

Geo pricing e geo blocking

As novas formas de discriminação de consumidores e os desafios para o seu enfrentamento

Ana Frazão

Advogada. Professora de Direito Civil e Comercial da UnB. Ex-Conselheira do CADE.

A recente decisão do DPDC - Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor da Secretaria Nacional de Relações de Consumo do Ministério da Justiça, que multou a empresa Decolar em sete milhões e meio de reais, chamou a atenção para a questão da discriminação de consumidores pelo critério geográfico, seja para efeitos da diferenciação dos preços de acomodações (*geo pricing*), seja para efeitos da negativa de oferta de vagas (*geo blocking*)¹.

A decisão foi proferida diante de representação apresentada pela empresa concorrente Booking, segundo a qual consumidores situados em São Paulo eram ofertados com valores de hospedagem até 29% superiores àqueles ofertados no mesmo momento para consumidores situados em Buenos Aires. A Booking também demonstrou que vinha recebendo emails de hotéis solicitando uma prática de preços mais altos em relação aos consumidores brasileiros, a exemplo da Decolar. Em documentos juntados posteriormente, a representante mostrou haver diferenças de preços de mais de 80% para consumidores brasileiros em comparação com estrangeiros, bem como falta de vagas para brasileiros, com recusas frequentes e injustificadas.

Os fatos apontados, que deram ensejo à condenação da Decolar, representam a concretização daquele que é um dos maiores temores decorrentes da crescente utilização de dados dos usuários por plataformas digitais: a discriminação de consumidores a partir de dados pessoais, especialmente quando estes são coletados e utilizados sem a ciência ou a autorização informada do consumidor.

¹ Trata-se da Nota Técnica 92/2018, de 18.06.2018.

Aliás, com a crescente expansão do *big data* e da economia movida a dados, as possibilidades de práticas unilaterais expropriatórias de consumidores tornam-se cada vez maiores. Como apontam Stucke e Grunes², a extração de riqueza dos consumidores pode ocorrer em diversos níveis, dentre os quais anúncios comportamentais e discriminação. Esta última é, inclusive, muito provável em cenário de bens diferenciados, como é o caso dos serviços de hotelaria, contexto favorável a que os agentes econômicos extraiam do consumidor, com base no que se conhece dele, tudo o que for possível.

Diante da questão descrita, há pelo menos duas importantes discussões a serem enfrentadas: (i) o embasamento jurídico para a punição de tais condutas e os critérios que devem orientar a sua identificação e (ii) a extensão da responsabilidade de plataformas que, como é o caso da Decolar, não necessariamente precificam os serviços, simplesmente transmitindo as ofertas praticadas pelos próprios hotéis.

No que diz respeito à primeira questão, é interessante notar que o Código de Defesa do Consumidor, embora não tenha regras específicas para o *geo pricing* ou o *geo blocking*, tem cláusulas gerais e regras abrangentes que possibilitam a averiguação da ilicitude de tais práticas.

Não é sem razão que a Nota Técnica que apenou a empresa Decolar fundamentou-se em direitos básicos do consumidor, tais como a igualdade nas contratações, a informação e a proteção contra abusos de toda sorte, assim como em vedações específicas constantes do próprio Código, tais como elevar sem justa causa o preço de produtos ou serviços ou recusar a venda de bens ou a prestação de serviços diretamente a quem se disponha a adquiri-lo mediante pronto pagamento.

É interessante notar que a legislação antitruste – que, em princípio, também seria aplicável ao caso desde que comprovada a posição dominante da plataforma Decolar - também prevê como condutas ilícitas a discriminação abusiva de adquirentes de bens ou serviços por meio de fixação diferenciada de preços, assim como a recusa de venda de bens ou serviços dentro das condições normais aos usos e costumes comerciais.

² STUCKE, Maurice; GRUNES, Allen. *Big data and competition policy*. Oxford: Oxford University Press, 2016. pp. 237-241.

É certo que o cerne de todas essas condutas diz respeito à razoabilidade do fator de diferenciação, a fim de se saber se há razão econômica legítima que justifique o tratamento distinto ou se, ao contrário, este pode ser considerado uma violação à igualdade entre os consumidores. Em face disso, a própria Nota Técnica afasta a existência de motivo razoável:

"O direito à igualdade nas contratações pressupõe que não se discrimine preços sem motivo razoável. Se a precificação geográfica se desse, por exemplo, em razão do FRETE, ou seja, do custo do transporte do produto, não haveria que se falar em discriminação. Mas não é o caso que se apresenta."

De acordo com a Nota Técnica, no caso da Decolar, a única razão da discriminação de preços era a informação geográfica, o que, no seu entender, justificaria a abusividade da conduta e a violação à igualdade entre os consumidores³.

Este ponto é interessante porque um dos pilares do regime capitalista é a livre precificação, consequência direta da livre iniciativa. Entretanto, como qualquer outro qualquer direito, a livre iniciativa não pode ser considerado absoluta, estando sujeita aos critérios do abuso de direito⁴, inclusive naquilo em que este é densificado por meio das condutas vedadas previstas no Código de Defesa do Consumidor e na Lei Antitruste, dentre outros diplomas legislativos.

Sob essa perspectiva, é bastante persuasiva a argumentação da Nota Técnica, no sentido de que teria havido abusividade, ainda mais se considerarmos que o critério geográfico foi aplicado de forma linear a todos os consumidores brasileiros sem qualquer justificativa econômica razoável, o que evidenciou a tentativa da empresa de se locupletar o máximo possível.

³ A defesa da Decolar procurou justificar sua conduta com base em vários argumentos econômicos, tais como a diferença cambial e a carga tributária. Tais alegações foram refutadas, uma vez que o consumidor pode escolher em qual das moedas pretende ver o serviço, assim como a Decolar mostraria o preço sem impostos, taxas e encargos.

⁴ Ver, sobre o tema, FRAZÃO, Ana. *Função social da empresa. Repercussões sobre a responsabilidade civil de controladores e administradores de S/As*. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

Verdade seja dita que as discussões sobre discriminações comportamentais não são triviais, até porque, do ponto de vista econômico, há racionalidade em se cobrar mais dos consumidores que estão dispostos a pagar mais por determinado produto ou serviço. A grande questão aqui é saber se esse tipo de lógica de mercado é compatível com o ordenamento jurídico, especialmente nos casos em que as empresas só têm condições de fazer a mencionada diferenciação em razão da coleta e da utilização dos dados dos usuários, o que muitas vezes ocorre sem a autorização informada e até mesmo sem a ciência destes.

Desta maneira, sendo abusiva a coleta dos dados, a utilização superveniente deles em prejuízo do consumidor passa a ter a sua licitude seriamente comprometida, caso em que a racionalidade econômica da conduta deve ser contrastada com os parâmetros jurídicos que já definem os limites para a precificação de bens e serviços e para a diferenciação de consumidores, os quais obviamente podem e devem se aplicar também ao mundo virtual, ainda que com as adaptações necessárias.

A outra grande discussão que surge da condenação da Decolar diz respeito à possibilidade de se responsabilizar a própria plataforma em situações nas quais esta não precifica os serviços, mas se restringe a cumprir o seu papel de *matchmaker*, aproximando e facilitando os contatos dos polos do mercado de dois lados em questão, ou seja, consumidores e hotéis. Sobre o tema, assim se pronunciou a Nota Técnica:

“É claro que a Decolar pode precificar os serviços oferecidos em sua plataforma da maneira que lhe for melhor. Ainda que a empresa não determine o preço, como afirma, e que o valor a ser pago pela acomodação seja dado pelo hoteleiro, é evidente que à Decolar assiste o direito de mostrar esses preços em sua plataforma e, assim, exercer atividade empresarial como é comum no mercado.

*Contudo, ao precificar – **ou permitir que se precifique** – o serviço de acomodação de acordo com a localização geográfica do usuário, a Decolar se conduz de forma a extrapolar o direito de precificar (ou permitir que serviço por ele anunciado seja precificado) de acordo com as práticas do mercado.”*

Do trecho transcrito, é possível verificar que a Nota Técnica considerou que, para efeitos da responsabilidade da Decolar, não seria relevante o fato de ela não precificar o serviço pois, desde que ela permita a precificação abusiva por outro agente que atue na plataforma, com base exclusivamente no critério geográfico, ela também estaria agindo de forma ilícita.

Ao assim entender, a Nota Técnica assumiu interessante posição a respeito da tormentosa discussão sobre a responsabilidade das plataformas digitais, entendendo que caberia a estas certo grau de controle sobre as práticas que ocorrem no seu âmbito, sob pena de, não cumprido o respectivo dever de cuidado, serem elas também consideradas responsáveis pela ilicitude.

No caso do *geo blocking*, a responsabilidade da plataforma seria ainda mais direta, diante da sua maior ingerência no serviço a não ser ofertado, como se observa por trecho da Nota Técnica:

“Quanto à não exibição da disponibilidade total de acomodações, a infração à ordem jurídica é ainda mais evidente: a Decolar extrapola de seu direito de praticar o comércio e ofertar o produto, prejudicado o consumidor brasileiro, ao não mostrar serviço que não queira vender a determinado consumidor (no caso, o consumidor brasileiro). Isso porque o favorecimento (ou desfavorecimento), bem como a discriminação por conta de etnia, localização geográfica ou qualquer outra característica extrínseca ao ato comercial causa desequilíbrio no mercado e nas relações de consumo.

De tudo quanto se viu, tem-se que a decisão analisada demonstrou claramente a sua insurgência em relação a discriminações não justificadas, tais como as decorrentes da utilização exclusiva do critério geográfico, como também a necessidade de se atribuir responsabilidade às plataformas digitais nesse tipo de situação.

Ainda que muitas questões importantes sobre o tema não tenham sido devidamente mapeadas, certamente que a decisão serve não somente como um alerta para tais práticas, como também como um importante referencial para nortear as discussões que devem se seguir sobre tema tão relevante e atual.

Link: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/constituicao-empresa-e-mercado/geopricing-e-geoblocking-as-novas-formas-de-discriminacao-de-consumidores-15082018>

Publicado em 15/08/2018