

A REGULAMENTAÇÃO DA ATIVIDADE TECNOLÓGICA E A INTERVENÇÃO NO LIVRE MERCADO: APONTAMENTOS SOBRE ATOS DE GEOPRICING E GEOBLOCKING – CASE DECOLAR.COM

REGULATION OF TECHNOLOGICAL ACTIVITY AND INTERVENTION IN THE FREE MARKET: NOTES ON ACTS OF GEOPRICING AND GEOBLOCKING – CASE DECOLAR.COM

Bernardo Rocha da Motta*

RESUMO

O presente trabalho possui como escopo analisar atos de *geopricing* e *geoblocking* exercidos por sociedades empresárias no âmbito virtual para se concluir se esses atos seriam considerados atentatórios às práticas probas concorrenciais ou se de fato essas práticas ensejariam em manifesta insídia de tal forma que mereceria represália. *Geopricing* consiste em prática discriminatória de precificação de um mesmo produto e/ou serviço baseando-se na localização geográfica do consumidor, já *Geoblocking* consiste no bloqueio integral do serviço ou produto em determinada localização, em ambos os casos a localização é mensurada mediante informações do ID do consumidor. O presente artigo analisou o caso ocorrido durante as olimpíadas no Rio de Janeiro com a DECOLAR.COM, ponderando se de fato os atos de *geoblocking* e *geopricing* consistiriam em ofensa aos direitos concorrenciais.

Palavras-chave: *Geopricing*, *Geoblocking*, Concorrência Desleal.

ABSTRACT

This paper aims to analyze acts of *geopricing* and *geoblocking* performed by business companies in the virtual realm to conclude if these acts would be considered to be harmful to competitive practices or if in fact such practices would lead to manifest insidiousness in such a way as to merit retaliation. *Geopricing* would consist of discriminatory pricing practice of the same product and / or service based on the consumer's geographical location, while *Geoblocking* would consist of the complete blocking of the service or product in a given location, in both cases the location is measured by ID's information. Consumer This article analyzed the case that occurred during the Olympics in

* Advogado, Professor substituto de Direito Empresarial na Universidade Federal de Juiz de Fora, Doutorando pela Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro

Rio de Janeiro with the subsidiary of DECOLAR.COM, specifying if in fact the acts of geoblocking and geopricing would be an offense to competitive rights.

Keywords: Geopricing, Geoblocking, unfair competition

INTRODUÇÃO

O advento da internet trouxe impactos indelévels para a sociedade, as formas de produzi e prestar serviços foram drasticamente ressignificados com advento do que se chama de quarta revolução industrial, ou a revolução digital. Mas para além do pensamento de produção e circulação de bens e serviços, a internet alterou diversas outras camadas da sociedade: como as pessoas se relacionam, como trabalham, como vivem, como se entretém e assim sucessivamente.

Ocorre que com todas as benesses advindas do apogeu tecnológico impulsionado pela internet, grandes encargos e questões também surgiram. Seus usuários se tornam fonte inesgotável de dados, o grande petróleo da geração *Big Data* que são coletados, armazenados, manipulados e onerados, muita das vezes sem que seja feito de forma ética, transparente ou consensual.

Com a enorme vantagem que é trazida pela capacidade de tratamento de dados pessoais, sociedades empresárias utilizam dessa potente ferramenta como forma de potencializar seus lucros, de antever necessidades mercadológicas e garantir sua perenidade no mercado.

Contudo essa utilização pode trazer distorções mercadológicas, auferindo grande vantagem para um ou algum de seus *players* a ponto de se tipificar manifesto ilícito de concorrência desleal.

O presente artigo possui o escopo de analisar se a utilização de dados baseados em localização geográfica com a finalidade de precificação distinta entre regiões seria um ato lícito e suas eventuais consequências, trazendo o estudo de caso do ocorrido com a DECOLAR.COM, fazendo breves apontamentos sobre o caso.

A primeira seção versa sobre a revolução tecnológica ocasionada pelo advento da internet, fazendo uma breve digressão sobre a evolução da internet, trazendo significativas alterações na sociedade e seus impactos.

A segunda seção trata do histórico necessário acerca da prática de *geopricing* e *geoblocking* praticados pela DECOLAR.COM, bem como eventual ação civil pública movida pelo *Parquet* a esse respeito.

A terceira seção faz uma breve análise acerca da Lei 13.709/2018 - a Lei Geral de Proteção de Dados, fazendo uma consunção com o caso analisado na seção anterior com a nova Lei, não vigente na época.

Por fim a quarta e última seção visou analisar diretamente se a prática de *geopricing* e *geoblocking* ensejariam em atos de concorrência desleal, chegando a uma conclusão lógico sistemática de todo arcabouço levantado no presente artigo.

A GRANDE REVOLUÇÃO TECNOLÓGICA COM ADVENTO DA INTERNET

Muito se indaga sobre a Internet ser de fato ou não o marco (o estopim) de uma nova Revolução Industrial, se ela teria impactado de tal feita os meios de produção, seus excedentes e os recursos escassos, se ela efetivamente alterou a forma de prestação de serviços a ponto de ter legitimamente rompido com os paradigmas pretéritos para que se tenha efetivamente configurada a Revolução Industrial da Internet.

Vale ressaltar que aqui não importam quais critérios objetivos para categorização de uma Revolução Industrial, ou se de fato foi ou não uma Revolução, mas o reconhecimento notório de que o advento da Internet alterou substancialmente as relações socioeconômicas através da disseminação do seu uso em profusão na sociedade, especialmente a partir da última década do século XX.

A revolução tecnológica tem uma grande característica que merece destaque: a penetrabilidade. Ela penetra e afeta todas as atividades humanas, se torna elemento essencial destas se tornando imprescindível para a

sociedade, não podendo ser vista como uma fonte exógena, mas sendo o próprio tecido em que estas atividades são exercidas².

Os diversos avanços tecnológicos que aconteceram ao longo do século XX, em relação a materiais avançados, fontes de energia, técnicas de produção aprimoradas, tecnologia de transporte e novas formas de mercantilização em um espaço inteiramente virtual fez com que a sociedade se tornasse digital, produzindo uma descontinuidade nas bases materiais da economia, sociedade e cultura.

Com incentivo maciço pós-guerra em desenvolvimento tecnológico, como o surgimento do Vale do Silício em 1971, a Califórnia virou um dos palcos da evolução tecnológica voltada para comunicação virtual, podendo-se citar grandes nomes que nesse momento se desenvolvem mediante aposta em capital de risco, como a Apple, Intel, Microsoft e IBM.

Os computadores mesmo só passaram para o uso doméstico e popular em meados da década de 1970. Nesse período apenas instituições financeiras, e grandes sociedades empresariais faziam uso dos chamados *mainframes*, computadores que chegavam a ocupar uma sala inteira, utilizando *softwares* para processamentos de dados. A utilização de *softwares* era, portanto, assunto restrito aos analistas de sistemas e programadores das instituições, que escreviam programas voltados a tornar mais rápidos e eficientes processos administrativos e operacionais como folha de pagamento, faturamento e cobrança.

Com a consolidação do setor de tecnologias voltados para internet e a globalização da comunicação, as sociedades empresárias contribuem diretamente para a expansão da internet na década de noventa, como *Google*, *Netscape*, dentre outros grandes nomes que apostaram incessantemente no novo paradigma social, desenvolvendo softwares disruptivos³ que abririam espaço para uma nova acepção social.

² CASTELLS, Manuel. **A sociedade em rede**. Volume 1; 8ª ed. São Paulo: Paz e Terra 2005.

³ O termo "disruptivo" foi cunhado por Clayton Christensen, professor de administração na Business School de Harvard, baseado na teoria da destruição criativa do economista Joseph Alois Schumpeter, o termo foi inspirado nos agentes destruidores que o economista austríaco menciona em suas teorias.

Bem verdade que a internet só se torna notoriamente acessível para a sociedade civil em meados de 1993, com o lançamento do navegador *Mosaic*, em que surge o primeiro *cyber* espaço para as pessoas circularem, interagirem, buscarem informações e até produtos e serviços.

O navegador *Mosaic*, que eventualmente se torna o conhecido Netscape teve uma adesão tão grande pela sociedade que em 1995 realiza um *IPO*⁴, tendo uma projeção de suas ações um salto de valorização, como exemplo, em apenas cinco meses o valor da ação nominal dispara de US\$ 28,00 para US\$ 174,00.

A sociedade passa a ser algo dissociado da realidade física, material, para simular novos espaços em realidade digital, um sistema interligado que conecta as diversas áreas da vida através de *softwares*, o ciberespaço agora passa a comportar a sociedade em rede⁵, em que circulam informações na velocidade de conexões de fibra ótica, tudo é propagado, as barreiras são superadas, sejam elas geográficas, culturais ou linguísticas, há uma realidade contida na sociedade em rede.

*Software*⁶, nas palavras de Manovicch, seria compreendido também como o conjunto das ferramentas e plataformas que permitem que pessoas criem, distribuam e acessem, publiquem, compartilhem textos, mapas, desenhos, sons e suas múltiplas combinações. O *Software* na sociedade digital se torna um fenômeno social e cultural, que modifica a forma de interação, de mercantilização, de socialização.

Nas palavras de Castells temos que a tecnologia pode ser definida como o uso de conhecimentos científicos para especificar as vias de se fazerem as

⁴ Intial Public Offer – quando uma sociedade anônima de capital fechado abre seu capital para negociar suas ações na bolsa de valores.

⁵ CASTELLS, Manuel. **A sociedade em rede**. Volume 1; 8ª ed. São Paulo: Paz e Terra 2005.

⁶ Expandindo a concepção de software trazida pela Lei 9.609/1998, em seu artigo 1º, senão vejamos: Programa de computador é a expressão de um conjunto organizado de instruções em linguagem natural ou codificada, contida em suporte físico de qualquer natureza, de emprego necessário em máquinas automáticas de tratamento da informação, dispositivos, instrumentos ou equipamentos periféricos, baseados em técnica digital ou análoga, para fazê-los funcionar de modo e para fins determinados.

coisas de uma maneira reproduzível, podendo citar tecnologias de microeletrônica, telecomunicação/radio fusão e optoeletrônica⁷.

Sociedades que desenvolvem atividades disruptivas voltadas para tecnologia e desenvolvimento de softwares costumam causar grandes atribuições concorrenciais e regulatórias em face da prestação de serviços usuais, desestabilizando um mercado tradicional e arraigado, conseguindo cooptar uma grande quantidade de usuários em um curto espaço de tempo.

Quando sociedades atingem monopólio de um segmento de mercado, dificilmente são compelidas a inovar ou a otimizar seus serviços ou produtos, retraindo também a possibilidade de novos empreendimentos se inserirem no mercado, sendo apenas desafiadas quando sociedades disruptivas desenvolvem e adotam novas tecnologias que atendem melhor às demandas dos consumidores, quebrando a hegemonia de controle de mercado. Nesse contexto, a insurgência ao tradicionalismo ocasionada pelas sociedades disruptivas se mostra como fator essencial, inclusive para equilibrar e diminuir distorções do mercado.

Um caso que ilustra bem a desestabilização promovida por sociedades disruptivas é o desenvolvimento de computadores pessoais de pequeno porte. A *Apple*, dentre outras sociedades, se engajou no desenvolvimento de computadores de pequeno porte, com *design* mais ergonômico e portátil, ao passo que a IBM, ao se acomodar em atender as demandas imediatas de seus consumidores, tardou a avaliar a dimensão do mercado emergente que tinha a frente e se inseriu tardiamente no segmento de computadores pessoais, tendo que lidar com agentes concorrenciais fortes já estabelecidos⁸.

Este padrão de quebra de mercado pode ser encontrado em diversas outras indústrias, levando com que sociedades buscassem se aprimorar

⁷ CASTELLS, Manuel. **A sociedade em rede**. Volume 1; 8ª ed. São Paulo: Paz e Terra 2005.

⁸ BOWER, Joseph. CHRISTENSEN, Clayton M. **Disruptive Technologies**: catching the wave. Harvard Business Review. January-February. 1995. p. 45. Disponível em <http://danieldalozzo.com/wp-content/uploads/2015/05/disruptive-technologies-catching-the-wave-christensen.pdf>. Acesso em: 20 jul. 2019.

tecnologicamente, perseguindo o pioneirismo no seu setor de atuação, para que pudessem controlar ou se destacar no mercado em que atuam⁹.

Assim também o foi com as relações sociais, bem como as relações de consumo. Os softwares digitais permitem que você interaja com pessoas de diversos locais do globo, que leia livros que não teria acesso físico, que compre e venda através de somente um click.

Por derradeiro que essa nova forma de consumir e produzir poderia trazer desequilíbrio para as relações empresariais, em especial às voltadas para transparência, concorrência e ética, e nessa toada o presente artigo visa analisar o impacto do desenvolvimento de *softwares* e de espaços virtuais, especificamente no setor de hospedagem e viagens, recortando o estudo de casos de práticas adotadas pelo grupo DECOLAR.COM no período compreendido das olimpíadas sediadas no Rio de Janeiro no período de maio de 2016.

DO HISTÓRICO NECESSÁRIO

Foi percebido que a DECOLAR.COM estava praticando preços discriminatórios entre brasileiros e argentinos no período acima mencionado, o que na ocasião levou o Parquet a promover uma ação civil pública, com a retórica de estar sendo lesionado o direito consumerista coletivo nos atos praticados pela empresa ao propor preços diversificados entre clientes de diversas áreas geográficas.

O estudo de caso passa a pormenorizar o ocorrido para, por fim, guerrear com os diplomas legais pertinentes e concluir se houve de fato ofensa ao direito concorrencial e se a prática de *geopricing* e *geoblocking* de fato deveria ser coibida e punida.

Inicialmente o Software DECOLAR.COM 10 foi concebida pelo argentino Roberto Souviron com a alcunha de Desapegar.com, a cerca de vinte anos

⁹ Ibidem

atrás, inclusive o domínio utilizado internacionalmente em alguns países ainda como Estados Unidos. Segundo Wikipedia: *“Despegar (antiguamente Despegar.com), es una agencia de viajes en línea con sede en Argentina. Cuenta con presencia en 21 países. Despegar es la agencia de viajes más grande de América en volumen.”*

Roberto Souviron precisou buscar nos EUA seu diploma referente ao MBA cursado na Universidade de Duke, situada na Carolina do Norte. Mediante eminente dificuldade em conseguir acesso aos serviços que estava necessitando (para referência, o ano era 1999, não existia a facilidade e acesso a serviços como Roberto Souviron estava prestes a inaugurar de sítios e softwares eletrônicos que permitiram que o consumidor com apenas cliques planejasse e comprasse um pacote de viagens, que poderia incluir passagens aéreas, hospedagem e até seguro de viagens.) O argentino cria a sociedade Desapegar.com, que passa a registrar nos Estados Unidos

O nome "Decolar" seria a tradução do espanhol da palavra "despegar", sendo considerada para estudiosos de línguas como falso cognato, na medida em que não possuiria relação com a palavra em português "desapegar". Segundo Site Wikipédia: *Apesar de ser filial da matriz argentina, a brasileira Decolar concentra aproximadamente 60% do volume de vendas de todo o grupo, ou seja, o Brasil é atualmente o maior mercado da companhia.*

O objeto social da DECOLAR.COM consiste na venda de pacotes de viagens, passagens aéreas, reserva de hotéis, aluguel de carros, cruzeiros, ingressos para parques e outras atrações e atividades, além de aluguel de imóveis para temporada e seguros de viagens.

O consumidor tem acesso aos pacotes de viagem bem como os destinos tanto pelo endereço eletrônico quanto pelo aplicativo. Através dos softwares da DECOLAR.COM o consumidor pode ver preços e destinos disponíveis, esse serviço está disponível nos países em que possui filiais.

10 Software como gadget, como domínio world wide web – www, conforme já mencionado acima, a expansão do termo aqui empregado para se referir a aplicativos, sítios eletrônicos, programas de computador, acessórios eletrônicos, etc

Ocorre que a DECOLAR.COM tomou uma medida extraordinária, divergindo da sua prática usual de tabelamento e precificação de serviços. Durante as Olimpíadas que ocorreram no Rio de Janeiro no ano de 2016 foi considerado que a DECOLAR.COM estava praticando *geopricing* e *geoblocking* em relação aos consumidores argentinos dos brasileiros, sendo certo que o alvo da ação era atrair estrangeiros argentinos para grandes hotéis, portanto a precificação e bloqueio teoricamente estaria sendo favorável para os argentinos que buscassem vagas em hotéis que estariam praticando *geopricing* e *geoblocking* através da plataforma da DECOLAR.COM.

A DECOLAR.COM, utilizando-se de sua expertise no mercado virtual de acomodações e hospedagens, estava discriminando os seus consumidores brasileiros através do bloqueio de ofertas em determinados hotéis e cobrança de preços superiores nos hotéis que estavam disponíveis para os brasileiros.

Verificou-se que a DECOLAR.COM praticava preços discriminatórios contra os consumidores brasileiros em relação aos estrangeiros (argentinos – a diferença de valor chegava até a 30%). Em primeiro lugar, a DECOLAR.COM estava bloqueando o acesso de brasileiros a hotéis específicos no Brasil. Em segundo lugar, os preços dos hotéis locais foram majorados para os brasileiros em relação aos estrangeiros, as provas da prática de *Geopricing/Geoblocking* foram produzidas com a efetivação de operações comerciais simultâneas no Brasil e na Argentina para a locação de acomodações idênticas para o período dos jogos olímpicos no RJ, conforme tabela (disponibilizada nos autos da Ação Civil Pública proposta pelo Ministério Público) que segue:

Tabela 1. Evidência do 'Geo-Blocking'.

Hotel	Para Brasileiros	Para Argentinos
Villa Teresa Hotel	Indisponível	ARS 3.678,95 = R\$ 915,38
Hotel Biarritz	Indisponível	ARS 4.106,54 = R\$ 1.021,77
Hospedagem Ledo	Indisponível	ARS 1.518,31 = R\$ 377,78

Tabela 2. Evidência de 'Geo-Pricing'.

Hotel	Preço (Brasil)	Preço (Argentina)	Diferença
Sheraton Barra	R\$ 622,80	R\$ 442,00	30 %
Windsor Oceânico	R\$ 367,40	R\$ 266,56	28 %
Linx International Airport	R\$ 362,25	R\$ 320,60	12 %

O Ministério Público, através da 5ª promotoria de Justiça de Tutela Coletiva da Defesa do Consumidor e do Contribuinte da Capital, ajuizou uma ação civil pública contra a Decolar.com pela prática de *geoblocking* – bloqueio da oferta com base na origem geográfica do consumidor - e de *geopricing* – precificação diferenciada da oferta também:

De acordo com a inicial, a empresa se utilizou de tecnologia de informação para ativamente discriminar consumidores com base em sua origem geográfica ou nacionalidade para manipular as ofertas de hospedagem em hotéis, alterando o preço e a disponibilidade de ofertas conforme a origem do consumidor com base na *geolocalização*.

O inquérito se originou de uma denúncia apresentada pela BOOKING.COM, na figura de seus patronos do escritório Dannemann Siemsen advogados. Nas palavras que os patronos apresentaram em matéria para a página de colunas jurídicas MIGALHAS.COM, foi dito que:

As práticas de geo-blocking e geo-pricing são abusivas, discriminatórias e lesivas aos interesses dos consumidores. em alguns casos, a diferença de preços com base em geolocalização do consumidor alcança 40%. Tais práticas merecem ser descontinuadas, sem prejuízo das indenizações de ordem material e moral aos consumidores lesados”, declara Rodrigo de Assis Torres, sócio do escritório.

Pode-se concluir que o embasamento central da denúncia apresentada pela equipe patronal da BOOKING.COM era mormente voltado para o direito consumerista, mesmo que o seu interesse pudesse ser localizado mais na questão da concorrência desleal.

Mas trouxe importantes tópicos que merecem destaque, sobre a prática discriminatória com o consumidor, se baseando em informações e coletas de dados dos clientes para alimentar de forma parcial o algoritmo de seu sistema.

DO TRATAMENTO CONFERIDO AOS DADOS COLETADOS E A LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS – LEI 13.709/2018

Apesar do Foco da Ação Civil Pública ser voltada aprioristicamente para os Direitos Consumeristas, há inegavelmente uma relação de concorrência desleal e dano aos direitos marcários. Usando um algoritmo que potencializa e aumenta os lucros de hospedagem de hotéis em sua plataforma, obviamente os hotéis irão aderir a essa plataforma, e foi o que ocorreu com DECOLAR.COM e com BOOKING.COM que foi preterido por não realizar *Geopricing* e *Geoblocking*.

A estratégia da DECOLAR.COM consistia em manipular a estrutura do código de algoritmos utilizados para disponibilizar ofertas baseando-se na localização geográfica do consumidor. Mediante utilização de conhecimentos de tecnologia da informação, a DECOLAR.COM captou uma quantidade significativa de dados para serem processados de acordo com os algoritmos, agora programados para que disponibilize ofertas de acordo com o perfil do cliente que está acessando o site.

Em linhas gerais, os algoritmos da DECOLAR.COM passaram a perfilar os consumidores que acessavam seu site para que, sendo eles argentinos, eles teriam acesso a uma gama mais ampla de serviços de hospedagem, e até variação de preços favoráveis, na medida em que os consumidores brasileiros teriam sua perfilação utilizada contra si.

Muitos devem ter se deparado com diversas propagandas correlatas a uma simples busca que fizeram através de algum aplicativo ou site de busca como o Google, em que aparecem banners de variadas empresas relacionadas ao produto/serviço que se estava pesquisando.

Esse levantamento de dados “deixados” no ambiente virtual faz com que as empresas de tecnologia de informação consigam traçar um perfil preciso de usuários para que consiga aprimorar seus serviços e até mesmo contextualizá-los com a nova realidade dos consumidores. Contudo, a questão que levanta problemáticas de ordem ética dizem respeito aqui tão somente à dissimulação em que esses dados levantados seriam tratados pelo algoritmo programado.

Os sites conseguem obter informações precisas de consumo e hábitos virtuais dos consumidores através dos “cookies”, que, conforme explicação contida à exordial do Parquet: *“Os “cookies” são utilizados para personalizar a experiência do consumidor na internet e, por outro lado, geram imensas quantidades de dados a serem processados pelas empresas através dos algoritmos, (...)”*.

Na inicial do Parquet, na defesa da sua tese de violação de direitos concorrenciais, toma como marco teórico o posicionamento de que:

[A discriminação geográfica] foi implementada através de duas práticas diferentes por parte da empresa DECOLAR.COM. Uma primeira forma de discriminar geograficamente o consumidor ocorreu através de uma manipulação na própria estrutura do código do algoritmo utilizado para selecionar e disponibilizar ofertas aos consumidores por meio da rede internacional de computadores ('World Wide Web'). (...). Contudo, no caso das ofertas feitas pela DECOLAR.COM, a empresa estava registrando as informações sobre a origem geográfica do consumidor e utilizando este dado como um elemento representativo ('proxy') de origem nacional para discriminar consumidores, bloqueando ofertas e precificando mais caro o produto em detrimento de consumidores de certas nacionalidades. Outra modalidade de discriminação foi implementada através de uma ferramenta tecnológica disponibilizada na plataforma da empresa aos empresários do setor hoteleiro, que possibilitava que os próprios hotéis discriminassem os consumidores, indicando as nacionalidades que teriam condições melhores de hospedagem em detrimento dos demais. Portanto, as práticas abusivas e ilegais de 'Geo-Blocking' (bloqueio da oferta com base na origem geográfica do consumidor) e de 'Geo-Pricing' (precificação diferenciada da oferta com base na origem geográfica do consumidor) foram caracterizadas, seja através da codificação do algoritmo de processamento das ofertas, seja através da disponibilização de uma ferramenta na plataforma digital da empresa.

Ato contínuo o Parquet ainda alerta que as facilidades que os consumidores encontram no meio virtual para pesquisar e acessar irrestritamente diversos produtos, com as mais variadas precificações e condições de aquisição na verdade se mostram falaciosas, e o consumidor não se encontra tão detentor de sua liberdade quanto ao acesso à informações, na medida em que as empresas perfilizam e manipulam as informações disponibilizadas a aqueles:

Assim, empresas como a Amazon, por exemplo, coletam grande quantidade de dados sobre o cliente - inclusive endereço, meio de pagamento, histórico de buscas e de compras - para encorajar o consumidor a gastar mais dinheiro, ajustando sua pesquisa de mercado sob medida para os desejos de cada consumidor

Vale ressaltar o Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor (DPDC), órgão do Ministério da Justiça, condenou a DECOLAR.COM ao pagamento de multa de R\$ 7.500.000,00 (sete milhões e quinhentos mil reais) pela prática de discriminação dos consumidores baseada em sua localização geográfica. No relatório que acompanhou a condenação do grupo DECOLAR, foi informado que precificar os serviços de acomodações baseados em informações discriminatórias de localização geográfica seria considerada uma conduta que extrapola o que usualmente é praticado no mercado em termos de liberdade de precificar:

“Ao precificar – ou permitir que se precifique – o serviço de acomodação de acordo com a localização geográfica do usuário, a Decolar.com 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. Com efeito, não se justifica, e nem é prática usual, o estabelecimento de preços diferentes de serviços que são prestados no mesmo local e nas mesmas condições a qualquer consumidor que esteja disposto a pagar por esses serviços. Quanto à não exibição da disponibilidade total de acomodações, a infração à ordem jurídica é ainda mais evidente: a Decolar.com extrapola de seu direito de praticar o comércio e de ofertar o produto, prejudicando 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”.

Por fim, menciona-se que com advento da Lei nº 13.709/2018, conhecida como Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais – LGPD, se inaugurou um sistema protetivo de dados pessoais, em que se estabelece princípios que devem nortear a coleta, compartilhamento e o tratamento de dados pessoais, sendo compreendido como direito básico dos titulares dos dados pessoais.

O professor Tarcísio Teixeira, em sua obra “Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais –Comentada Artigo por Artigo”, aduz que os dados pessoais seriam considerados o “novo petróleo” da sociedade informacional , inaugurando a base de um mercado emergente, porém extremamente delicado, através dos dados pessoais coletados é possível identificar o perfil do consumidor, potencialidades de mercado, além de outras informações relevantes e preciosas para o mercado, sendo elas (informações) obtidas de forma lícita ou ilícita.

A LGPD traz artigos extremamente relevantes para o caso em comento, podendo inclusive trazer maior responsabilização da DECOLAR.COM em relação ao uso ilícito e discriminatório dos dados pessoais dos consumidores.

O artigo 2º da LGPD institui que a proteção de dados pessoais tem como fundamento, dentre outros, o respeito à privacidade, autodeterminação informativa, a inviolabilidade de intimidade, de honra e de imagem, desenvolvimento econômico e tecnológico e a inovação, a livre iniciativa, a livre concorrência e a defesa do consumidor e por fim os direitos humanos, o .livre desenvolvimento da personalidade, a dignidade e o exercício da cidadania pelas pessoas naturais.

Relevante mencionar o artigo 6º, que aduz que as atividades de tratamento de dados pessoais deverão observar a boa-fé e dentre diversos princípios institui em seu inciso 9º a não discriminação, ou seja, a impossibilidade de realização de tratamento (dos dados pessoais) para fins discriminatórios ilícitos ou abusivos.

Caso haja violação aos fundamentos e reservas quanto ao tratamento de dados, a LGPD ainda prevê que em razão da atividade de tratamento causar a outrem dano patrimonial, moral, individual ou coletivo, em violação à legislação de proteção de dados pessoais, é obrigado a repará-lo, conforme artigo 42.

E ainda, por infringir às normas previstas na LGPD, ainda seriam aplicáveis sanções pela autoridade nacional de proteção de dados, dentre elas, em uma proporção das mais brandas às mais severas, conforme inteligência do artigo 52:

Art. 52. Os agentes de tratamento de dados, em razão das infrações cometidas às normas previstas nesta Lei, ficam sujeitos às seguintes sanções administrativas aplicáveis pela autoridade nacional: (Vigência)

I - advertência, com indicação de prazo para adoção de medidas corretivas;

II - multa simples, de até 2% (dois por cento) do faturamento da pessoa jurídica de direito privado, grupo ou conglomerado no Brasil no seu último exercício, excluídos os tributos, limitada, no total, a R\$ 50.000.000,00 (cinquenta milhões de reais) por infração;

III - multa diária, observado o limite total a que se refere o inciso II;

IV - publicização da infração após devidamente apurada e confirmada a sua ocorrência;

V - bloqueio dos dados pessoais a que se refere a infração até a sua regularização;

VI - eliminação dos dados pessoais a que se refere a infração;

(...)

X - suspensão parcial do funcionamento do banco de dados a que se refere a infração pelo período máximo de 6 (seis) meses, prorrogável por igual período, até a regularização da atividade de tratamento pelo controlador; (Incluído pela Lei nº 13.853, de 2019)

XI - suspensão do exercício da atividade de tratamento dos dados pessoais a que se refere a infração pelo período máximo de 6 (seis) meses, prorrogável por igual período; (Incluído pela Lei nº 13.853, de 2019)

XII - proibição parcial ou total do exercício de atividades relacionadas a tratamento de dados. (Incluído pela Lei nº 13.853, de 2019)

Em que pese a Lei Geral de Proteção de Dados ainda não estar vigente na data do cometimento das infrações pela DECOLAR.COM, pode-se

vislumbrar manifestas ofensas aos ditames que serão regentes de qualquer atividade econômica que lide com tratamento de dados¹¹.

O que resta lacunoso no cerne da presente questão seria a seguinte indagação: Há ofensa a algum Direito Concorrencial? A prática de *Geopricing* e *Geoblocking* seria matéria tratada - e suficientemente - pela área da Proteção de Dados e pelo Direito do Consumidor, a ponto de não haver configurada concorrência desleal? São questões que passa a expor.

GEOPRICING E GEOBLOCKING COMO PRÁTICAS DE CONCORRÊNCIA DESLEAL

Inicialmente, deve-se conceituar o que seria concorrência desleal, para que se analise se há a consunção da teoria com o caso objeto de estudo, passando pelos institutos legais do nosso ordenamento, para que possa se responder as indagações acima.

O que resta lacunoso no cerne da presente questão seria a seguinte indagação: Há ofensa a algum Direito Concorrencial? A prática de *Geopricing* e *Geoblocking* seria matéria tratada - e suficientemente - pela área da Proteção de Dados e pelo Direito do Consumidor, a ponto de não haver configurada concorrência desleal? São questões que passa a expor.

Nas palavras de Rudolf Callmann temos que o termo "*unfair competition*" teria se originado dentro do contexto artístico, quando ocorre a violação marcaria, na medida em que a marca por si só se torna mais que traços distintos visualmente perceptíveis:

The term "unfair competition" originally was, and in some jurisdictions still is, a term of art. It first referred to a branch of the law which little more than supplemented the law of technical trade-marks, namely, trade names which are protected because they have acquired secondary meaning, i. e., popularity; this though they do not comply

¹¹ Tratamento de dados pode ser definido como toda operação realizada com dados pessoais, envolvendo coleta, produção, recepção, classificação, utilização, acesso, reprodução, transmissão, distribuição, processamento, arquivamento, armazenamento, eliminação, avaliação ou controle da informação, modificação, comunicação, transferência, difusão ou extração.

with the requirements of the statutory trade-mark law. This concept of "unfair competition" in the United States is the equivalent of "passing off" in England. In England the judicial approach to an action to restrain a defendant from "passing off" his goods as the plaintiff's goods is identical with that pursued in an action to restrain the infringement of a technical trade-mark. In the United States an action for trade-mark infringement is the legal remedy for the protection of technical trade-marks, and unfair competition is the analogous remedy for the protection of trade names.¹²

Ainda afirma que *"it affords relief wherever, _ by reason of an unjustifiable act, the goods of one party to the suit will probably be accepted by the purchasing public as the goods of another;"*, concluindo que uma pessoa não possui direito de vender bens como sendo bens de outros ou não fazer negócios com os negócios alheios.

O conceito de concorrência atual se expandiu para o contexto fático, ponderando novas práticas mercantis e novos cenários que antes não eram consideráveis, ou considerados, podendo ser definido *latu sensu* como: *"to apply to any misappropriation of what equitably belongs to a competitor"*.

Como já havia sido mencionado, o DECOLAR.COM, ao oferecer aos hotéis e demais redes de hospedagem da categoria a possibilidade de só prestar um determinado serviço para estrangeiro, ou, caso prestasse para nacionais, o faria com perceptível aumento na lucratividade, cria um cenário de vantagens excessivas, que compelia as redes de hotéis a não fecharem negócios com as outras plataformas senão a própria DECOLAR.COM.

Segundo o *"EUROPEAN COMMISSION'S PROPOSAL TO TACKLE GEO-BLOCKING IN THE EU"* os atos de *Geopricing* e *Geoblocking* consistiriam em recusa a vender produtos e/ou serviços que estariam disponíveis para outros consumidores; recusa a prover acesso à serviços,

¹² Tradução Livre: O termo "concorrência desleal" era originalmente, e em algumas jurisdições ainda é, um termo de arte. Em primeiro lugar, referiu-se a um ramo da lei que pouco mais do que complementava a lei das marcas técnicas, a saber, marcas comerciais protegidas por terem adquirido significado secundário, i. e., popularidade; embora não cumpram os requisitos da lei legal das marcas. Esse conceito de "concorrência desleal" nos Estados Unidos é o equivalente a "repasse" na Inglaterra. Na Inglaterra, a abordagem judicial de uma ação para impedir um réu de "repassar" seus produtos como os produtos do demandante é idêntica à praticada em uma ação para coibir a violação de uma marca comercial técnica. Nos Estados Unidos, uma ação por violação de marca é o remédio legal para a proteção de marcas técnicas e a concorrência desleal é o remédio análogo para a proteção de nomes comerciais

como uma velocidade de internet, ou uma cartela de artistas em uma plataforma de stream; recusa a entregar, nesse caso a venda inclusive é realizada, mas a empresa informa posteriormente que a área de entrega se encontraria fora do raio de incidência e atuação desta; “ *re-routing*”, o inconstante *looping* que ocorre quando o consumidor tenta acessar, v.g., o site de algum fornecedor de outro país e o site automaticamente o redireciona para a página do seu país, não permitindo acesso àquele conteúdo; e por fim discriminação de preços, que seria precificar de acordo com a localização geográfica do consumidor.

Há quem evoque o artigo 170 da Carta Magna para defender a livre iniciativa do mercado, que se auto regularia de forma automática, devendo se conferir ao máximo autonomia às partes e intervenção mínima por parte do Estado, em específico o seu parágrafo 1º, que aduz que “*É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.*”

Nesse sentido seria imperativo que não houvesse intervenção em uma atividade que se demonstraria tão intrínseca da atividade empresarial, ainda mais se norteando pela análise econômica do Direito no que tangeria a precificação de serviços e produtos.

Por esse prisma parece de fato agressivo que o Estado possa influir qualitativamente na precificação de uma sociedade empresária, devendo ser livre o seu exercício, sendo vedada somente práticas de precificação que sejam previstas em lei. Nesse sentido o Código de Defesa do Consumidor veda expressamente tanto o *geopricing* quanto o *geoblocking*, senão vejamos:

Art. 39. É vedado ao fornecedor de produtos ou serviços, dentre outras práticas abusivas: (Redação dada pela Lei nº 8.884, de 11.6.1994)

I - condicionar o fornecimento de produto ou de serviço ao fornecimento de outro produto ou serviço, bem como, sem justa causa, a limites quantitativos;

II - recusar atendimento às demandas dos consumidores, na exata medida de suas disponibilidades de estoque, e, ainda, de conformidade com os usos e costumes;

(...)

V - exigir do consumidor vantagem manifestamente excessiva;

VI - executar serviços sem a prévia elaboração de orçamento e autorização expressa do consumidor, ressalvadas as decorrentes de práticas anteriores entre as partes;

(...)

IX - recusar a venda de bens ou a prestação de serviços, diretamente a quem se disponha a adquiri-los mediante pronto pagamento, ressalvados os casos de intermediação regulados em leis especiais; (Redação dada pela Lei nº 8.884, de 11.6.1994)

X - elevar sem justa causa o preço de produtos ou serviços. (Incluído pela Lei nº 8.884, de 11.6.1994)

Portanto, superada a questão de que a liberdade para precificar existe, subsistindo à soberania da legalidade, nunca sendo justificável que a liberdade econômica prevista no parágrafo 1º do art. 170 da Carta Magna suprima a eficácia de dispositivos legais que são constitucionais e que devem ser teleologicamente analisados inclusive sobre o prisma da Constituição, diga-se de passagem.

Quanto ao tratamento dos atos de concorrência desleal propriamente ditos, deve-se perscrutar dispositivo da Lei 9279/96, bem como a Lei 12.529/2011. A situação encontra abrigo especificamente no artigo 36 da Lei 12.529/2011, conforme se extrai da leitura:

Art. 36. Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados:

I - limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa;

X - discriminar adquirentes ou fornecedores de bens ou serviços por meio da fixação diferenciada de preços, ou de condições operacionais de venda ou prestação de serviços;

Pode-se perceber perfeita consunção da prática de *geopricing* e *geoblocking* da DECOLAR.COM com os dispositivos acima mencionados, o que podem ser aplicados consoantes com o artigo 195 da Lei 9279 que traz a seguinte redação:

Art. 195. Comete crime de concorrência desleal quem:

(...);

III - emprega meio fraudulento, para desviar, em proveito próprio ou alheio, clientela de outrem;

Conclui-se que as práticas de *geopricing* e *geoblocking* seriam senão manifesto ato de concorrência desleal, ao menos em território nacional, não sendo o escopo do presente trabalho o estudo comparativo do Direito acerca da permissibilidade (ou não) dessas práticas em legislação alienígena.

Estende-se ainda para concluir que, com os consectários do artigo 195 da Lei 9279/1996, em seu inciso III, que a prática de *geopricing* e *geoblocking* pelo grupo DECOLAR.COM ensejou em evidente emprego de meio fraudulento para desvirtuar clientes da BOOKING.COM, dentre outros grupos e sociedades empresárias que atuam nesse ramo, para que, ao optarem por não cometerem eles próprios atos de *geopricing* e *geoblocking*, conseqüentemente afeririam menos vantagens à sua cartela de clientes, que por conseguinte optariam em divulgar suas vagas de hospedagem no site da DECOLAR.COM.

CONCLUSÃO

É incontestável que a tecnologia trouxe grandes confortos e comodidades hodiernos para a nossa sociedade, o advento da internet gerou acessibilidade, integração, enfraquecimento de fronteiras físicas e políticas e popularizou saberes que eram herméticos.

O avanço da tecnologia trouxe vantagens para além da esfera civil do indivíduo, o desenvolvimento e aprimoramento de softwares trouxeram novas práticas mercantis, hoje fala-se em títulos de crédito que perdem a cartularidade pois são digitais, estabelecimentos empresariais totalmente virtualizados sem espaço físico dentre outros baques que o processo legiferante vem tentado acompanhar para que o avanço não seja obstado.

Mas há também a necessidade de se observar e resguardar direitos e fiscalizar o estrito cumprimento de obrigações ante a todos esses avanços que ocasionam em novas vulnerabilidades e necessidades de tutela, novos paradigmas impõe novos cenários que conseqüentemente, se mal-usados, originam novos ilícitos que são atinentes e pontualmente encontrados somente no escopo digital.

O presente artigo analisou a prática de *geopricing* e *geoblocking* do grupo DECOLAR.COM, no período das olimpíadas sediadas no Rio de Janeiro em 2016, em que o grupo empresarial disponibilizou manifesta vantagem para seus clientes argentinos ao adquirir pacotes de hospedagem, tanto no preço quanto na exclusividade das vagas oferecidas.

O ato foi objeto de Ação Civil Pública, em que visava se tutelar os direitos consumeristas quanto dessa discriminação pautada por localização geográfica. Mas o presente artigo demonstrou que há pontos sensíveis que vão além da mera violação ao direito do consumidor.

Os atos de *Geopricing* e *Geoblocking* constituem manifesta ofensa ao livre mercado, incidindo em ato de concorrência desleal, na medida em que a DECOLAR.COM aferiu vantagem para as redes de hospedagem que divulgassem suas vagas em sua plataforma, prometendo precificação heterogênea entre consumidores de países diferentes e até chegando a privar os nacionais de terem acesso a certas vagas de acomodação.

A plataforma BOOKING.COM, que noticiou o ocorrido ao Parquet, teve sua possibilidade de levantar vagas em hotéis para serem divulgadas em sua plataforma reduzidas, na medida em que não praticaria *geopricing* e *geoblocking*, perdendo fatia de mercado e reduzindo sua lucratividade.

A situação encontra perfeita consunção com os artigos 36 da Lei 12.529/2011 consoante com a Lei 9279/1996, concluindo para reconhecer que de fato houve violação à concorrência leal e ao desenvolvimento sadio do mercado.

Informa por fim que o processo tramita em segredo de justiça, mas pela movimentação junto ao site do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro pode-se aferir que há agravo de instrumento pendente de julgamento e que o Parquet interpôs Recurso Especial, não sabendo ao certo por quais razões de direito que julgou pertinente.

REFERÊNCIAS

BEUC. **European Commission's Proposal to Tackle Geo-blocking in the EU**. 2016. Disponível em: https://www.beuc.eu/publications/beuc-x-2016-090_are_beuc_position_paper_geo-blocking.pdf. Acesso em 10.out.2019.

BRASIL. Lei nº13.709 de 14 de agosto de 2018. Lei Geral de Proteção de Dados. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13709.htm. Acesso em: 20 nov. 2019.

BOWER, Joseph. CHRISTENSEN, Clayton M. **Disruptive Technologies: catching the wave**. Harvard Business Review. January-February. 1995. Disponível em <http://danieldalozzo.com/wp-content/uploads/2015/05/disruptive-technologies-catching-the-wave-christensen.pdf>. Acesso em: 20 jul. 2019.

CALLMANN, Rudolf. **Unfair Competition Without Competition?** the importance of the property concept in the law of trade-marks. University of Pennsylvania. Law Review. 1947.

CASTELLS, Manuel. **A sociedade em rede**. Volume 1; 8ª ed. São Paulo: Paz e Terra 2005.

MANOVICH, L. **Estudos do Software**. Texto publicado no catálogo do Festival Internacional de Linguagem Eletrônica – FILE 2008. Disponível em (<http://lab.softwarestudies.com/2008/08/estudos-dosoftware-por-lev-manovich.html>). Acesso 10/10/10.

MIGALHAS. **MP/RJ acusa Decolar.com de manipular preços para discriminar** brasileiros. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI273955,91041-MPRJ+acusa+Decolarcom+de+manipular+precos+para+discriminar+brasileiros> . Acesso em 17.out.2019

SCHUMPETER, Joseph Alois. **Capitalismo, socialismo e democracia**. São Paulo: Unesp,

2016.

TEIXEIRA, Tarcísio. **Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais: Comentado artigo por artigo**. São Paulo: Juspodivm. 2019.

TEIXEIRA, Tarcísio, LOPES, Alan Moreira, TAKADA, Thalles. **Manual Jurídico da Inovação e das Startups**. São Paulo: Juspodivm.2019.

YURI, Debora. **Criada em ambiente digital, Decolar é considerada melhor agência de viagem online e app em pesquisa Datafolha**. Folha de São Paulo.2019 Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/saopaulo/viaja-sp/melhores/2019/05/1987967-criada-em-ambiente-digital-decolar-e-considerada-melhor-agencia-de-viagem-online-e-app-em-pesquisa-datafolha.shtml>. Acesso em 10.out.2019