma que liberdade significa, na contemporaneidade, poder realizar sem interferências de qualquer tipo o próprio projeto de vida, as próprias escolhas individuais.⁴⁰ Disso decorre que o espaço de não-direito, na formulação de Rodotà, constitui a expressão espacial dessa exigência, pois ela é o domínio no qual a norma jurídica, com sobriedade e respeito, reconhece a primazia da autodeterminação existencial.⁴¹ Cada vez mais, a autonomia se identifica com o projeto de vida realizado ou perseguido pela pessoa, o que exige do direito não a sua onipresença, mas a sabedoria de reconhecer os domínios nos quais a sua intervenção deve ceder lugar à soberania existencial do indivíduo.

3.2. A autodeterminação informativa e os limites estruturais da autonomia no ambiente digital

A partir das premissas estabelecidas, há que se reconhecer que, na sociedade contemporânea, uma parcela crescente do exercício da autonomia existencial se realiza por intermédio de dados pessoais. A autodeterminação informativa, compreendida como o poder da pessoa de decidir sobre o fluxo de seus dados pessoais, inscreve-se, nessa perspectiva, como desdobramento necessário da autonomia existencial no domínio

³⁹ SARMENTO, Daniel. *Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetórias e metodologia*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 329.

⁴⁰ BODIN DE MORAES, Maria Celina. La tutela della persona umana in Brasile. *Civilistica.com*, a. 3, n. 2, 2014, p. 30. No original: “*Libertà significa, oggi, giorno, poter realizzare, senza interferenze di alcun tipo, il nostro progetto di vita, le nostre scelte individuali, esercitando come meglio ci conviene*”.

⁴¹ RODOTÀ, Stefano. *La vita e le regole: tra diritto e non diritto*. 2. ed. Milano: Feltrinelli, 2009, p. 18-25.

informacional.⁴² Mendes reconstrói a emergência desse direito como direito fundamental autônomo, superando a concepção original de privacidade como mera liberdade negativa de não interferência.⁴³ De igual maneira, Doneda demonstra a passagem do direito à privacidade como *right to be let alone* para o direito à proteção de dados como poder de controle sobre as próprias informações, inscrevendo essa evolução no marco da tutela dinâmica da personalidade.⁴⁴

Rodotà já advertia que a autodeterminação informativa pressupõe a garantia de condições necessárias para que o processo de decisão se desenvolva de modo a assegurar à pessoa consciência de cada uma de suas escolhas.⁴⁵ Porém, há um vetor que se torna cada vez mais complexo destacado por Pasquale ao descrever a sociedade da informação como um espelho unidirecional, no qual os agentes econômicos detêm conhecimento sem precedentes sobre a vida cotidiana dos titulares, ao passo que estes pouco ou nada sabem sobre como tal conhecimento é utilizado para influenciar as decisões que os afetam.⁴⁶ Não de outra forma, a assimetria informacional radical entre os agentes de tratamento e os titulares de dados, a racionalidade limitada da pessoa diante de políticas de privacidade extensas e opacas, e a chamada fadiga do consentimento,⁴⁷ consubstanciada pela repetição mecânica de atos de anuência que não correspondem a uma decisão verdadeiramente livre e informada, evidenciam que as condições que o

⁴² A autodeterminação informativa é expressamente prevista como fundamento da disciplina de proteção de dados pessoais no art. 2º, II, da Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018 (Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais). Sobre a construção dogmática do conceito, DONEDA, Danilo. *Da privacidade à proteção de dados pessoais: elementos da formação da Lei Geral de Proteção de Dados*. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 171-174. Doneda demonstra que a autodeterminação informativa, cuja formulação originária remonta à decisão do Tribunal Constitucional Federal alemão sobre o censo de 1983 (*Volkszählungsurteil*, BVerfGE 65, 1), consiste no poder do indivíduo de determinar a divulgação e a utilização de seus dados pessoais, inscrevendo-se como desdobramento do direito geral de personalidade e do princípio da dignidade humana.

⁴³ MENDES, Laura Schertel. *Privacidade, proteção de dados e defesa do consumidor: linhas gerais de um novo direito fundamental*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 32-33.

⁴⁴ DONEDA, Danilo. *Da privacidade à proteção de dados pessoais: elementos da formação da Lei Geral de Proteção de Dados*. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 171-174.

⁴⁵ RODOTÀ, Stefano. *A vida na sociedade de vigilância: a privacidade hoje*. Org. Maria Celina Bodin de Moraes. Trad. Danilo Doneda e Luciana Cabral Doneda. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 92.

⁴⁶ PASQUALE, Frank. *The black box society*. Cambridge: Harvard University Press, 2015, p. 9.

⁴⁷ A expressão “fadiga do consentimento” designa o esgotamento deliberativo do titular de dados submetido a uma série contínua e irrazoável de decisões individuais sobre coleta, uso e compartilhamento de informações pessoais, tornando o consentimento formal um mecanismo de legitimação desprovido de substância real. O fundamento analítico do conceito encontra-se no seminal ensaio de SOLOVE, Daniel J. Privacy self-management and the consent dilemma. *Harvard Law Review*, vol. 126, n. 7. Cambridge: Harvard Law Review Association, 2013, p. 1880-1903, em que o autor demonstra que o modelo de *privacy self-management*, centrado na atribuição ao titular de direitos de notificação, acesso e consentimento, excede as capacidades cognitivas e informacionais dos indivíduos, sendo incapaz de assegurar controle efetivo sobre os dados pessoais. Para Solove, o consentimento, nesse regime, legitima quase toda forma de coleta, uso e divulgação de dados, independentemente de sua compreensão real pelo titular, configurando um dilema estrutural que nenhuma refinação procedimental é capaz de resolver. Em sentido convergente, na doutrina brasileira recente, v. SILVA, Gabriela Buarque Pereira; EHRHARDT JÚNIOR, Marcos. Desafios para a consagração da autodeterminação informativa na LGPD. *Civilistica.com*, a. 12, n. 1, 2023, onde se demonstra que o consentimento meramente formal é insuficiente para a tutela do consentimento livre em razão de limitações cognitivas, assimetria de poderes e dificuldade de gerenciamento de riscos futuros.

próprio ordenamento civil positiva como pressupostos de validade do ato de autonomia privada, quais sejam, a consciência do agente sobre o objeto e as consequências de sua manifestação de vontade, a paridade estrutural entre os sujeitos da relação e a ausência de coação, encontram-se estruturalmente comprometidas no ambiente contemporâneo.⁴⁸

Assim se apresenta a dicotomia entre a autonomia informacional formalmente reconhecida e a capacidade real de seu exercício, cada qual com sua devida importância, mas produzindo efeitos radicalmente diferentes na realidade material. O espaço de não-direito, que pressupõe condições de simetria e consciência para operar como garantia de liberdade, encontra-se, nesse cenário, estruturalmente ameaçado. É nesse contexto que o fenômeno da colonização algorítmica do espaço de não-direito, objeto da seção seguinte, ganha especial relevância, eis que é ali que a conversão do espaço de liberdade em espaço de vulnerabilidade se revela com maior nitidez.

4. A sociedade algorítmica e a colonização do espaço de não-direito

As seções precedentes estabeleceram os pressupostos estruturais sob os quais o espaço de não regulação pode, legitimamente, operar como garantia de liberdade, a saber, a paridade entre os sujeitos que nele atuam, a transparência dos processos que nele se desenvolvem e a cognoscibilidade das consequências que dele decorrem para a construção da personalidade. Demonstrou-se, ademais, que a autodeterminação informativa não é uma categoria autônoma em relação à autonomia existencial, mas seu desdobramento necessário no ambiente em que a experiência humana passa a ser mediada por fluxos contínuos de dados pessoais. A esta altura, impõe-se o passo seguinte, e mais desafiador, o de investigar em que medida esses pressupostos subsistem na arquitetura concreta da economia digital contemporânea ou se, diversamente, foram

⁴⁸ As três condições enunciadas correspondem, no plano do direito positivo, às hipóteses de defeito do negócio jurídico disciplinadas pelo Código Civil de 2002, cada qual traduzindo um pressuposto distinto de validade da manifestação autônoma de vontade. A consciência (cognoscibilidade) encontra correspondência nos arts. 138 a 144, que disciplinam o erro substancial como vício que inquina a declaração quando o declarante, sem ele, não teria praticado ou teria praticado de modo diverso o ato jurídico. A simetria entre os sujeitos é pressuposto implícito do art. 157, que invalida o negócio celebrado sob premente necessidade ou por inexperiência, em condição de manifesta desproporção entre as prestações. A ausência de coação é protegida pelos arts. 151 a 155, que fulminam de anulabilidade o ato praticado sob temor fundado de dano iminente e considerável à pessoa, à família ou aos bens do declarante. No plano específico da proteção de dados pessoais, o art. 7.º, I, da Lei n.º 13.709/2018 (LGPD) recepciona essas três condições ao exigir que o consentimento do titular seja livre (ausência de coação) e informado (consciência e paridade cognitiva mínima entre as partes, porquanto a informação só cumpre sua função quando o receptor se encontra em condições de compreendê-la e de formar juízo adequado sobre as consequências do ato), fulminando de nulidade, nos termos do art. 8.º, § 4.º, o consentimento genérico para finalidades indeterminadas, e de ineficácia, nos termos do § 3.º, o consentimento obtido com vício que comprometa a liberdade ou a informação da manifestação do titular.

solapados por uma lógica econômica que opera precisamente sobre o vazio normativo que a opção pelo *lasciar fuori* pressupunha como garantia de liberdade.

A resposta que a análise aqui empreendida busca sustentar é de que não se trata de uma mera erosão gradual ou da deterioração acidental dos pressupostos da não regulação. O que se constata, com rigor analítico, é a emergência de um modelo econômico que elege a ausência de regulação como condição estrutural da sua própria viabilidade, não como tolerância ou descuido, mas como arquitetura constitutiva. Nesse modelo, o espaço de não-direito deixa de ser o território da liberdade protegida pela abstenção do ordenamento e converte-se no espaço da extração habilitada por ela. Compreender os mecanismos precisos por meio dos quais essa inversão opera é o objeto da presente seção.

4.1. A lógica extrativista do capitalismo de vigilância

O capitalismo de vigilância, na formulação proposta por Shoshana Zuboff, não se confunde com o capitalismo informacional em sentido amplo, nem sequer mero aperfeiçoamento das técnicas de publicidade direcionada que marcaram o início da economia digital. Cuida-se, ao revés, de uma nova lógica econômica específica e internamente coerente, pela qual as experiências humanas são reivindicadas de maneira unilateral, convertidas em dados comportamentais e em modelos preditivos, transformando tais experiências em matéria-prima negociada em mercados de comportamentos futuros, sem o conhecimento ou a anuência dos titulares.⁴⁹ A originalidade analítica da proposição não reside na simples identificação da coleta de dados como fenômeno economicamente relevante, eis que tal fenômeno antecede em décadas o ambiente digital contemporâneo. Reside, antes, na demonstração de que o modelo não é um efeito colateral remediável de um capitalismo informacional ainda em amadurecimento institucional, mas uma racionalidade econômica que elege, como condições estruturais de sua própria viabilidade, a assimetria informacional sistemática e a ausência de regulação efetiva sobre seus processos decisórios computacionais. O sujeito que dele participa não o faz como fruto do exercício de sua autodeterminação, mas como fonte de recursos a serem extraídos segundo uma lógica que lhe é deliberadamente opaca.

⁴⁹ ZUBOFF, Shoshana. *The Age of Surveillance Capitalism: the fight for a human future at the new frontier of power*. New York: Public Affairs, 2019, p. 8. Zuboff define o capitalismo de vigilância como a reivindicação unilateral da experiência humana enquanto matéria-prima gratuita para tradução em dados comportamentais, cujo excedente é fabricado em produtos preditivos e negociado em mercados de futuros comportamentais (*behavioral futures markets*). No original: “*Surveillance capitalism unilaterally claims human experience as free raw material for translation into behavioral data*”.

A compreensão adequada da mecânica interna do capitalismo de vigilância exige, a este propósito, que se faça uma adequada distinção entre os dados que o titular fornece voluntariamente no âmbito de uma relação contratual e aquilo que Zuboff denomina *superávit comportamental*, vale dizer, o excedente de dados gerado no curso das interações do sujeito com os serviços havidos e que, por não ser diretamente necessário à prestação dos mesmos, é unilateralmente apropriado pelo agente de tratamento para alimentar modelos preditivos orientados a terceiros.⁵⁰ Os dados contratuais, em tese, guardam relação de proporcionalidade com a finalidade da relação que os gerou e poderiam, ao menos abstratamente, submeter-se às exigências de necessidade e adequação que o ordenamento contemporâneo de proteção de dados prescreve. Todavia, o assim denominado, *superávit comportamental* é subtraído dessa lógica finalística, porquanto ele é, precisamente, o excedente que transborda a direta necessidade contratual e que, por isso mesmo, converte o sujeito de pólo de uma relação jurídica em recurso de uma cadeia econômica à qual ele não foi chamado a participar. A distinção é decisiva para a presente análise jurídica ao revelar que a assimetria entre agentes de tratamento e titulares não é uma imperfeição de mercado corrigível por políticas de divulgação voluntária, mas o produto deliberado de uma arquitetura econômica que requer, para funcionar, a ignorância sistemática do titular sobre a extensão e a finalidade do que lhe é extraído.

A periculosidade dessa lógica extrativista, considerada à luz do percurso teórico desenvolvido nas seções precedentes, reside exatamente na inversão funcional que ela opera sobre o mecanismo protetivo que o ordenamento civil havia construído ao longo de séculos. O *lasciar fuori*, que Rodotà identificara como a decisão político-jurídica de subtrair determinadas esferas da vida à regulação heterônoma, reservando-as ao desenvolvimento autônomo do sujeito,⁵¹ pressupunha que a abstenção regulatória funcionasse como garantia de liberdade, vale dizer, o não-direito seria o espaço no qual a pessoa poderia constituir a sua identidade, exercer a sua autonomia e construir as suas relações fora da conformação imposta pela norma. O que o capitalismo de vigilância produz, porém, é a inversão desse pressuposto. A abstenção regulatória que o ordenamento liberal havia concebido como proteção da pessoa contra indevidas

⁵⁰ ZUBOFF, Shoshana. *The Age of Surveillance Capitalism: the fight for a human future at the new frontier of power*. New York: Public Affairs, 2019, p. 8 e 82. A expressão *behavioral surplus* designa o excedente de dados gerado no curso das interações do usuário com os serviços digitais e que, por não ser necessário à prestação desses serviços, é sistematicamente apropriado pelo agente de tratamento para alimentar modelos de predição orientados a terceiros pagantes. No original: “That surplus, a behavioral surplus, was the game-changing, zero-cost asset that was diverted from service improvement toward a genuine and highly lucrative market exchange” (p. 82). A extração e a comercialização desse excedente constituem, para a autora, a mecânica fundamental do capitalismo de vigilância.

⁵¹ RODOTÀ, Stefano. *La vita e le regole: tra diritto e non diritto*. 2. ed. ampliata. Milano: Feltrinelli, 2009, p. 18-25.

intervenções heterônomas transforma-se, no espaço digital, no título jurídico que habilita os agentes de tratamento a penetrar sistematicamente naquela esfera que deveria permanecer-lhe excluída. Assim, o espaço de não-direito, criado para proteger a autonomia existencial, passa a servir à extração. Não de outra forma se poderia compreender que a colonização do espaço de não-direito pelo capitalismo de vigilância não é um efeito lateral do desenvolvimento tecnológico, nem uma falha de regulação remediável, mas a consequência lógica de um modelo que depende, para a sua viabilidade, de que a ausência de regulação se perpetue.

O momento capital dessa reconfiguração pode ser situado com relativa precisão histórica na decisão empresarial adotada pelo Google, nos primeiros anos do século XXI, de converter os dados residuais gerados pelas interações de seus usuários com o mecanismo de busca em insumo para a venda de publicidade personalizada, inaugurando as ferramentas AdWords e AdSense e estabelecendo o modelo de negócio que viria a ser replicado por toda a indústria digital.⁵² A decisão não foi anunciada como tal, nem foi objeto de negociação com os usuários cujos dados passaram a ser sistematicamente apropriados. Ela correspondeu, antes, a uma escolha empresarial silenciosa, tomada no interior de uma empresa cujo produto declarado era a organização da informação disponível na rede, e não a extração e a comercialização de dados comportamentais de seus usuários. Como observa Zuboff, o Google criou e aperfeiçoou o capitalismo de vigilância da mesma forma que a General Motors havia feito com o capitalismo gerencial há um século,⁵³ vale dizer, não como invenção técnica isolada, mas como configuração sistêmica de relações econômicas, institucionais e jurídicas que, uma vez estabelecida, passou a se reproduzir e a conformar o ambiente regulatório ao seu redor. A comparação com a General Motors revela que o que estava sendo constituído não era uma prática empresarial pontual e circunscrita, mas uma nova racionalidade econômica dotada de lógica própria e de capacidade expansiva, que encontraria no silêncio regulatório a condição de seu crescimento.

⁵² A reconstrução histórica do modelo de negócios fundado pelo Google com a introdução das ferramentas AdWords e AdSense, e a consequente inauguração do capitalismo de vigilância como modelo econômico sistêmico, encontra-se detalhada em ZUBOFF, Shoshana. *The Age of Surveillance Capitalism: the fight for a human future at the new frontier of power*. New York: Public Affairs, 2019, p. 75-89. No original: “*That surplus, a behavioral surplus, was the game-changing, zero-cost asset that was diverted from service improvement toward a genuine and highly lucrative market exchange*” (p. 82). Em sentido convergente, v. VÉLIZ, Carissa. *Privacidade é poder: por que e como você deveria retomar o controle de seus dados*. Trad. Samuel Oliveira. São Paulo: Contracorrente, 2021, p. 59, que situa a decisão empresarial do Google como o momento em que os dados pessoais passaram a ser sistematicamente caçados e criados, e não apenas coletados como subproduto da relação com o usuário.

⁵³ ZUBOFF, Shoshana. *The Age of Surveillance Capitalism: the fight for a human future at the new frontier of power*. New York: PublicAffairs, 2019, p. 8.

A dimensão mais grave dessa reconfiguração, do ponto de vista da tutela da pessoa, é aquela que se manifesta na relação que o modelo extrativista estabelece entre o titular de dados e a sua própria existência. Rodotà já havia identificado, antes mesmo da consolidação do capitalismo de vigilância como categoria analítica, que a dinâmica de acumulação de informações pessoais por terceiros produzia uma espécie de *posse permanente* da persona por parte de quem detém as informações a seu respeito,⁵⁴ de tal modo que a identidade do sujeito deixa de ser exclusivamente o produto de sua autodeterminação e passa a ser, crescentemente, o resultado de elaborações externas que ele não controla, não conhece e sobre as quais não detém, em regra, qualquer poder de revisão ou contestação. E é no modelo do capitalismo de vigilância, que esse fenômeno atinge a sua expressão mais radical e mais precisa. Os dados comportamentais com maior capacidade preditiva provêm, como demonstra Zuboff, da intervenção direta no comportamento do sujeito, de modo a incentivar, persuadir e conduzir suas ações em busca de resultados lucrativos para terceiros.⁵⁵ Isso significa que não se está diante de um modelo de observação passiva do sujeito, mas de um modelo de intervenção ativa sobre a sua experiência, orientada a produzir dados de maior valor preditivo. O titular de dados, nesse arranjo, não é o ponto de partida de uma relação econômica; ele é, simultaneamente, a sua matéria-prima e o seu produto. A objetificação da pessoa não é aqui uma hipótese teórica; é o pressuposto operacional de um modelo que movimenta, à escala global, volumes inestimáveis de riqueza.

Torna-se, assim, possível enunciar com maior precisão a tese que orienta o desenvolvimento subsequente deste trabalho. O capitalismo de vigilância não se desenvolve apesar da ausência de regulação adequada sobre os processos de extração e tratamento do *superávit comportamental*; ele se desenvolve por meio dela e em razão dela. A abstenção regulatória não é, nesse modelo, uma falha a ser corrigida por intervenção futura do legislador; ela é uma condição de possibilidade cuja preservação é objeto de esforço institucional e jurídico ativo por parte dos agentes de tratamento. Para que o sujeito permaneça ignorante sobre os mecanismos de extração aos quais está submetido, para que careça de instrumentos efetivos de contestação e para que os agentes de tratamento possam operar sem a obrigação de revelar a lógica de seus processos decisórios computacionais, é necessário que o espaço de não-direito, que o ordenamento civilizatório havia concebido como garantia da liberdade existencial, seja

⁵⁴ RODOTÀ, Stefano. *A vida na sociedade de vigilância: privacidade hoje*. Org. e apresentação de Maria Celina Bodin de Moraes. Trad. Danilo Doneda e Luciana Cabral Doneda. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 113.

⁵⁵ ZUBOFF, Shoshana. *The Age of Surveillance Capitalism: the fight for a human future at the new frontier of power*. New York: PublicAffairs, 2019, p. 8.

convertido em espaço de impunidade estrutural. É exatamente neste ponto que a análise da opacidade algorítmica, do perfilamento e da construção heterônoma da identidade do sujeito, a que se dedica a subseção seguinte, revela toda a sua relevância jurídica.

4.2. Opacidade algorítmica, perfilamento e a construção heterônoma da identidade

A extração do superávit comportamental constitui a condição material do paradigma do capitalismo de vigilância, porém não esgota a sua periculosidade do ponto de vista da tutela da pessoa. Há uma dimensão mais profunda, que se manifesta no modo pelo qual os dados extraídos são processados, organizados e convertidos em representações do sujeito que passam a operar como substitutos da identidade autonomamente construída. É essa dimensão que o presente item se propõe a examinar, porquanto é nela que a colonização do espaço de não-direito atinge a esfera mais íntima da personalidade, qual seja, o processo de construção da própria identidade.

Observe-se que a invisibilidade dos mecanismos de perfilamento para o titular não é uma circunstância acidental remediável por ajustes na política de divulgação dos agentes de tratamento. Trata-se, ao revés, de uma exigência funcional do próprio modelo, porquanto a capacidade de antecipar e de conduzir comportamentos pressupõe que o sujeito observado desconheça, em toda a sua extensão, os parâmetros segundo os quais a sua experiência é convertida em insumo preditivo. A assimetria entre quem observa e quem é observado não configura, nessa perspectiva, uma imperfeição de mercado, eis que a arquitetura econômica que sustenta os produtos de predição reclama a manutenção dessa assimetria como condição de operação. Via de consequência, a imposição de deveres formais de informação, conquanto relevante, não alcança a raiz do problema, porquanto a estrutura do modelo continua a pressupor que o nível de ignorância do titular sobre os processos que o afetam permaneça funcionalmente adequado à geração de valor preditivo.

Essa opacidade constitutiva viabiliza o fenômeno que se revela como a face mais grave da colonização algorítmica. A racionalidade tecnológica formalizou um modo de enfrentar a questão da identidade no qual o contributo do outro deixa de se colocar ao lado da autonomia da pessoa e passa a se sobrepor a ela, tendendo a substituí-la.⁵⁶ A

⁵⁶ RODOTÀ, Stefano. *Il diritto di avere diritti*. Roma-Bari: Laterza, 2012, p. 319. A passagem do original a que se alude é: “la razionalità tecnologica ha formalizzato un modo di affrontare la questione dell’identità che approda a procedure di costruzione nelle quali il contributo dell’altro non si affianca all’autonomia della persona, ma tende a sovrapporsi a essa, a sostituirla”.

produção massiva de perfis algorítmicos engendra uma representação do sujeito que acompanha, com precisão sem precedentes, a evolução da sua existência, registrando cada interação, cada hesitação, cada padrão recorrente. Porém, os sistemas que processam essa massa de informações operam segundo lógicas orientadas à padronização, privilegiando o que se repete sobre o que diverge, o previsível sobre o inesperado, a média sobre a exceção. O resultado é uma representação que aprisiona o sujeito em uma moldura definida por critérios que ele não elegeu e que lhe são, por definição, inacessíveis.⁵⁷ A identidade que emerge desse processo não é, propriamente, a que a pessoa construiu para si no exercício da sua autodeterminação existencial, porquanto é o produto de elaborações externas realizadas em condições de opacidade que o titular não tem meios de penetrar.

Os efeitos dessa conformação não permanecem confinados à dimensão virtual. Os perfis algorítmicos passam a condicionar, de forma crescente, o acesso ao crédito, ao emprego, aos seguros, à habitação e aos recursos materiais e simbólicos da vida em sociedade. A pessoa que se apresenta perante uma instituição financeira, um empregador ou uma seguradora é precedida por uma representação digital que a define segundo critérios que ela não escolheu e sobre os quais não dispõe de qualquer poder de revisão. A identidade dispersa em uma multiplicidade de bancos de dados, na medida em que passa a determinar as oportunidades concretas de vida do sujeito, deixa de ser projeção secundária da personalidade e converte-se em dimensão constitutiva do reconhecimento social da pessoa.⁵⁸ A autodeterminação informativa, nesse arranjo, opera como garantia formal destituída das condições materiais que lhe confeririam substância.

Torna-se, assim, possível enunciar a constatação que completa a demonstração empreendida ao longo da presente seção. A colonização algorítmica do espaço de não-direito não se esgota na extração econômica do superávit comportamental. Para além, ela atinge a sua expressão mais radical, quando o próprio processo pelo qual a pessoa constrói e reconhece a sua identidade é transferido a sistemas que operam segundo uma racionalidade que lhe é externa e que não são obrigados a revelar os critérios pelos quais

⁵⁷ RODOTÀ, Stefano. *Il diritto di avere diritti*. Roma-Bari: Laterza, 2012, p. 319. A interrogação que encerra a passagem condensa o problema identificado no texto: “*L’identità chiusa in una gabbia costruita da altri?*”.

⁵⁸ A formulação sobre a identidade dispersa e sobre a crescente dependência do reconhecimento social em relação ao tratamento de dados pessoais encontra-se em RODOTÀ, Stefano. *Il diritto di avere diritti*. Roma-Bari: Laterza, 2012, p. 317-318. Sobre os efeitos concretos do perfilamento no ordenamento brasileiro, veja-se MENDES, Laura Schertel. *Privacidade, proteção de dados e defesa do consumidor: linhas gerais de um novo direito fundamental*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 32-35, e DONEDA, Danilo. *Da privacidade à proteção de dados pessoais: elementos da formação da Lei Geral de Proteção de Dados*. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 171-175. Sobre os efeitos concretos da opacidade algorítmica no domínio da atividade médica, com ênfase na responsabilidade civil pelo erro de diagnóstico decorrente de decisões automatizadas, v. MARINANGELO, Rafael. Inteligência artificial e erro de diagnóstico. *Civilistica.com*, a. 14, n. 3, 2025.

conformam a representação do sujeito. É precisamente essa dimensão que a análise do ordenamento brasileiro, objeto da seção seguinte, deverá enfrentar, eis que é ali que se poderá aferir em que medida os instrumentos normativos vigentes alcançam a profundidade do problema que a sociedade algorítmica impôs à tutela da pessoa.

5. Autonomia e heteronomia na LGPD

O percurso teórico desenvolvido nas seções precedentes conduziu à demonstração de que o capitalismo de vigilância opera como colonização deliberada do espaço de não-direito, convertendo a abstenção regulatória em condição de viabilidade da extração. Impõe-se, a esta altura, um passo analítico de natureza distinta, a saber, verificar de que modo o ordenamento jurídico brasileiro respondeu, normativamente, à inversão funcional dos pressupostos que legitimavam a não regulação. A Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018, a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais, constitui, nesse quadrante, o instrumento legislativo central a ser examinado, não apenas por instituir um regime de proteção de dados pessoais, mas, também, e, principalmente, por traduzir normativamente a tensão entre a autonomia do titular e a heteronomia protetiva que o ordenamento lhe impõe.⁵⁹

5.1. O modelo da LGPD e a tensão entre autodeterminação e regulação

O art. 7º da LGPD elenca dez hipóteses legais para o tratamento de dados pessoais, quais sejam, o consentimento do titular (inciso I), o cumprimento de obrigação legal ou regulatória pelo controlador (inciso II), a execução de políticas públicas (inciso III), a realização de estudos por órgão de pesquisa (inciso IV), a execução de contrato (inciso V), o exercício regular de direitos (inciso VI), a proteção da vida ou da incolumidade física (inciso VII), a tutela da saúde (inciso VIII), o legítimo interesse do controlador (inciso IX) e a proteção do crédito (inciso X).⁶⁰ Observa-se que as dez hipóteses operam em paridade hierárquica horizontal, o que significa dizer que o consentimento do titular, previsto no inciso I, não ocupa posição de centralidade nem de primazia sobre as demais bases legais. Via de consequência, tratar o consentimento como a hipótese “principal” ou “hierarquicamente superior” de legitimação do tratamento constitui equívoco metodológico que compromete qualquer análise séria do modelo regulatório da LGPD.

⁵⁹ A LGPD foi promulgada em 14 de agosto de 2018, com entrada em vigor escalonada. A proteção de dados pessoais foi subsequentemente erigida a direito fundamental autônomo pela Emenda Constitucional nº 115, de 10 de fevereiro de 2022, que acrescentou o inciso LXXIX ao art. 5º da Constituição da República. Antes mesmo da promulgação da emenda, o Supremo Tribunal Federal já havia reconhecido a proteção de dados pessoais como direito fundamental autônomo (STF, ADI 6.393, Plenário, Rel. Min. Rosa Weber, j. 6.5.2020).

⁶⁰ BRASIL. Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018. Art. 7º.

Essa arquitetura normativa traduz, em seus dispositivos, uma escolha legislativa que se conecta diretamente ao problema central deste trabalho. A coexistência de bases legais que prescindem inteiramente da manifestação volitiva do titular, quais sejam, o legítimo interesse (inciso IX), a execução de contrato (inciso V) e o exercício regular de direitos (inciso VI), evidencia que o legislador reconheceu a insuficiência do consentimento como mecanismo exclusivo de proteção. Se as condições de cognoscibilidade, simetria e liberdade, extraídas da obra de Rodotà e aqui sistematizadas como pressupostos de legitimidade do espaço de não-direito,⁶¹ e que encontram correspondência funcional nos requisitos de validade da manifestação autônoma de vontade disciplinados pelo ordenamento civil,⁶² encontram-se materialmente comprometidas no ambiente digital, a resposta normativa não poderia consistir na mera devolução ao titular do poder de decisão sobre o tratamento de seus dados. Ainda assim, se exercício pleno dos pressupostos que o ordenamento civil positiva como requisitos de validade do ato de autonomia privada encontra materialmente comprometido no ambiente digital, a resposta normativa não poderia consistir na mera devolução ao titular do poder de decisão sobre o tratamento de seus dados. O modelo da LGPD, ao instituir bases legais que operam independentemente de qualquer manifestação do titular, traduz normativamente a compreensão de que a heteronomia protetiva, longe de suprimir a autonomia, constitui condição de sua viabilidade.

A mesma lógica se reproduz, com intensidade ainda mais acentuada, no regime dos dados pessoais sensíveis. O art. 11 da LGPD institui um regime duplamente qualificado, exigindo que o consentimento, quando utilizado como base legal para dados sensíveis, seja não apenas livre, informado e inequívoco, mas igualmente específico e destacado para finalidades determinadas. Ademais, o art. 11, inciso II, prevê hipóteses em que o tratamento pode ocorrer sem o consentimento do titular, desde que indispensável para finalidades taxativamente enumeradas. A proteção reforçada decorre do potencial discriminatório inerente a essas categorias de dados.⁶³

⁶¹ V. RODOTÀ, Stefano. *La vita e le regole*: tra diritto e non diritto. 2. ed. ampliata. Milano: Feltrinelli, 2009, onde o autor sustenta que a norma jurídica deve construir as condições necessárias para que o processo de decisão se desenvolva de modo a assegurar à pessoa consciência de cada uma de suas escolhas, controle de cada fase do processo de decisão e clareza quanto ao resultado final (cognoscibilidade); RODOTÀ, Stefano. *Il diritto di avere diritti*. Roma-Bari: Laterza, 2012, a respeito da dispersão do corpo eletrônico e da assimetria estrutural entre o sujeito e os agentes que organizam e exploram economicamente seus dados pessoais (simetria); e, ainda, *La vita e le regole*. 2. ed. ampliata. Milano: Feltrinelli, 2009, onde o critério de *reversibilità* é formulado como condição para que as modificações introduzidas na esfera da pessoa não assumam caráter permanente e incontrolável (liberdade).

⁶² Sobre a correspondência funcional entre as três condições e os institutos do direito positivo brasileiro, v. arts. 138-144 (erro), 151-155 (coação) e 157 (lesão) do Código Civil de 2002, bem como o art. 7.º, I, c/c art. 8.º, §§ 3.º e 4.º, da Lei n.º 13.709/2018 (LGPD).

⁶³ LGPD, art. 5º, II. A categoria dos dados sensíveis encontra-se intrinsecamente vinculada ao direito da antidiscriminação, porquanto tem por finalidade atribuir grau adicional de proteção a dados cujo potencial lesivo reclama cautela especial.

5.2. Os deveres laterais como expressão da heteronomia protetiva

A LGPD não se limita, porém, a reconhecer bases legais alternativas ao consentimento. Ela institui, ademais, um conjunto de deveres que configuram genuína heteronomia protetiva, vale dizer, obrigações impostas ao agente de tratamento pela ordem jurídica, independentemente de qualquer pactuação contratual com o titular. O art. 6º da Lei enuncia os princípios que, na perspectiva aqui adotada, operam como deveres de conduta vinculantes. A transparência (inciso VI) exige informações claras, precisas e facilmente acessíveis sobre a realização do tratamento. A segurança (inciso VII) impõe medidas técnicas e administrativas aptas a proteger os dados pessoais. A prevenção (inciso VIII) determina a adoção de medidas para prevenir a ocorrência de danos. A responsabilização e prestação de contas (inciso X) exige a demonstração, pelo agente, da adoção de medidas eficazes de conformidade.⁶⁴

A esses deveres de caráter principiológico, a LGPD acrescenta instrumentos específicos de concretização. A exigência de relatórios de impacto à proteção de dados pessoais (art. 38), a obrigatoriedade de nomeação do encarregado pelo tratamento (art. 41) e a determinação de adoção de medidas de segurança aptas a proteger os dados pessoais de acessos não autorizados e de situações acidentais ou ilícitas (art. 46) não constituem faculdades do agente de tratamento, mas obrigações heterônomas que o ordenamento lhe impõe. Tais instrumentos não suprimem a autonomia do titular, porquanto não lhe retiram o poder de decidir sobre seus dados. Operam, diversamente, como condições materiais sem as quais a autodeterminação informativa se converte em mera ficção.

É nesse contexto que o sistema de responsabilização civil da LGPD adquire um significado mais preciso. Bodin de Moraes identifica no regime dos arts. 42 a 45 da Lei um sistema de responsabilização articulado em torno de três noções fundamentais, a saber, o dano, a violação da legislação de proteção de dados por parte do controlador ou do operador, e a reparação.⁶⁵ A autora demonstra que o legislador pretendeu não apenas determinar o ressarcimento dos danos eventualmente causados, mas buscou, antes de tudo, prevenir e evitar a sua ocorrência.⁶⁶ Disso decorre que o princípio da responsabilização e prestação de contas (art. 6º, X) não configura mera obrigação de

⁶⁴ LGPD, art. 6º, incisos VI, VII, VIII e X. V. PEREIRA, Fabio Queiroz. Os perfis de redes sociais e a morte do usuário: *privacy by design* e o estabelecimento de uma regra padrão. *Civilistica.com*, a. 14, n. 1, 2025. BODIN DE MORAES, Maria Celina. LGPD: um novo regime de responsabilização civil dito “proativo”. *Civilistica.com*, a. 8, n. 3, 2019, p. 2.

⁶⁵ BODIN DE MORAES, Maria Celina. LGPD: um novo regime de responsabilização civil dito “proativo”. *Civilistica.com*, a. 8, n. 3, 2019, p. 2.

⁶⁶ BODIN DE MORAES, Maria Celina. LGPD: um novo regime de responsabilização civil dito “proativo”. *Civilistica.com*, a. 8, n. 3, 2019, p. 2.

reparação posterior ao dano, mas dever permanente de demonstração de conformidade, o que a autora qualifica como um regime “proativo”, nem subjetivo nem objetivo, orientado à prevenção. Tal regime impõe que a conformidade seja verificada de modo contínuo e não apenas quando o dano já se tenha materializado.⁶⁷

A esta altura, convém formular e enfrentar a objeção mais consistente que se pode opor à tese da heteronomia protetiva. Um defensor da autonomia informacional forte poderia argumentar que a imposição de deveres heterônomos ao agente de tratamento, em substituição à decisão autônoma do titular, reproduz precisamente o paternalismo que Sarmento identifica como incompatível com a dignidade da pessoa humana. Com efeito, o autor sustenta, com razão, que “a heteronomia não é um componente da dignidade, que se volta ao empoderamento da pessoa, e não à moralização forçada do seu comportamento”.⁶⁸ A afirmação pressupõe que o titular de dados se encontre em condições de exercer, de fato, a autodeterminação que a heteronomia protetiva viria a restringir. É exatamente essa premissa que a colonização algorítmica do espaço de não-direito demonstrou ter se tornado insustentável. O paternalismo, na formulação de Sarmento, “infantiliza as pessoas, tratando-as como se não fossem capazes de tomar decisões sobre as suas próprias vidas”.⁶⁹ A heteronomia protetiva da LGPD não tem essa pretensão, porquanto não lhe retira o poder de decidir sobre suas escolhas existenciais. Ela se dirige, diversamente, à garantia das condições de cognoscibilidade, simetria e transparência sem as quais a decisão autônoma não se forma. A distinção é operacionalmente decisiva e permite separar, com rigor, a heteronomia que suprime a autonomia (paternalismo vedado) da heteronomia que a viabiliza (proteção exigida).

Impõe-se ainda uma segunda indagação, de natureza diversa, porém igualmente determinante para o argumento do presente trabalho. Os instrumentos normativos que a LGPD institui são suficientes para restaurar os pressupostos de paridade, transparência e cognoscibilidade cuja eliminação, conforme demonstrado na seção 4, habilitou a colonização algorítmica do espaço de não-direito? A resposta, que a análise aqui empreendida busca sustentar, é parcialmente negativa. A LGPD restaura, de modo significativo, os pressupostos de transparência e de responsabilização, ao impor ao agente de tratamento deveres positivos de informação, de prestação de contas e de adoção de medidas

⁶⁷ BODIN DE MORAES, Maria Celina. LGPD: um novo regime de responsabilização civil dito “proativo”. *Civilistica.com*, a. 8, n. 3, 2019, p. 6. A autora observa que “caberá às empresas, e não mais (apenas) à Administração Pública, a responsabilidade de identificar os próprios riscos e escolher e aplicar as medidas apropriadas para mitigá-los”.

⁶⁸ SARMENTO, Daniel. *Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetórias e metodologia*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 187.

⁶⁹ SARMENTO, Daniel. *Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetórias e metodologia*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 169.

preventivas. Nesse particular, o regime proativo identificado por Bodin de Moraes constitui um avanço inequívoco em relação ao cenário de abstenção regulatória que o precedeu.

Todavia, a LGPD permanece insuficiente em dois aspectos que se revelam decisivos à luz do percurso teórico aqui desenvolvido. Em primeiro lugar, o modelo legislativo opera com categorias, quais sejam, o consentimento, a finalidade, a adequação e a necessidade, que pressupõem um titular informado e ativo, capaz de exercer, de modo contínuo, o controle sobre o fluxo de seus dados pessoais. É precisamente a destruição dessa capacidade que o capitalismo de vigilância produz como condição de sua viabilidade. O titular submetido à fadiga do consentimento, à assimetria informacional radical e à opacidade dos processos decisórios computacionais não dispõe dos recursos cognitivos e informacionais que o exercício dessas categorias pressupõe. Em segundo lugar, a LGPD não enfrenta, com a profundidade que a conjuntura reclama, o problema da construção heterônoma da identidade pessoal pelo perfilamento algorítmico. Os instrumentos de transparência e de prestação de contas operam sobre o tratamento de dados enquanto operação técnica, mas não alcançam a dimensão mais grave identificada por Rodotà, a saber, a apropriação do processo de construção da identidade pessoal por agentes que operam segundo lógica própria e que tendem a sublinhar regularidades em lugar de desvios, conformidade em lugar de ruptura.⁷⁰

Torna-se, assim, possível formular, com a precisão que a análise normativa da LGPD viabiliza, a questão que orienta a seção subsequente. Se a LGPD restaura parcialmente os pressupostos da não regulação, mediante instrumentos de transparência, prevenção e responsabilização proativa, porém não alcança a dimensão mais profunda do problema, a saber, a colonização do processo de construção da identidade pessoal pela lógica algorítmica, a cláusula geral de tutela e promoção da pessoa humana impõe ao direito um dever que transcende a regulação setorial do tratamento de dados. Trata-se do dever de redesenhar os confins entre o que deve ingressar na dimensão jurídica e o que dela pode permanecer excluído, não como abstenção generosa, mas como tutela ativa das condições de possibilidade da autonomia existencial. É, em última análise, o dever do direito de fazer-se tutor do espaço de não-direito sem dele se apoderar.⁷¹

⁷⁰ RODOTÀ, Stefano. *Il diritto di avere diritti*. Roma-Bari: Laterza, 2012, p. 386. Na formulação do autor, a construção da identidade confiada integralmente a algoritmos tende a produzir uma “identidade fechada em uma gaiola construída por outros” (tradução nossa).

⁷¹ RODOTÀ, Stefano. *Il diritto di avere diritti*. Roma-Bari: Laterza, 2012, p. 296. Na formulação do autor, “devono essere resi espliciti i criteri della decisione. Questi non possono prescindere dall’insieme delle innovazioni alle quali continuamente si assiste, che ci consegnano un mondo contrassegnato strutturalmente da forti dinamiche, nel quale non basta ridisegnare i confini tra diritto e non diritto, poiché bisogna partire proprio dalla ricognizione e dalla ricostruzione dell’oggetto di queste operazioni di regolamento dei confini” (tradução nossa).

6. O dever do direito de “fazer-se tutor”

A insuficiência parcial da LGPD, identificada na seção precedente, revela um problema de natureza mais profunda. A colonização do processo de construção da identidade pessoal pela lógica algorítmica situa-se em um plano que as categorias da LGPD, quais sejam, o consentimento, a finalidade, a adequação e a necessidade, não foram concebidas para alcançar. Assim, se a regulação setorial é insuficiente, qual é o fundamento normativo que habilita o direito a redesenhar os confins entre o que deve ingressar na dimensão jurídica e o que dela pode legitimamente permanecer excluído, e quais são os critérios operacionais que permitem realizar essa operação sem converter a tutela em dominação?

6.1. A superação da dicotomia simplificada entre abstenção e intervenção

A tradição liberal construiu uma oposição binária entre abstenção e intervenção, segundo a qual o direito ou se retira da esfera existencial da pessoa, assegurando-lhe liberdade, ou nela penetra, restringindo-a. O percurso teórico do presente trabalho demonstrou, porém, que essa oposição é insuficiente para compreender a conjuntura da sociedade algorítmica. A abstenção, que a tradição concebera como garantia de liberdade, passou a funcionar como título habilitador da apropriação unilateral do superávit comportamental, vale dizer, no título jurídico que habilitou os agentes de tratamento a penetrar sistematicamente naquela esfera que o *lasciar fuori* havia reservado ao desenvolvimento autônomo do sujeito. Não se trata, pois, de escolher entre abstenção e intervenção, mas de superar essa dicotomia em favor de uma terceira via, a saber, a tutela ativa das condições que viabilizam o exercício da autodeterminação existencial. A formulação teórica dessa terceira via encontra-se na proposição de que a técnica legislativa adequada à sociedade contemporânea é a da “legislação por princípios, concebida em oposição ao esquema corrente da legislação regulamentar, articulada em máximas gerais, elásticas, fecundas de consequências futuras”.⁷² O dever do direito de fazer-se tutor do espaço de não-direito traduz-se, portanto, na formulação de princípios e de cláusulas gerais aptos a orientar a delimitação dos confins entre regulação e não regulação à luz das transformações que continuamente reconfiguram o objeto sobre o qual essa delimitação incide.

⁷² RODOTÀ, Stefano. Ideologias e técnicas da reforma do direito civil. Trad. Eduardo Nunes de Souza. *Civilistica.com*, a. 13, n. 1, 2024, p. 12.

A pertinência dessa técnica ao problema em exame não é acidental. O espaço de não-direito no ambiente digital apresenta exatamente a configuração que a legislação regulamentar é incapaz de governar, porquanto as técnicas de perfilamento algorítmico se renovam continuamente, acompanhando o desenvolvimento dos modelos de aprendizagem computacional. A solidariedade opera, nesse contexto, como princípio que confere ao dever de tutela a sua dimensão propriamente jurídica. Rodotà, em *Solidarietà*, sustenta que o princípio de solidariedade pertence àquelas cláusulas gerais flexíveis que a técnica jurídica concebeu para que o sistema jurídico possa dispor de “janelas abertas sobre a sociedade, para acompanhar o seu passo sem que seja necessária uma ininterrupta, fatigante, quase sempre tardia atualização por meio de novas normas”.⁷³ O dever de tutela que se propõe não é, portanto, nem abstenção nem intervenção regulamentar, mas conformação principiológica orientada pela cláusula geral de tutela e promoção da pessoa humana e pelo princípio da solidariedade.

6.2. A cláusula geral de tutela como fundamento normativo

A cláusula geral de tutela e promoção da pessoa humana, extraída do art. 1º, III, da Constituição da República, não apenas permite, mas impõe ao ordenamento o dever de redesenhar os confins entre o jurídico e o não jurídico quando as condições de legitimidade do espaço de não-direito se dissipam. A dignidade, na formulação que Sarmiento desenvolve, opera simultaneamente como limite, vedando condutas que degradam a pessoa, e como tarefa, impondo a promoção de condições dignas de existência.⁷⁴ É nessa dupla dimensão que se fundamenta o dever de tutela ativa. O direito não impõe à pessoa um modelo de vida boa. Protege, diversamente, as condições sem as quais nenhum modelo de vida boa pode ser livremente eleito. Há que se reconhecer, porém, que o dever de tutela não configura faculdade do legislador ou do intérprete. A dimensão objetiva dos direitos fundamentais impõe ao ordenamento uma obrigação positiva de conformação do espaço de não-direito quando os pressupostos de sua legitimidade se encontram comprometidos. A Constituição progressiva do direito civil, na formulação de Fachin, é o processo pelo qual a dignidade se converte em valor que conforma, de modo permanente, a delimitação entre as espacialidades pública e

⁷³ RODOTÀ, Stefano. *Solidarietà*. Roma-Bari: Laterza, 2014, capítulo 5 (“Un principio costituzionale”). No original, “*finestre aperte sulla società, per tenerne il passo senza che sia necessario un ininterrotto, faticoso, quasi sempre tardivo aggiornamento attraverso nuove norme*” (tradução nossa). O autor acrescenta que o direito constitui o lugar onde uma multiplicidade variada, e por vezes contraditória, de impulsos encontra um momento de seleção e de unificação segundo modalidades não arbitrárias, individualizadas pela conexão que liga a solidariedade aos demais princípios constitucionais.

⁷⁴ SARMENTO, Daniel. *Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetórias e metodologia*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 62 e 329. V. também MENEZES, Joyceane Bezerra de. A proteção da pessoa humana diante das neurotecnologias: autonomia e vulnerabilidade das crianças e adolescentes. *Civilistica.com*, a. 14, n. 3, 2025.

privada.⁷⁵ E a omissão regulatória, quando se converte em instrumento de objetificação da pessoa, deixa de ser expressão de respeito à liberdade existencial e passa a configurar violação do dever constitucional de proteção.

6.3. Proposição construtiva: critérios para a delimitação do espaço de não-direito na sociedade algorítmica

A aferição da legitimidade do espaço de não-direito na sociedade algorítmica propõe-se seja orientada por três condições cumulativas, cuja verificação negativa impõe ao ordenamento a concretização do dever de tutela heterônoma em intensidade proporcional à gravidade da dissipação verificada. As três condições, quais sejam, a paridade, a cognoscibilidade e a reversibilidade, são extraídas do percurso argumentativo compreendido e não se encontram formuladas como teste unitário na literatura consultada.

A primeira condição é a da paridade. Se os sujeitos que operam no espaço de não regulação não se encontram em condições de paridade informacional e econômica, a abstenção regulatória habilita a dominação, e não a liberdade. A assimetria se manifesta de forma paradigmática quando o titular interage com uma plataforma digital e fornece dados necessários à prestação do serviço, sem que lhe seja dado conhecer que o agente econômico, a partir dessa mesma interação, extrai o superávit comportamental, vale dizer, o excedente que transborda a necessidade contratual e que é empregado para alimentar modelos preditivos orientados a terceiros pagantes. O titular desconhece a extensão, a finalidade e o valor econômico do que lhe é extraído, ao passo que o agente de tratamento detém conhecimento integral sobre todas essas dimensões. A verificação negativa da paridade impõe ao ordenamento o dever de instituir mecanismos de reequilíbrio que transcendam a mera disponibilização de políticas de privacidade formalmente acessíveis, em intensidade que corresponda ao grau de assimetria constatado.⁷⁶

A segunda condição é a da cognoscibilidade. Se o titular não dispõe de condições reais de conhecer a extensão, a finalidade e as consequências do tratamento de seus dados, a autodeterminação informativa se converte em mera aparência formal de liberdade a serviço da objetificação da pessoa. Quando a plataforma constrói um perfil

⁷⁵ FACHIN, Luiz Edson. *Direito civil: sentidos, transformações e fim*. Rio de Janeiro: Renovar, 2015, p. 83-84.

⁷⁶ A paridade como pressuposto de legitimidade do espaço de não-direito encontra fundamento, no plano do direito positivo, nos arts. 421 e 422 do Código Civil de 2002, que condicionam a liberdade de contratar à função social do contrato e à boa-fé objetiva, bem como no art. 6º, I, da LGPD, que consagra o princípio da finalidade como condição de licitude do tratamento de dados pessoais.

comportamental do titular com base em dados que este não forneceu conscientemente, e utiliza esse perfil para orientar as escolhas que lhe são apresentadas, para definir os preços que lhe são ofertados e para delimitar o acesso aos recursos materiais e simbólicos da vida social, o titular se encontra diante de um poder que não sabe, não pode e não foi chamado a controlar. A opacidade algorítmica, conforme demonstrado na seção 4, constitui exigência funcional do modelo extrativista, e não circunstância remediável por incrementos de transparência voluntária. A verificação negativa da cognoscibilidade impõe ao ordenamento o dever de instituir mecanismos de transparência ativa que tornem efetivamente acessível à pessoa a lógica dos processos decisórios computacionais que sobre ela incidem, de sorte que a extensão da tutela corresponda à profundidade da opacidade que a compromete.

A terceira condição é a da reversibilidade. O critério, cuja formulação originária em Rodotà se circunscreve às intervenções biotecnológicas sobre o corpo físico da pessoa, reclama, no contexto da economia digital, uma reformulação que vai além da moldura em que foi concebido.⁷⁷ Não se trata, aqui, apenas de impedir que uma modificação assuma caráter permanente, como no caso do implante eletrônico que expropria a autonomia do sujeito.⁷⁸ A irreversibilidade que se verifica no ambiente algorítmico é de

⁷⁷ O critério de *reversibilità* é formulado em RODOTÀ, Stefano. *La vita e le regole*: tra diritto e non diritto. 2. ed. ampliata. Milano: Feltrinelli, 2009, no contexto das intervenções biotecnológicas sobre o corpo da pessoa. A transposição desse critério ao ambiente digital não constitui uma aplicação meramente analógica, porquanto a irreversibilidade que se verifica no treinamento de modelos de inteligência artificial é de natureza estruturalmente diversa daquela que Rodotà tinha em vista. Enquanto a remoção de um implante eletrônico é uma operação ao menos concebível no plano técnico, a eliminação da influência de dados pessoais específicos sobre os parâmetros de um modelo já treinado (*machine unlearning*) é, no estado atual da técnica, inviável sem o retreinamento integral do modelo. Sobre o conceito de *corpo elettronico* como extensão da pessoa no espaço informacional, v. RODOTÀ, Stefano. *Il diritto di avere diritti*. Roma-Bari: Laterza, 2012, p. 319-320. Sobre a identidade algorítmicamente conformada, v. a mesma obra, p. 378 e 386. A proposição da reversibilidade como pressuposto de legitimidade do espaço de não-direito na era algorítmica, bem como a identificação da irreversibilidade estrutural do treinamento de IA como limite absoluto à abstenção regulatória, constituem contribuições do presente trabalho. O horizonte da irreversibilidade tende a se ampliar com o avanço das neurotecnologias. Sobre a excepcionalidade dos dados neurais como nova categoria de dados pessoais, cuja captação e modulação atingem a esfera mais íntima da autodeterminação existencial, v. MARTINS, Guilherme Magalhães; MUCELIN, Guilherme Antonio Balczarek. Excepcionalidade dos dados neurais: paralelismo protetivo e uma nova categoria de dados pessoais. *Civilistica.com*, a. 14, n. 3, 2025.

⁷⁸ Faz-se necessária uma observação crítica sobre os limites da formulação em Rodotà. O critério de *reversibilità* no contexto das intervenções biotecnológicas opera como limite heterônomo à decisão do sujeito sobre o próprio corpo. Essa construção encerra uma tensão com a centralidade que o próprio autor confere à autodeterminação existencial. Ainda hoje, se uma pessoa plenamente capaz e informada opta, de modo livre, por uma modificação corporal irreversível, essa decisão constitui exercício legítimo de autonomia existencial, tutelado pela cláusula geral de proteção da pessoa humana. O ordenamento contemporâneo acolhe a esterilização voluntária, a cirurgia de afirmação de gênero e outras intervenções de caráter permanente, precisamente porque a irreversibilidade, quando decorre de escolha autônoma, não compromete a dignidade, senão que a realiza. O problema jurídico, portanto, não reside na irreversibilidade em si, mas na irreversibilidade não consentida, não conhecida e não evitável. É essa distinção que permite recalibrar o critério e conferi-lo operatividade no contexto da economia contemporânea. No treinamento de modelos de inteligência artificial, a incorporação dos dados pessoais aos parâmetros do modelo não resulta de uma escolha do titular, não é por ele conhecida em sua extensão e consequências, e não lhe é facultado dela se subtrair sem renunciar à própria participação na vida digital. A irreversibilidade, nessa hipótese, não é expressão de liberdade, mas instrumento de expropriação. É nessa reconfiguração que o critério se liberta da tensão paternalista que o acompanha no contexto biotecnológico e se converte em pressuposto objetivo de legitimidade compatível com a tutela da pessoa na era algorítmica.

natureza diversa e mais radical. Quando a representação social de uma pessoa passa a ser confiada a algoritmos que tendem a sublinhar regularidades em lugar de desvios, conformidade em lugar de ruptura, produzindo aquilo que Rodotà designou como uma identidade construída por outros,⁷⁹ os efeitos concretos do perfilamento sobre as oportunidades de vida do sujeito, demonstrados na seção 4, já se materializaram de forma que a mera cessação do tratamento não restaura a identidade conformada. Porém, essa irreversibilidade funcional, conquanto grave, ainda opera sob o pressuposto de que o dado pessoal subsiste como unidade discreta, passível, ao menos em tese, de localização e eliminação. Há que se observar que o treinamento de modelos de inteligência artificial é capaz de dissolver esse pressuposto. Os dados pessoais que alimentaram esse processo não subsistem como unidades discretas nos parâmetros do modelo, senão que foram incorporados aos pesos neurais sob a forma de padrões estatísticos insuscetíveis de isolamento e de reversão. Trata-se de uma irreversibilidade não mais funcional, mas estrutural, que compromete na raiz a operatividade do direito de eliminação (art. 18, VI, da LGPD) e converte o espaço de abstenção regulatória, nesse domínio específico, em título habilitador de uma expropriação definitiva da identidade informacional do sujeito. A verificação negativa da reversibilidade impõe, por conseguinte, ao ordenamento o dever de instituir instrumentos de conformação heterônoma *ex ante* com tanto maior rigor quanto mais estrutural for a irreversibilidade constatada, porquanto a tutela reparatória *ex post* pressupõe uma reversibilidade que, no treinamento de modelos de inteligência artificial, é estruturalmente inexistente.

A esta altura, convém formular e enfrentar a objeção mais consistente que se pode opor à proposição ora formulada. Se o teste de três condições opera como critério de acionamento do dever de tutela heterônoma, não se estaria a legitimar uma expansão ilimitada da regulação jurídica sobre domínios que deveriam permanecer livres? A objeção toca o próprio fundamento do conceito de espaço de não-direito, porquanto a pretensão de submeter toda a experiência humana ao controle do ordenamento configura aquilo que se pode designar como *panjurismo*, vale dizer, a eliminação do espaço de autodeterminação existencial que a dignidade da pessoa reclama.⁸⁰ Observe-se, não obstante, que o teste proposto contém em si mesmo o antídoto contra essa deriva. As três condições não operam como títulos habilitadores de intervenção genérica,

⁷⁹ RODOTÀ, Stefano. *Il diritto di avere diritti*. Roma-Bari: Laterza, 2012, p. 386. No original: “L’identità chiusa in una gabbia costruita da altri?”.

⁸⁰ O risco do *panjurismo* constitui a objeção simétrica àquela que Sarmento formula em relação ao paternalismo. Se este infantiliza a pessoa ao substituir a sua decisão autônoma pela decisão do ordenamento, aquele a sufoca ao eliminar o espaço onde a autonomia pode exercer-se sem mediação normativa. A proposição do presente trabalho situa-se, deliberadamente, entre esses dois extremos. V. SARMENTO, Daniel. *Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetórias e metodologia*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 169.

porquanto descrevem situações específicas em que os pressupostos da não regulação se encontram comprometidos. Quando a paridade, a cognoscibilidade e a reversibilidade subsistem, o espaço de não-direito permanece legítimo e o dever de tutela não se aciona em todo o seu peso. O teste preserva, nessa perspectiva, um núcleo intangível de autodeterminação existencial que nenhuma regulação poderia legitimamente suprimir. Trata-se, ademais, de uma proposição que opera como cláusula geral, e não como regra analítica de aplicação mecânica, porquanto confere ao intérprete a elasticidade necessária para aferir, em cada situação concreta, a subsistência ou a dissipação dos pressupostos que legitimam o espaço de não-direito.⁸¹

Disso decorre, por necessidade lógica, a tese que o presente trabalho se propôs a fundamentar. O legado de Rodotà não conduz à sacralização da abstenção regulatória, nem à sua substituição por uma intervenção heterônoma totalizante. Conduz ao reconhecimento de que o direito deve, na era algorítmica, assumir o papel de tutor do espaço de não-direito, mediante critérios de delimitação que assegurem a preservação da autodeterminação existencial sem converter a abstenção em instrumento de sujeição. O teste de três condições ora proposto, ao operacionalizar o dever de tutela em parâmetros aferíveis, oferece ao intérprete um instrumento que não é nem abstenção nem intervenção regulamentar, mas conformação principiológica orientada pela dignidade, pela solidariedade e pela abertura sincrônica e diacrônica da cláusula geral de tutela e promoção da pessoa humana. As implicações dessa proposição para a compreensão dos confins entre o jurídico e o não jurídico na sociedade contemporânea constituem o objeto das considerações finais que se seguem.

7. Considerações finais

A delimitação entre as dimensões da existência humana que devem ingressar na esfera do direito e aquelas que dela devem permanecer excluídas constitui um problema que a sociedade algorítmica reconfigurou em termos que a tradição jurídica não havia antecipado. A deliberação de *lasciar fuori* determinadas esferas da vida do campo de incidência do ordenamento pressupunha um cenário em que a abstenção regulatória operasse como garantia da autodeterminação existencial. Não é esse o cenário que se verifica na contemporaneidade. A coleta massiva e o tratamento automatizado de dados pessoais, aliados ao perfilamento sistemático de comportamentos e à opacidade dos processos decisórios computacionais, alteraram de forma substancial as condições sob

⁸¹ RODOTÀ, Stefano. Ideologias e técnicas da reforma do direito civil. Trad. Eduardo Nunes de Souza. *Civilistica.com*, a. 13, n. 1, 2024, p. 14.

as quais essa abstenção pode ser mantida e interpretada como instrumento de proteção da pessoa. Eis que se apresenta, com toda a sua força, a constatação que o percurso argumentativo empreendido ao longo deste trabalho pretendeu demonstrar, qual seja, a de que o espaço de não-direito, concebido como domínio da liberdade protegida pela contenção do poder normativo, converteu-se em território de extração habilitada precisamente por essa contenção.

O caminho que conduziu a essa constatação revelou, em primeiro lugar, que a legitimidade do espaço de não regulação depende da subsistência de pressupostos materiais que o ordenamento não pode presumir nem ignorar, porquanto a personalidade constitui um valor dinâmico, aberto sincrônica e diacronicamente, cuja tutela reclama tanto a proteção de novas manifestações quanto o reconhecimento de domínios que devem permanecer imunes à intervenção. Nesse quadrante, a solidariedade se revelou não apenas como um mero complemento da dignidade, mas como condição estrutural da autodeterminação, eis que a liberdade existencial desacompanhada de suportes solidários acaba por se converter em ficção jurídica. Demonstrou-se, ademais, que a autodeterminação informativa, compreendida como desdobramento necessário da autonomia existencial no domínio informacional, encontra-se comprometida pela assimetria radical entre agentes de tratamento e titulares de dados, pela fadiga do consentimento e pela opacidade dos processos decisórios computacionais. Não se trata apenas de constatar que o titular carece de condições reais para exercer o governo do seu corpo eletrônico, mas, também, e, principalmente, de compreender que o capitalismo de vigilância elege a ausência de regulação como condição estrutural da sua própria viabilidade. Via de consequência, o exame do ordenamento brasileiro evidenciou que a LGPD restaura, de modo significativo, os pressupostos de transparência e de responsabilização, conquanto não alcance a dimensão mais profunda do problema, a saber, a colonização do processo de construção da identidade pessoal pela lógica algorítmica.

Essas constatações conduziram à proposição de um teste de três condições cumulativas, quais sejam, a paridade, a cognoscibilidade e a reversibilidade, cuja verificação negativa aciona o dever de tutela heterônoma por parte do ordenamento com maior ênfase, fundamentado na cláusula geral de tutela e promoção da pessoa humana e no princípio da solidariedade. O teste desloca o eixo em torno do qual o debate doutrinário sobre a LGPD tem gravitado. A oposição entre autonomia privada e regulação, como se o problema fundamental consistisse em determinar quando a manifestação volitiva do titular é suficiente e quando o ordenamento deve intervir em sua substituição, revela-se

insuficiente, porquanto não alcança a dimensão em que a colonização algorítmica opera com maior eficácia. Em vez de indagar se a manifestação volitiva é válida ou inválida, o teste propõe verificar se os pressupostos que legitimam a não regulação ainda subsistem. Quando a paridade, a cognoscibilidade e a reversibilidade se mantêm, o espaço de não-direito permanece legítimo e o dever de tutela não se aciona em todo o seu peso. Quando essas condições se dissipam, a não regulação deixa de operar como abstenção protetiva e passa a funcionar como habilitação da sujeição. Disso decorre que a proposição formulada não conduz à sacralização da abstenção regulatória, nem à sua substituição por uma intervenção heterônoma totalizante, porquanto preserva um núcleo intangível de autodeterminação existencial que nenhuma regulação poderia legitimamente suprimir.

Há que se reconhecer, não obstante, que o teste constitui instrumento hermenêutico orientado à aferição dos pressupostos de legitimidade do espaço de não-direito, porém não determina, por si só, o conteúdo da regulação que deve ocupar o espaço cuja não regulação se revelou ilegítima. A passagem da aferição dos pressupostos à definição dos instrumentos normativos adequados à sua restauração exige mediações legislativas, regulatórias e jurisprudenciais que o teste identifica como necessárias sem pretender antecipar.⁸² De igual maneira, a sua aplicação concreta pressupõe o desenvolvimento de critérios probatórios compatíveis com a assimetria informacional que caracteriza as relações de tratamento de dados, bem como a articulação institucional entre os órgãos reguladores setoriais e a cláusula geral de proteção da pessoa humana, bem como o diálogo entre ordenamentos que compartilham o compromisso com a dignidade como princípio fundante. A proposição se situa, deliberadamente, no plano dos fundamentos e dos critérios, e não no plano das soluções regulatórias concretas.

A era algorítmica impôs ao direito privado uma tarefa que as suas categorias tradicionais não estavam preparadas para enfrentar. O espaço de não-direito, que a tradição jurídica concebera como domínio da liberdade, converteu-se em território de extração e a autonomia privada, que o ordenamento pressupunha como exercício de vontade livre e informada, passou a operar como ficção legitimadora da sujeição. A identidade pessoal,

⁸² As mediações legislativas a que se alude já se encontram em curso. No plano da União Europeia, o Regulamento (UE) 2024/1689 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 13 de junho de 2024 (publicado no Jornal Oficial da UE em 12.7.2024, em vigor desde 1.8.2024), constitui o primeiro marco regulatório abrangente de inteligência artificial no plano mundial, adotando classificação dos sistemas de IA por níveis de risco e fundamentando as proibições do art. 5.º na dignidade da pessoa humana, na proteção de dados pessoais e na não discriminação (considerandos 13 a 16). No plano brasileiro, o PL 2.338/2023 (Marco Regulatório da Inteligência Artificial), de autoria do Senador Rodrigo Pacheco, foi aprovado pelo Senado Federal em 10 de dezembro de 2024 e encontra-se em tramitação na Câmara dos Deputados, adotando igualmente a abordagem baseada em risco e dedicando capítulo específico aos direitos das pessoas afetadas por sistemas de inteligência artificial.

que a dignidade protege como construção autônoma do sujeito, tornou-se objeto de processos que a conformam segundo lógica alheia e incontrolável. Diante dessas transformações, o direito não pode responder com a abstenção que as habilitou nem com a regulação totalizante que as reproduziria sob outro signo. A resposta que o presente trabalho propôs consiste na conformação principiológica da demarcação entre o jurídico e o não jurídico, orientada pela cláusula geral de tutela e promoção da pessoa humana, pelo princípio da solidariedade e pela exigência ética do reconhecimento da vulnerabilidade do outro como condição de qualquer relação que se pretenda justa. Trata-se, em última análise, do dever do direito de fazer-se tutor sem fazer-se tirano.

Referências

- BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade líquida*. Trad. Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.
- CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. Trad. Antônio Menezes Cordeiro. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.
- CASTELLS, Manuel. *A galáxia da internet: reflexões sobre a internet, os negócios e a sociedade*. Trad. Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2003.
- CASTELLS, Manuel. *A sociedade em rede*. A era da informação: economia, sociedade e cultura, vol. 1. Trad. Roneide Venancio Majer. 6. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2002.
- DONEDA, Danilo. *Da privacidade à proteção de dados pessoais: elementos da formação da Lei Geral de Proteção de Dados*. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.
- DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.
- ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. Trad. J. Baptista Machado. 11. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2008.
- FACHIN, Luiz Edson. *Direito civil: sentidos, transformações e fim*. Rio de Janeiro: Renovar, 2015.
- HART, H.L.A. *O conceito de direito*. Trad. Antônio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.
- MARTINS, Guilherme Magalhães; MUCELIN, Guilherme Antonio Balczarek. Excepcionalidade dos dados neurais: paralelismo protetivo e uma nova categoria de dados pessoais. *Civilistica.com*, a. 14, n. 3, 2025.
- MARINANGELO, Rafael. Inteligência artificial e erro de diagnóstico. *Civilistica.com*, a. 14, n. 3, 2025.
- MACHADO, Diego. Considerações iniciais sobre o conceito de dado pessoal no ordenamento jurídico brasileiro. *Civilistica.com*, a. 12, n. 1, 2023.
- MARTINS-COSTA, Judith. O direito privado como um sistema em construção: as cláusulas gerais no projeto de código civil brasileiro. *Revista de Informação Legislativa*, vol. 35, n. 139. São Paulo, jul.-set./1998.
- MELLO, Manoel; EHRHARDT JÚNIOR, Marcos. Bens jurídicos: notas sobre a sua adequação em tempos (cada vez mais) digitais. *Civilistica.com*, a. 13, n. 1, 2024.
- MENDES, Laura Schertel. *Privacidade, proteção de dados e defesa do consumidor: linhas gerais de um novo direito fundamental*. São Paulo: Saraiva, 2014.

MENEZES, Joyceane Bezerra de. A proteção da pessoa humana diante das neurotecnologias: autonomia e vulnerabilidade das crianças e adolescentes. *Civilistica.com*, a. 14, n. 3, 2025.

MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

MORAES, Maria Celina Bodin de. La tutela della persona umana in Brasile. *Civilistica.com*, a. 3, n. 2, 2014.

MORAES, Maria Celina Bodin de. *Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

MORAES, Maria Celina Bodin de. O princípio da solidariedade. In: PEIXINHO, Manoel Messias; GUERRA, Isabella Franco; FILHO, Firly Nascimento (Org.). *Os princípios da Constituição de 1988*. 2. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

PASQUALE, Frank. *The black box society*. Cambridge: Harvard University Press, 2015.

PEREIRA, Fabio Queiroz. Os perfis de redes sociais e a morte do usuário: privacy by design e o estabelecimento de uma regra padrão. *Civilistica.com*, a. 14, n. 1, 2025.

PERLINGIERI, Pietro. *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*. Camerino-Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 1972.

PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil: introdução ao direito civil-constitucional*. Trad. Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

PINTO, Paulo da Mota. *O direito ao livre desenvolvimento da personalidade*. In: Portugal-Brasil. Ano 2000. Coimbra: Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra, 1999.

REALE, Miguel. *O projeto do Código Civil: situação atual e seus problemas fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 1986.

RODOTÀ, Stefano. *A vida na sociedade de vigilância: a privacidade hoje*. Org. Maria Celina Bodin de Moraes. Trad. Danilo Doneda e Luciana Cabral Doneda. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

RODOTÀ, Stefano. Ideologias e técnicas da reforma do direito civil. Trad. Eduardo Nunes de Souza. *Civilistica.com*, a. 13, n. 1, 2024.

RODOTÀ, Stefano. *Il diritto di avere diritti*. Roma-Bari: Laterza, 2012.

RODOTÀ, Stefano. O tempo das cláusulas gerais. Trad. Eduardo Nunes de Souza. *Revista Brasileira de Direito Civil*, vol. 33, n. 3. Belo Horizonte, jul.-set./2024.

RODOTÀ, Stefano. *La vita e le regole: tra diritto e non diritto*. 2. ed. ampliata. Milano: Feltrinelli, 2009.

RODOTÀ, Stefano. *Solidarietà*. Roma-Bari: Laterza, 2014.

ROUVROY, Antoinette; BERNS, Thomas. Gouvernamentalité algorithmique et perspectives d'émancipation: le disparate comme condition d'individuation par la relation? *Réseaux*, n. 177. Paris: La Découverte, 2013.

RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. *Institutos fundamentais do direito civil e liberdade(s)*. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2011.

SANDEL, Michael J. *O que o dinheiro não compra: os limites morais do mercado*. 8. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2017.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SARMENTO, Daniel. *Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetórias e metodologia*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

SCHREIBER, Anderson. *Direitos da personalidade*. 3. ed. Rio de Janeiro: GEN, 2014.

SILVA, Gabriela Buarque Pereira; EHRHARDT JÚNIOR, Marcos. Desafios para a consagração da autodeterminação informativa na LGPD. *Civilistica.com*, a. 12, n. 1, 2023.

SOARES, Rafael Oliveira; EHRHARDT JÚNIOR, Marcos. Os dados pessoais como bens de valor econômico e a despersonalização das pessoas naturais: a comoditização do indivíduo e sua incompatibilidade com a ordem constitucional brasileira. *Civilistica.com*, a. 14, n. 1, 2025.

SOLOVE, Daniel J. Privacy self-management and the consent dilemma. *Harvard Law Review*, vol. 126, n. 7. Cambridge: Harvard Law Review Association, 2013.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Autonomia existencial. *Revista Brasileira de Direito Civil*, vol. 16. Belo Horizonte: Fórum, abr.-jun./2018.

TEPEDINO, Gustavo. O princípio da função social no direito civil contemporâneo. *Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro: MPRJ*, n. 54, out.-dez./2014.

TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

VÉLIZ, Carissa. *Privacidade é poder*: por que e como você deveria retomar o controle de seus dados. Trad. Samuel Oliveira. São Paulo: Contracorrente, 2021.

WARREN, Samuel D.; BRANDEIS, Louis D. The right to privacy. *Harvard Law Review*, vol. 4, n. 5. Cambridge, dez./1890.

WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno*. Trad. António Manuel Hespanha. 4. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2010.

ZUBOFF, Shoshana. *The Age of Surveillance Capitalism*: the fight for a human future at the new frontier of power. New York: PublicAffairs, 2019.

Como citar:

GROSSI, Bernardo Menicucci. Os pressupostos de legitimidade do espaço de não-direito na era algorítmica: uma proposição a partir da cláusula geral de tutela e promoção da pessoa humana. **Civilistica.com**, a. 15, n. 2, 2026. Disponível em: <https://civilistica.emnuvens.com.br/redc>. Data de acesso.



civilistica.com

Recebido em:

21.3.2026

Aprovado em:

12.5.2026