

NOVOS HORIZONTES NEGOCIAIS NAS PLATAFORMAS DIGITAIS: A CONCORRÊNCIA DESLEAL SOB A PRÁTICA DO GEO-BLOCKING E GEO-PRICING

NEW BUSINESS HORIZONS ON DIGITAL PLATFORMS: UNFAIR COMPETITION UNDER GEO-BLOCKING AND GEO-PRICING PRACTICES

José Carlos Vaz e Dias¹
Leonardo da Silva Sant'Anna²
Gabriel Muller Frazão Keller³

RESUMO

Nos mercados digitais, o *geo-blocking* consiste no bloqueio de acesso a determinadas ofertas em razão da localização geográfica do usuário. Por sua vez, o *geo-pricing* refere-se à precificação de tais ofertas com base no local do usuário da rede. O presente trabalho tem por escopo analisar as implicações dessas práticas no âmbito da concorrência desleal na Internet, em especial o caso da plataforma Decolar.com. Para analisá-las, é necessário que se aborde os elementos técnicos que viabilizam as práticas e a sua relação com as formas de controle de conteúdo na Internet, bem como a receptividade dos agentes econômicos às práticas. Elaborada a análise técnica, examina-se o modelo de negócios da plataforma e os antecedentes da ação civil pública envolvendo a Decolar.com, bem como os aspectos concorrenciais do *geo-blocking* e *geo-pricing*. Utilizam-se as metodologias de estudo de caso e pesquisa qualitativa bibliográfica por intermédio do método de documentação indireta. Dessa forma, confirma-se que o *geo-blocking* e o *geo-pricing* representam meios fraudulentos para desvio de clientela, bem como instrumentos de desqualificação de concorrentes.

Palavras-Chave: Concorrência Desleal; Internet; Geoblocking; Geopricing; Mercados digitais.

ABSTRACT

In electronic commerce, geo-blocking is understood as the blocking of offers considering the geographical location of the internet user. On the other hand, geo-pricing refers to the price setting of said offers in view of the user's location. This study aims to analyse the implications

¹ Professor adjunto em Direito Comercial pela Faculdade de Direito da UERJ. Doutor em Direito pela Universidade de Kent – Inglaterra. Advogado. Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ – Brasil. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-9700-722X> Lattes: <http://lattes.cnpq.br/3595859997857432> E-mail: jose.dias@vdav.com.br

² Professor Adjunto em Direito Comercial pela Faculdade de Direito da UERJ. Doutor em Ciências pela Escola Nacional de Saúde Pública Sérgio Arouca (“ENSP”) da Fundação Oswaldo Cruz (“FIOCRUZ”). Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ – Brasil. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-5192-2844> Lattes: <http://lattes.cnpq.br/6331238684423252> E-mail: lsantanna44@gmail.com

³ Mestrando em Direito na linha de Empresa e Atividades Econômicas da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito da UERJ. Advogado. Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ – Brasil. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-0195-133X> Lattes: <http://lattes.cnpq.br/6056230060669836> E-mail: gm_keller@hotmail.com

of geo-blocking and geo-pricing under the unfair competition law on the internet. To further analyse said practices, one must firstly examine the technical elements regarding both geo-blocking and geo-pricing and their relation to content control in the Internet, as well as the acceptance of economic agents to the practices. Furthermore, this essay will scrutinize the lawsuit involving Decolar.com, investigating its business model and the background of the civil class action against Decolar.com as well as the competition aspects of geo-blocking and geo-pricing in that lawsuit. The methodology used consists in case study and qualitative bibliographical research by means of the method of indirect documentation. Therefore, this work confirms that geo-blocking and geo-pricing denote dishonest means to divert customers as well as instruments to disparage competitors.

Keywords: Unfair Competition; Internet; Geoblocking; Geopricing; Electronic commerce.

INTRODUÇÃO

A maneira como as transações comerciais são realizadas sofreu alterações substanciais nos últimos 20 anos. Isso decorreu, em grande parte, do aumento da participação da internet nas atividades negociais, o que conferiu acesso instantâneo a produtos e serviços oferecidos em diversas partes do mundo. O acesso instantâneo, aliado às facilidades logísticas contemporâneas, possibilita a realização de transações comerciais instantâneas independentemente do local do comprador ou do vendedor.

Essas transações comerciais são completadas por meio de plataformas digitais disponíveis na Internet, nas quais cada usuário possui protocolos específicos que identificam sua origem. É dizer: cada usuário da Internet detém um número de identificação, mais conhecido na denominação anglófona *internet protocol address* ou apenas *IP address*. Quando um usuário usa um navegador de internet para acessar determinado sítio eletrônico, seu protocolo de identificação é compartilhado com o provedor de serviços da internet, que o encaminha ao sítio eletrônico acessado.

Com efeito, reconhece-se que o mundo dos negócios se integrou em um lugar comum e alcançável por um número indeterminado de pessoas. O mercado, símbolo das trocas entre indivíduos, torna-se digitalizado e possibilita trocas comerciais que seriam impossíveis fisicamente. Há, assim, um duplo reforço da importância do mercado: por um lado, aumenta a eficiência das relações comerciais e, por outro, incentiva a tomada de riscos pelos indivíduos.

De outro bordo, o aumento das interações entre oferta e demanda cria dificuldades aos empresários na medida em que aumenta a competição pelos mercados. Por vezes desleal, a competição nos mercados digitais é, em regra, voraz e disruptiva. A disputa de clientela nesses

mercados requer inovação constante e busca por assimetrias face aos concorrentes (BARWISE, 2018, 30). É preciso, assim, que os provedores de serviços na internet invistam em modelos de negócios disruptivos, capazes de identificar as falhas do mercado e de superar a concorrência.

No entanto, um processo de inovação e disputa deve ocorrer em respeito às práticas leais nos mercados. Tal regra deve ser igualmente aplicada às disputas pelos mercados digitais. Embora acirrada, a concorrência não deve violar as expectativas legítimas dos empresários de que os usos e costumes de cada mercado serão respeitados pelos agentes econômicos.

No âmbito da concorrência desleal nos negócios digitais, foram identificadas 2 (duas) práticas comerciais que interferem negativamente na exploração de direitos de propriedade intelectual e distorcem a conquista de clientela. A primeira é o “bloqueio geográfico” e a segunda é a “precificação geográfica de ofertas de bens e serviços”; tais práticas são usualmente conhecidas por sua denominação na língua inglesa *geo-blocking* e *geo-pricing*, respectivamente.

A primeira prática possibilita que fornecedores de produtos ou prestadores de serviços atuantes em plataformas digitais bloqueiem o acesso de determinados conteúdos com base na localização geográfica do usuário que acessa. Por sua vez, a segunda prática consiste na precificação dos conteúdos com base na origem geográfica do usuário.

Esses mecanismos foram viabilizados pelo desenvolvimento das tecnologias de coleta e tratamento de dados disponíveis na Internet. Tal avanço tecnológico permitiu que plataformas de serviços na internet coletem e interpretem informações de usuários com o objetivo de oferecer serviços personalizados aos consumidores.

Evidencia-se, portanto, uma relação assimétrica entre as plataformas digitais e os usuários. Enquanto aquelas têm acesso a informações do possível consumidor, estes veem seu poder de barganha diminuir, pois detêm ainda menos informações para a definição do preço. Nesse sentido, os usuários seriam induzidos a crer que determinada oferta, por ser personalizada, seria mais adequada aos seus interesses. Como consequência, os usuários tenderiam a aceitar com mais facilidade o preço determinado pela plataforma.

No contexto dessa assimetria, entendida como o desequilíbrio de partes de determinada relação (TALEB, 2018, p. 207), certos modelos de negócio elaboraram mecanismos para bloquear e/ou precificar a oferta de bens e serviços na internet sob o argumento de oferta de serviços personalizados. Dois desses mecanismos, o *geo-blocking* e o *geo-pricing*, serão abordados no presente artigo.

O exame aprofundado desses mecanismos se justifica tendo em vista as implicações concorrenciais que sua utilização nos mercados digitais pode causar. Por um lado, tais práticas representam a inovação e a o aproveitamento de uma relação assimétrica em face dos consumidores e dos concorrentes, isto é, são resultado da tomada de risco do empresário em uma economia de livre mercado. Por outro, podem representar a exploração desleal dessas assimetrias.

É necessário, portanto, verificar se as práticas de *geo-blocking* e *geo-pricing* são práticas concorrenciais desleais e se violam as práticas usuais dos mercados digitais. Nesse sentido, o presente artigo visa a compreender os aspectos técnicos desses mecanismos e sua relação com o controle de conteúdo na Internet, bem como analisar a receptividade dos agentes econômicos às práticas.

No mesmo sentido, objetiva-se entender quais as implicações das práticas de *geo-blocking* e *geo-pricing* sobre a concorrência no mercado de turismo na Internet. Entendidas as implicações das práticas no âmbito concorrencial, deve-se identificar se tais mecanismos podem ser interpretados como atos de concorrência desleal.

Para tanto, adotou-se o método de pesquisa qualitativa bibliográfica por intermédio do método de documentação indireta a fim de se identificar os aspectos técnicos relacionados ao *geo-blocking* e ao *geo-pricing*, bem como a receptividade dessas técnicas nas práticas comerciais digitais e suas relações com o controle de conteúdo na Internet. O método de estudo de caso também foi adotado, tendo como objetivo formar compreensão sobre as práticas adotadas pela plataforma *Decolar.com* e se podem ser entendidas como concorrência desleal no mercado de turismo na Internet.

O presente trabalho divide-se em duas seções principais. Em primeiro lugar, os aspectos técnicos e mercadológicos relacionados ao *geo-blocking* e ao *geo-pricing* são analisados. Em segundo lugar, passa-se ao estudo de caso da ação civil pública (“ACP”), ajuizada pelo Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro (“Ministério Público”) em 2018, em face da sociedade empresária *Decolar.com* visando a apurar supostas práticas desleais contra o consumidor e a concorrência.⁴ Por fim, o artigo analisa se as práticas adotadas pela *Decolar.com* podem ser interpretadas como atos de concorrência desleal.

⁴ Processo número 0018051-27.2018.8.19.0001, ajuizado em 25 de janeiro de 2018, em curso perante a 7ª Vara Empresarial da Comarca da Capital do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (“TJRJ”).

1. GEO-BLOCKING E O GEO-PRICING: ASPECTOS TÉCNICOS E SUA INSERÇÃO NO E-COMMERCE

1.1. Quais tecnologias viabilizam o *geo-blocking* e o *geo-pricing*?

Com o principal propósito de facilitar a comunicação, a Internet consiste em uma abstração de redes interligadas que permite a coordenação dessas redes (COMER, 2014, p. 2). Tal tecnologia de interligação teve início na década de 1970 e hoje se expande a todos os Estados, embora haja limitações em alguns. De acordo com a União Internacional de Telecomunicações, no final de 2018, 51,2% da população mundial, isto é, 3,9 bilhões de pessoas usavam a internet e quase 60% das residências possuíam acesso à rede (INTERNATIONAL COMMUNICATIONS UNION, 2018, p. 2).

Para possibilitar a interconexão das redes em larga escala, a Internet necessita de determinados padrões que a tornam independente dos elementos físicos dos computadores, isto é, do *hardware* dos fabricantes de computadores. No contexto do *geo-blocking* e do *geo-pricing*, os protocolos mais relevantes são os protocolos de TCP, *Transmission Control Protocol*, e IP, *Internet Protocol*. Tais padrões especificam os detalhes das comunicações entre computadores e permitem a coordenação das redes (COMER, 2014, p. 2).

No momento em que um usuário busca pelo endereço eletrônico de um site em seu navegador, os protocolos de TCP/IP passam a ganhar relevância. Isso porque uma requisição de acesso é enviada ao servidor que hospeda o referido sítio eletrônico. Em seguida, tal servidor envia uma requisição de localização ao provedor de serviços de geolocalização, que detém uma base de dados de endereços de IP (SVANTESSON, 2007, p. 2).

Para que o *geo-blocking* e o *geo-pricing* sejam implementados é preciso, portanto, localizar o usuário no mundo e tal localização se dá mediante a identificação do endereço de IP, único para cada usuário. Há diversos métodos para geolocalizar um usuário na internet, sendo o principal aquele em que o próprio usuário compartilha sua localização com o sítio eletrônico para que este possa customizar o conteúdo oferecido. Esse modelo de geolocalização é utilizado, principalmente, para publicidade na internet (BURNET, 2012, p. 465).

Por outro lado, o desenvolvimento das tecnologias de geolocalização permitiu que os IP fosse identificado sem a necessidade de consulta ao usuário e com maior precisão. O provedor de serviços é capaz de identificar o endereço de IP e o compara com outros endereços de IP previamente coletados e armazenados em base de dados para estimar a localização do usuário. No entanto, tal tecnologia sofre limitações, especialmente em vista das tecnologias de IP

dinâmico, que alteram com regularidade os endereços de *IP*, deforma que os computadores não permanecem com endereços de *IP* fixos (BURNET, 2012, p. 466).

Um terceiro método para se verificar a localização geográfica de um usuário da internet compreende a medição do tempo levado entre o envio de uma mensagem ao usuário e o recebimento de uma resposta, conhecido comumente como *ping* (BURNET, 2012, p. 470). Embora esse método seja tecnicamente preciso, sua implementação sofre reservas por parte dos agentes econômicas. Isso porque a intensidade de tráfego de rede necessária para realizar as medições é, por vezes, entendida pelos servidores como potencial invasão *hacker* (MUIR; OORSHOT, 2009, p. 10).

Por intermédio dessas tecnologias, agentes econômicos nos mercados digitais identificaram uma assimetria capaz de otimizar sua atividade empresarial. Se, por um lado, as tecnologias permitem customizar determinadas ofertas a depender da localização geográfica de um usuário (MUIR; OORSHOT, 2009, p. 1), por outro, cresce a sensação de que a internet deixa de ser um espaço de comunicação sem fronteiras (BURNET, 2012, p. 464).

No ponto, deve-se ponderar a legalidade e os aspectos concorrenciais relacionados à geolocalização. Embora exista aparente aceitação da população quanto à customização dos conteúdos oferecidos na Internet com base na localização geográfica do usuário, há que se questionar a legalidade da utilização desses dados sem ou com consentimento do usuário.

Do ponto de vista comercial, a geolocalização cumpre função primordial de redirecionar o usuário para conteúdos próximos e formulados na língua do território em que o conteúdo é acessado. Posteriormente, com o desenvolvimento da tecnologia, a função comercial se intensificou; o redirecionamento passou a ser usado para veicular publicidade dessas ofertas fisicamente próximas (TRIMBLE, 2012, p. 587).

Mais recentemente, a geolocalização permitiu que agentes econômicos que oferecem produtos e serviços na Internet filtrem os usuários que terão acesso às ofertas, o que passou a ser conhecido como *geo-blocking*. Concomitantemente, foi identificado também que seria possível precificar produtos ou serviços com base na localização geográfica dos usuários. Com efeito, a exploração dessa assimetria voltou-se contra os consumidores, que passaram a perceber a redução e/ou precificação diferente de ofertas na Internet.

Em vista disso, é possível afirmar que o *geo-blocking* e o *geo-pricing* inauguraram um novo modelo de negócios nos mercados digitais. Passa-se, assim, ao estudo das influências desse novo modelo de negócios no comércio eletrônico.

1.2. Aplicações do *geo-blocking* e do *geo-pricing* nas transações comerciais na internet

Como visto, a implementação do *geo-blocking* e o *geo-pricing* nos mercados digitais inaugurou um novo modelo de negócios. Esse modelo aproveita uma assimetria na relação de consumo, já que as plataformas que oferecem produtos e serviços na Internet detêm informações adicionais sobre os usuários e potenciais consumidores. Em consequência, esse modelo de negócios acaba por gerar uma segunda relação de assimetria, esta ligada à concorrência entre os agentes econômicos.

No entanto, antes de examinar as consequências concorrenciais da adoção do *geo-blocking* e do *geo-pricing* nos mercados digitais, deve-se aprofundar o contexto em que tais práticas estão inseridas. Ao longo dos últimos anos, o comércio eletrônico passou por severos desenvolvimentos em vista dos avanços tecnológicos no campo da tecnologia da informação. Esses avanços, por sua vez, permitem a integração cada vez mais notória da sociedade ao meio virtual, inclusive das trocas comerciais.

Nesse contexto, é apropriado comentar que a precificação geográfica no *e-commerce* se insere no âmbito da inteligência dos preços, em que redes varejistas monitoram em tempo real os preços de competidores. Esse tipo de monitoramento é incentivado por plataformas de intermediação de vendas e prestação de serviços na internet, como *Amazon* e *eBay*⁵.

Por outro lado, os avanços tecnológicos da tecnologia da informação igualmente possibilitaram o fortalecimento de estruturas de controle e filtragem do conteúdo disponibilizado na Internet. Entendida originalmente como um espaço aberto (COMER, 2014, p. 2), até mesmo impossível de regulação, a Internet passou a ser objeto de maiores esforços de controle do conteúdo disponibilizado. Como exemplos desses esforços, deve-se citar a possibilidade de remoção de conteúdo ilícito e, mais recentemente, a indisponibilização de conteúdo para combate à disseminação de notícias falsas ou *fake news*.

Tradicionalmente a indisponibilização de conteúdo está relacionada ao esforço de agentes estatais na supressão de informações indesejáveis de conhecimento público, a exemplo do *Great Firewall* da República Popular da China. No entanto, o crescimento vertiginoso das sociedades empresárias de tecnologias, comumente conhecidas como *big tech*, é fato social que clama igualmente atenção jurídica quanto ao controle de conteúdo que tais agentes realizam.

É nesse contexto de desconcentração da produção e divulgação de informação que as práticas de *geo-blocking* e o *geo-pricing* se inserem. Em realidade, o *geo-blocking* permite o

⁵ Disponível em: <https://inplayer.com/articles/geo-pricing/>. Acesso em 16/06/2019.

controle do conteúdo que determinados usuários podem acessar na Internet com base na sua localização geográfica. O *geo-blocking*, a seu turno, representa uma consequência mercadológica desse controle de conteúdo na medida em que fundamenta a precificação distinta de produtos e serviços.

Do ponto de vista consumerista, o controle de conteúdo consubstanciado nas práticas de *geo-blocking* e *geo-pricing* pode ser considerado abusivo. Isso porque esse controle pode representar uma ofensa à isonomia e à não-discriminação, já que o consumidor se encontra em posição manifestamente desigual nas plataformas em rede. Com efeito, as práticas podem possibilitar a criação de grupos de consumidores favorecidos em prejuízo de outros a depender de sua localização geográfica.

Esse critério de favorecimento de determinados consumidores não parece razoável nem adequado à proposta constitucional brasileira, o que, a princípio, autorizaria a adoção de medidas judiciais para remediá-lo. Isso porque um dos objetivos da tutela jurídica das relações do consumo é garantir o equilíbrio, igualdade e sinalagma nos contratos de consumo (MARQUES; BENJAMIN; MIRAGEM, 2013, p. 281).

Há que se frisar, todavia, que o *geo-blocking* e o *geo-pricing* não são necessariamente instrumentos ilícitos e que seu exame de legalidade deve ser efetuado à luz das especificidades do caso concreto. Não faltam exemplos que demonstram a importância, quiçá necessidade, de aplicação dessas práticas para o atendimento a disposições legais ou contratuais. Cita-se, nesse sentido, o uso dos mecanismos para assegurar o respeito aos direitos autorais (BURNET, 2012, p. 473).

Essa aplicação é frequente na indústria do entretenimento tendo em vista que a negociação de licenças de distribuição e uso comercial podem estar limitadas ao espaço geográfico de reprodução da obra. O objetivo dessa aplicação é evitar a violação dos direitos autorais, que ocorre quando um provedor de serviços na Internet permite que usuários descarreguem filmes sem possuírem licenças de distribuição ou de uso (BURNET, 2012, p. 463).

A título de exemplo, pode-se mencionar as limitações geográficas impostas pela plataforma de reprodução de filmes e séries *Netflix*. Apesar das reclamações de usuários, a medida visa à proteção dos direitos autorais⁶

⁶ Disponível em: <https://skopemag.com/2019/03/06/geo-blocking-how-and-why-netflix-does-it>. Acesso em 16/06/2019.

Além dessa aplicação, o *geo-blocking* facilita o cumprimento de regulações transnacionais por parte de prestadores de serviços ou bens na internet. Tal medida é especialmente relevante, pois cada Estado define as normas aplicáveis com base no princípio da territorialidade (BURNET, 2012, p. 473). Assim, o *geo-blocking* é utilizado como meio para aperfeiçoar a adequação dos agentes econômicos na internet às normas internas de cada Estado onde atuam.

Outra aplicação do *geo-blocking* consiste no bloqueio ao acesso a conteúdo de jogos de apostas *online* para evitar ou restringir fraudes nas apostas, bem como no combate às fraudes envolvendo cartões de crédito (TRIMBLE, 2012, p. 587).

Como visto, as aplicações do *geo-blocking* têm abrangência global e não ocorrem apenas no Brasil, mas em outras jurisdições. Na União Europeia, a discussão envolvendo o bloqueio geográfico de ofertas de bens e serviços tomou proporções relevantes com a edição do Regulamento nº 302/2018.

O art. 3º do referido Regulamento veda que comerciantes bloqueiem, restrinjam ou redirecionem, por meio de medidas tecnológicas ou de qualquer outro modo, o acesso dos clientes às interfaces de rede em virtude da nacionalidade, do local de residência ou do local de estabelecimento dos clientes.

Em vista disso, observa-se que o *geo-blocking* é utilizado com duas finalidades principais. A primeira consiste na limitação do acesso de ofertas por determinados usuários a fim de valorizá-las economicamente. Por outro lado, o bloqueio geográfico também é utilizado como mecanismo de adequação legal e contratual (BURNET, 2012, p. 464).

Aliado ao bloqueio geográfico, é possível encontrar a precificação de ofertas de bens ou serviços em virtude da localização do usuário (TRIMBLE, 2012, p. 589). Tal conduta busca definir preços para encontrar o “preço ótimo” para determinado mercado inserido na economia global. Isso significa que, a depender da vontade de consumo de usuários de determinado local, o mesmo bem ou serviço pode ser mais barato ou mais caro.

Recentemente, a Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (“OCDE”) publicou estudo sobre o *geo-pricing* como forma de personalizar o preço de determinado ativo. Nesse trabalho, a Organização citou definição de 2013 do extinto “*Office of Fair Trading*” do Reino Unido:

(...) the practice where businesses may use information that is observed, volunteered, inferred, or collected about individuals’ conduct or characteristics, to set different prices to different consumers (whether on an individual or group

basis), *based on what the business thinks they are willing to pay*. (REINO UNIDO DA GRÃ-BRETANHA E IRLANDA DO NORTE, 2013, p. 2)

Observa-se, portanto, que há 3 (três) tipos de informações relevantes para a definição de um preço personalizado, a saber as informações observadas pelo empresário, as informações voluntariadas pelos usuários e, por fim, as informações inferidas a partir do comportamento do consumidor (ORGANIZAÇÃO PARA COOPERAÇÃO ECONÔMICA E DESENVOLVIMENTO, 2018, p. 10). Com os avanços tecnológicos que permitem a aplicação do *geo-pricing*, a definição dos preços passa a contar com informações mais precisas a respeito dos potenciais consumidores.

Dessa forma, a tecnologia que viabiliza o *geo-pricing* revoluciona o mercado e a definição dos preços, pois, tradicionalmente, entende-se que os empresários não detêm controle sobre as quantidades de oferta e demanda em um mercado. (GÉNÉREUX, 2014, p. 83). Capaz de suplantando essa limitação material de conhecimento das ofertas e demandas disponível em um mercado, o processamento de informações do *big data* permite que o conjunto de informações disponíveis seja coletado, armazenado e interpretado (CAMPELLO; OLIVEIRA, 2018, p. 173).

A definição do preço é essencial para qualquer empresário, amparando-se no princípio econômico do custo total. Tal postulado prevê que o processo de decisão empresarial deve ter como objetivo principal a definição do preço (LUCINDA; AZEVEDO, 2017, p. 218). Do ponto de vista econômico, a precificação em razão da localização geográfica do consumidor é interessante, já que permite ao empresário repassar os custos advindos do transporte ao comprador⁷.

Embora a liberdade de precificação seja elemento nuclear o princípio da livre iniciativa (SARLET, 2015, p. 247), é necessário que essa precificação não resulte em vantagens concorrenciais ilícitas para o agente econômico que a aplique em seu modelo de negócio.

Do ponto de vista concorrencial, há indícios de que as práticas de *geo-blocking* e *geo-pricing* possam ser consideradas desleais, já que o fato de concorrentes não adotarem medidas para customização de ofertas de produtos e serviços pode ser usado como instrumento de difamação pela sociedade empresária que faz uso desses mecanismos. Ademais, essa discriminação territorial e de preços pode ser entendida como mecanismo de supressão de concorrência, violando as expectativas de lealdade no mercado (BARBOSA, 2017, p. 457); (VERMEER, 2001, p. 88-90).

⁷ Disponível em: <https://www.retailcustomerexperience.com/articles/the-customer-centric-retail-pricing-zone/>. Acesso em 16/06/2019.

No Brasil, a discussão sobre os aspectos concorrenciais das práticas de *geo-blocking* e *geo-pricing* está intimamente relacionada à ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro em face da *Decolar.com*, analisada a seguir.

2. ESTUDO DE CASO: DECOLAR.COM

2.1. Análise do modelo de negócios da Decolar.com e antecedentes da ACP

Inicialmente, esclarece-se que a Decolar.com Ltda. é uma pessoa jurídica de direito privado, inscrita no CNPJ sob nº 03.563.689/0002-31, cadastrada no Ministério do Turismo sob nº 26.012747.10.0001-6 e atuante no Brasil desde 14/12/1999. A sociedade é originária da Argentina, onde atua com o nome “Despegar”, marca que é utilizada mundialmente e, especialmente, na América hispanófono.

Em 1999, ano de lançamento, o modelo de negócios da sociedade empresária possuía por objetivo intermediar a venda de passagens aéreas. Dezoito anos depois, em 2017, a Decolar expandiu seus mercados para oferecer também ofertas de hotéis, aluguel de veículos automotores e provedores de serviços locais de destinação na América Latina.

Tratando-se de plataforma eminentemente digital, a Decolar acompanhou o crescimento vertiginoso do acesso à tecnologia e às redes móveis na América Latina, tornando-se o aplicativo de viagens mais “baixado” na região, responsável por aproximadamente 54% dos acessos dos usuários e por aproximadamente 30% de todas as transações⁸.

Desta feita, é possível notar que a plataforma expandiu rapidamente e se tornou intermediadora não só de compra e venda de passagens aéreas, mas de grande parte das atividades contidas no mercado turístico. Nesse sentido, os Termos e Condições Gerais⁹ esclarecem que a Decolar.com é agência de viagens on-line que disponibiliza plataforma tecnológica para prestadores de serviços turísticos oferecerem serviços aos usuários.

Na página referente à relação com os investidores, a Despegar inclui aba com informações sobre o grupo econômico. Uma dessas informações contém explicações sobre as vantagens estratégicas e competitivas da plataforma. Dentre as vantagens competitivas, a Despegar afirma ser a agência de viagens online líder do mercado latino-americano e

⁸ Conforme referências e números apresentados pela Despegar na aba “Sobre Despegar” do site de relações com investidores da Despegar: < <https://investor.despegar.com/about-despegar/corporate-profile/default.aspx>>. Acesso em 20/05/2019.

⁹ Disponível em: <<https://comercial.decolar.com/br/termsandconditions>>. Acesso em 20/05/2019.

fundamenta a afirmação em diversos argumentos. Para o presente estudo, há que se lançar luz sobre a *Powerful Data and Analytics Platform*:

*Our large web and mobile audience and transaction volume generate a significant amount of data that allows us to better understand our customers and provide personalized travel offerings and also helps us to drive our sales, marketing and operational strategy. Currently, the majority of visitors to our platform see a personalized landing page based on such factors as user account information, past search and purchasing history and geolocation. We believe that this personalization of the user experience increases engagement and likelihood of purchase.*¹⁰

Pela atenta leitura do trecho, é possível apontar que a página do site da Decolar é personalizada para a maioria dos usuários levando-se em consideração as informações da conta, pesquisas passadas, histórico de compras e, principalmente, a geolocalização do usuário.

Ainda, a apresentação corporativa do primeiro quadrimestre de 2019 traz dados sobre o investimento de USD 210.000.000,00 (duzentos e dez milhões de dólares) em tecnologia e desenvolvimento de produtos nos últimos 3 anos. No gráfico referente à análise dos dados coletados, a *Despegar* informa que a geolocalização é uma das estratégias de personalização e de venda cruzada para entender melhor os consumidores locais e preferências de viagens¹¹.

Em outra seção relativa à política de privacidade, a Decolar confirma a coleta de dados dos usuários, especialmente quanto à localização geográfica, e traz lista de informações que são coletadas pela plataforma. Primeiramente, as informações proporcionadas pelo usuário, isto é, informações voluntariadas, por exemplo nome e endereço.

Em segundo lugar, as informações proporcionadas por terceiros, que são informações pessoais do usuário obtidas por meio de entidades afiliadas, parceiros comerciais ou terceiros independentes. A plataforma ressalva que essa segunda categoria é combinada com a primeira.

Em terceiro lugar, as informações recolhidas pelos sistemas da Decolar.com. Conforme trecho extraído da aba de política de privacidade: “Tais informações podem incluir a URL da qual provêm (estejam ou não no Site da Decolar), a URL que acessam frequentemente, o navegador que utilizam e seus endereços IP, bem como os sites visitados e as buscas realizadas.”¹².

¹⁰ Disponível em: <https://investor.despegar.com/about-despegar/strategy-and-competitive-advantages/default.aspx>. Acesso em 16/06/2019.

¹¹ Disponível em: < https://s22.q4cdn.com/820444807/files/doc_presentations/2019/05/Despegar-Corporate-Presentation-May-2019.pdf>. Acesso em 30/06/2019.

¹² Disponível em: <https://comercial.decolar.com/br/confidentiality>. Acesso em 16/06/2019.

Evidencia-se, portanto, que informações relativas à localização do usuário são compartilhadas, visto que o endereço de *IP* é coletado que, como analisado anteriormente, é uma das modalidades de geolocalização do usuário. Ademais, convém assinalar que o site coleta também os sites visitados e buscas realizadas pelo usuário.

Adiante, a política de privacidade da plataforma explica qual a finalidade das informações coletadas, sendo a primeira o gerenciamento da reserva turística, inclusive no que tange às transações, faturas e documentos fiscais.

Considerando a suspeita de discriminação aos consumidores brasileiros, a sociedade empresária *Booking.com* Brasil Serviços de Reserva de Hotéis Ltda. – concorrente da Decolar.com -, ofereceu representação ao Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, na qual apresenta comparativos de preços e ofertas de sua concorrente produzidos a partir de atas notariais feitas em cartórios brasileiros e argentinos.

A relação entre as sociedades empresárias não se inicia com a Representação. A representante *Booking*, originária dos Países Baixos, também atua no mercado de agências de turismo online desde 1996. Presente em mais de 70 países, a *Booking* reivindica ser a líder mundial em reservas online de acomodações. Assim como a *Despegar*, controladora da Decolar.com, a *Booking* é uma sociedade anônima aberta, listada a seu turno na NASDAQ.

A Representação, cadastrada sob nº 2016.00469124, foi distribuída à 4ª Promotoria de Justiça de Defesa do Consumidor e do Contribuinte da Capital. Na fundamentação, a *Booking* afirma que possui modelo de negócios distinto daquele desempenhado pela Decolar.com, visto que atua exclusivamente na intermediação entre fornecedores e consumidores para fins de hospedagens. Assim, não define os preços, nem a disponibilidade das acomodações, tais tarefas seriam de responsabilidade exclusiva do anunciante.

Por sua vez, a *Booking* alega que o modelo de negócios da Decolar.com consistiria na referida intermediação, mas também na reserva de hospedagens a fim de revendê-las ao consumidor final. Dessa forma, a plataforma poderia obter receita mediante a venda ao consumidor por preço maior do que aquele comprado anteriormente.

Ainda, a *Booking* relata que a Decolar.com faria uso de ferramenta de geolocalização dos usuários, por meio da identificação do *IP*, a fim de que possa determinar o preço das ofertas diferenciá-lo com base na localização do consumidor. Tal prática resultaria em discriminação do consumidor brasileiro, visto que acomodações estariam ofertando preços distintos para brasileiros e estrangeiros em mesmo período. Alega que a diferença de preços atinge até 30%.

Por sua vez, no contexto do *geo-blocking*, a ferramenta estaria sendo utilizada para bloquear acomodações aos usuários brasileiros em períodos de grande movimentação turística, por exemplo, as Olimpíadas do Rio de Janeiro em 2016. No âmbito da concorrência desleal, a *Booking* alega que apenas a Decolar teria capacidade para implementar o *geo-blocking* e o *geo-pricing*, o que criaria uma situação de infração às normas concorrenciais e deslealdade.

Instruída a representação, a 4ª Promotoria de Justiça de Defesa do Consumidor e do Contribuinte da Capital entendeu que não havia lesão ao consumidor coletivamente considerado que ensejasse a necessidade de ampla defesa e contraditório à Decolar.com.

Ainda, segundo a 4ª Promotoria, a mera prática de *geo-pricing* não é, por si só, abusiva, pois é diretamente relacionada à natureza da atividade no mercado turístico, que depende, em larga escala, das peculiaridades de cada consumidor. Assim, o promotor indeferiu a instauração de inquérito civil para averiguação dos fatos.

Após a decisão, a *Booking* interpôs recurso ao Conselho Recursal do Conselho Nacional do Ministério Público. Ao contrário do entendimento esboçado pela 4ª Promotoria, o procurador relator Cláudio Henrique da Cruz Viana opinou no sentido de dar provimento ao recurso para determinar a instauração de inquérito civil.

Segundo a opinião do relator, havia indícios mínimos de lesão aos interesses e direitos difusos dos consumidores nos termos do art. 81, I, do Código de Defesa do Consumidor¹³, visto que o *geo-pricing* parece criar discriminação entre consumidores brasileiros e estrangeiros.

Dado o crescimento da participação do *e-commerce* nas relações de consumo, o relator considerou que o Ministério Público deve zelar pelo bem-estar do consumidor. Com efeito, a discriminação seria vedada pelos artigos 6º, II e IV e art. 39, V e X, do CDC. O procurador ressaltou que as pesquisas de mercado apresentadas pela *Booking* são relevantes, pois foram realizadas utilizando os mesmos parâmetros de forma simultânea em notários no Brasil e na Argentina. Além disso, o relator determinou o envio de ofício ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica (“CADE”) para que fosse averiguada a ofensa às normas concorrenciais, especialmente aquelas previstas no art. 36 da Lei nº 12.529/2011.

Ademais, a decisão fundamentou-se na relevância da discussão referente ao uso dos dados dos usuários coletados por plataformas na internet. Esse fato também pode representar violação à isonomia nas relações de consumo e à concorrência.

¹³ Lei nº 8.078 de 1990, Código de Defesa do Consumidor.

Assim, a Representação foi encaminhada para a 5ª Promotoria de Justiça de Tutela Coletiva de Defesa do Consumidor e do Contribuinte da Capital do Rio de Janeiro, na qual foi instaurado o inquérito civil nº 347/2016. Com amparo na representação da Booking e nos elementos apurados no referido inquérito civil, o Ministério Público ajuizou em 25/01/2018 a Ação Civil Pública nº 0018051-27.2018.8.19.0001, distribuída à 7ª Vara Empresarial da Comarca da Capital do Rio de Janeiro, requerendo que a Decolar.com se abstinhasse de promover qualquer discriminação injustificada de consumidores brasileiros e no exterior, bem como se abstenha de permitir que hotéis brasileiros discriminem qualquer consumidor com base na origem geográfica sob pena de multa diária de R\$ 10.000,00 (dez mil reais).

Além disso, o *parquet* requereu que a plataforma fosse determinada a manter cadastro atualizado com nome, endereço e telefone de clientes atuais e passados que tenham sofrido a prática de *geo-blocking* desde 2013 sob pena também de R\$ 10.000,00 (dez mil reais). Ainda, foi requerido que a Decolar informasse aos consumidores de decisões proferidas na ação civil pública mediante correio eletrônico e aviso, legível e chamativo, na página inicial do site.

Relativamente aos pedidos de reparação e de indenização, o MP aduziu pedido de indenização dos danos materiais e morais sofridos pelos consumidores individualmente considerados. Do ponto de vista dos consumidores coletivamente considerados, o pedido orbita a cifra de R\$ 57.000.000,00 (cinquenta e sete milhões de reais) a ser revertido ao Fundo de Reconstituição de Bens Lesados previsto no art. 13 da Lei nº 7.347/85¹⁴.

Em sede de tutela de urgência, o MP reforçou os pedidos de abstenção de práticas discriminatórias e de permissão de práticas discriminatórias por hotéis com base na origem geográfica do consumidor. Adicionalmente, a manutenção de cadastro de clientes que sofreram discriminação geográfica desde 2013 a informação aos consumidores mediante *e-mail* e aviso na página inicial do site também foram requeridas em pedido liminar.

Em 26 de janeiro de 2018, o juiz Ricardo Lafayette Campos indeferiu os pedidos de tutela de urgência formulados pelo MPE-RJ sob o entendimento de ser necessário melhor elucidação sobre a existência ou não das práticas de *geo-blocking* e *geo-pricing*. De acordo com a decisão, a mera diferenciação de preços ou indisponibilidade de habitações não significa necessariamente que tais práticas estejam sendo realizadas.

¹⁴ Lei nº 7.347/1985, art. 13: “Havendo condenação em dinheiro, a indenização pelo dano causado reverterá a um fundo gerido por um Conselho Federal ou por Conselhos Estaduais de que participarão necessariamente o Ministério Público e representantes da comunidade, sendo seus recursos destinados à reconstituição dos bens lesados.”

A referida decisão foi recorrida pelo MP em agravo de instrumento, cadastrado sob o nº 0008914-24.2018.8.19.0000, distribuído à 27ª Câmara Cível sob relatoria do desembargador João Batista Damasceno. Em decisão monocrática, o desembargador relator indeferiu o pedido de atribuição de efeito suspensivo, afirmando que o deferimento de tutela de urgência é medida excepcional e que, no caso concreto, haveria necessidade de oitiva da Decolar.com.

Posteriormente, a decisão foi confirmada pela 27ª Câmara Cível quando do julgamento do agravo de instrumento. Contra tal acórdão, o MPE-RJ interpôs recurso especial, no qual ainda não foi realizado exame de admissibilidade pela 3ª Vice-Presidência do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.

Tendo em vista o caráter confidencial de informações juntadas ao processo pela Decolar.com, bem como o risco de apropriação de tais informações por concorrentes, a Ré requereu a decretação de segredo de justiça. Em 19 de março de 2018, o juiz Ricardo Lafayette Campos deferiu o pedido de segredo de justiça.

Considerando que tal decisão não se encontra no rol do art. 1.015 do CPC, o MP impetrou mandado de segurança, registrado sob nº 0033948-98.2018.8.19.0000, distribuído por dependência à 27ª Câmara Cível, sob relatoria do desembargador João Batista Damasceno. Embora o *mandamus* encontre-se em segredo de justiça, em consulta ao site do TJRJ, é possível identificar que a segurança foi denegada em sessão de julgamento de 29 de maio de 2019. Até o momento de elaboração deste trabalho, o *parquet* não recorreu do acórdão.

A ação civil pública permanece em segredo de justiça, confirmado pela 2ª instância do TJRJ. Apesar disso, é possível identificar na consulta processual que o processo, embora não esteja suspenso, aguarda o julgamento do recurso especial interposto contra acórdão que negou provimento ao agravo de instrumento do MPE-RJ, bem como o trânsito em julgado do acórdão que denegou a segurança pleiteada pelo *parquet* no que tange à decretação de segredo de justiça. Dessa forma, pode-se inferir que o processo ainda não se encontra na fase probatória.

Não obstante o fato de a *Booking* ter apresentado argumentos relativos à concorrência desleal supostamente praticada pela Decolar.com, o tema não foi debatido com profundidade pelo d. MP. Portanto, a discussão envolve principalmente a tutela das relações de consumo.

Apesar do enfoque consumerista, a ação civil pública sugeriu haver, também, concorrência desleal por violação ao art. 195, III, da LPI. Isso porque o *geo-blocking* e o *geo-pricing* poderiam ser qualificados como meios fraudulentos para desviar clientela. Elas desqualificam as marcas da Booking no sentido de atrelá-las aos negócios estritamente realizados com hotéis, que poderiam ser classificados como “segunda categoria”.

2.2. Aspectos do *geo-blocking* e do *geo-pricing* na concorrência desleal

É importante explicitar que a tutela judicial da concorrência está prevista nos artigos 195 e 209 da LPI, decorrentes da livre iniciativa e da livre concorrência. Do ponto de vista constitucional, observa-se que um dos elementos constitutivos da livre iniciativa é a liberdade de empresa (BARROSO, 2001, p. 189), que envolve, dentre outros fatores, a liberdade de precificar determinado bem ou serviço oferecidos ao público (SARLET, 2015, p. 247).

Embora o ordenamento jurídico proteja os ativos imateriais diferenciadores como forma de impulsionar a concorrência e o desenvolvimento econômico (CARVALHO, 2009, p. 21), é imperativo que tal diferenciação não faça uso de meios fraudulentos nem desvie clientela de outros concorrentes. Isso porque o inciso III do referido art. 195 da LPI tipifica o emprego de meio fraudulento para desviar clientela como conduta desleal (INSTITUTO DANNEMANN SIEMSEN, 2013, p. 445,446).

Além disso, não deve o agente econômico veicular informações falsas acerca de seus concorrentes com o propósito de desqualificá-los perante os consumidores (NIMS, 1933, p. 67). Essa prática também é reprovada pelo ordenamento jurídico brasileiro na esfera penal nos incisos I e II da LPI (CERQUEIRA, 2010, p. 285)¹⁵ e na esfera cível no art. 209 da LPI. Genericamente, a conduta é reprimida pelo art. 186 do Código Civil, que trata dos atos ilícitos (PEREIRA, 2019, p. 548).

Como visto, a ação civil pública teve origem em representação de concorrente da Decolar.com, a Booking. Esse fato, em si considerado, é relevante para tecer considerações acerca da conformidade dos atos empreendidos pela Decolar.com com os usos e costumes do mercado de intermediação de venda de passagens e reserva de hospedagens *online*. Isso parece demonstrar que houve uma violação a tais usos e costumes, já que um dos concorrentes ofereceu a representação perante o MP.

Nessa perspectiva, há indícios de que o uso de ferramentas de bloqueio e precificação de ofertas não é aceito nesse mercado, pois pode evidenciar a incapacidade da Booking em oferecer os melhores serviços que são decorrentes de hotéis de ponta no território brasileiro. Esse fato denigre a marca perante os consumidores e configura concorrência desleal, na medida em que práticas desleais no comércio são utilizadas para a conquista de clientela alheia.

¹⁵ A doutrina brasileira reconhece tais condutas como hipóteses de “denegrimento”, isto é, atos capazes de prejudicar a reputação de um concorrente, de seus produtos, de seu estabelecimento e, até mesmo, do próprio empresário.

Na petição inicial da ação civil pública movida pelo Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, a questão da concorrência desleal foi abordada de forma singela, pois o foco do MP era, à época, a defesa dos interesses dos consumidores:

O geoprising e o geoblocking representam, ainda, práticas de concorrência desleal, uma vez que, além de incentivar os hotéis a efetuar as referidas condutas, causam prejuízos a outras empresas do setor de plataformas intermediárias que não se beneficiam da ilicitude. Nesse sentido, há clara adequação ao artigo 195, III, da Lei n.º 9.279/1996: Art. 195. Comete crime de concorrência desleal quem: (...) III - emprega meio fraudulento, para desviar, em proveito próprio ou alheio, clientela de outrem; . Desse modo, restam violadas não só as prerrogativas dos consumidores, mas também a própria ordem econômica pátria. Essa análise, diga-se por oportuno, deve sempre ser feita de forma conjunta, pois a ordem econômica só é integralmente preservada quando há respeito aos princípios elencados no artigo 170, CRFB, dentre os quais se encontra o respeito ao consumidor.¹⁶

Vê-se, portanto, que o MP defendeu que o *geo-blocking* e o *geo-pricing* consistem em meios fraudulentos de desvio de clientela. Contudo, antes de se analisar a adequação das práticas de *geo-blocking* e *geo-pricing* ao tipo penal contido no inciso III, é válido discorrer sobre adequação desses atos aos incisos I e II do art. 195 da LPI, visto serem também práticas que visam ao descredenciamento e ao *denegrimento* dos concorrentes.

Ressalta-se que a doutrina não é unânime quanto à existência de diferenças entre os atos de deslealdade dos incisos I e II. Neste trabalho, para permitir análise específica dos incisos, adota-se a posição doutrinária que reconhece a diferença entre os tipos de publicar falsa afirmação e prestar ou divulgar falsa informação sobre concorrente (DELMANTO, 1975, p. 40). Em primeiro lugar, analisa-se o tipo penal contido no inciso I.

Trata-se de conduta comissiva em que determinado agente econômico publica, por qualquer meio, falsa afirmação em detrimento de concorrente com o objetivo de obter vantagem (DELMANTO, 1975, p. 40). Ora, é notório que as condutas de *geo-blocking* e *geo-pricing* não se adequam a esse tipo.

Ainda que se trate de crime formal, no qual a mera conduta é passível de repreensão penal (MIRABETE; FABBRINI, 2019, p. 360), a Decolar.com não realizou qualquer tipo de publicação de afirmação falsa sobre seus concorrentes. A utilização, por si só, de algoritmos e a coleta de dados dos usuários não representa afirmação falsa. Diante disso, não há fundamento para subsunção das práticas de *geo-blocking* e *geo-pricing* à norma contida no inciso I do art. 195 da LPI.

¹⁶ TJRJ. 7ª Vara Empresarial. Processo nº 0033948-98.2018.8.19.0000. Inicial. Grifou-se.

No mesmo sentido, inexistente qualquer violação ao tipo penal do inciso II do art. 195 da LPI, já que não há prestação ou divulgação de informações falsas sobre os concorrentes da plataforma (DELMANTO, 1975, p. 70). O que ocorre, na realidade, é uma associação indireta por parte dos consumidores de que a Decolar.com teria mais prestígio, visto possuir ofertas melhores de hospedagens, face aos seus concorrentes.

Embora a tipificação penal das condutas de *geo-blocking* e *geo-pricing* nos incisos I e II do art. 195 da LPI tenha se mostrado infrutífera, é necessário lembrar que a tutela jurídica da livre e justa concorrência não se encerra na *ultima ratio* (GRECO, 2019, p. 2). Quanto ao maior prestígio da plataforma em razão da desqualificação e *denegrimiento* dos concorrentes, é possível ventilar a possibilidade de responsabilização cível da Decolar.com.

Isso porque o consumidor é induzido a erro por acreditar que a plataforma possui ofertas melhores, personalizadas para cada usuário. Em consequência, os próprios agentes no mercado turístico – por exemplo, os hotéis que disponibilizam os anúncios nas agências de turismo online – serão incentivados a favorecer a Decolar.com tendo em vista o prestígio que possui frente os consumidores.

Portanto, infere-se que as práticas de *geo-blocking* e *geo-pricing* constituem mecanismos de desclassificação dos concorrentes, tanto face os consumidores quanto face aos provedores de serviços turísticos que utilizem a plataforma como intermediadora. Tal desqualificação é considerada reprovável pelo ordenamento jurídico por violar as expectativas legítimas de concorrentes. Ainda, vale argumentar que o próprio oferecimento de representação pela *Booking* constitui elemento de convicção de que as práticas são contrárias aos usos e costumes no mercado de agências de turismo online (COELHO, 2019, p. 266).

Nesse sentido, é imperativo que se discuta se as práticas de *geo-blocking* e *geo-pricing* podem ser consideradas como meio fraudulento de desvio de clientela, já que são viabilizadas pela coleta de informações pessoais do usuário, tais como o *IP address* dos usuários da plataforma. Assim, a definição quanto à fraude das práticas atende ao objetivo de se conferir tutela cível ao concorrente lesado, bem como tutela penal consubstanciada no inciso III do art. 195 da LPI.

Do ponto de vista do argumento apresentado pelo *parquet*, é possível destacar que a tipificação da conduta da Decolar.com depende da definição sobre a licitude do *geo-blocking* e *geo-pricing*, visto que o art. 195, III, da LPI exige dois requisitos, a saber, o emprego de meio fraudulento e o desvio, em proveito próprio ou alheio, de clientela.

O primeiro requisito – o emprego de meio fraudulento – merece especial atenção, pois, como visto, as práticas decorrentes da geolocalização são comuns nos mercados digitais, seja para fins de conformidade com as legislações transnacionais, seja para adequar o preço de determinado produto ou serviço às necessidades de cada mercado nacional.

Há que se ressaltar, porém, que, especificamente nos casos do *geo-blocking* e do *geo-pricing*, o consumidor é lesado, visto que sofre discriminação injusta em razão de sua localização geográfica. Existe, assim, relação de desequilíbrio e assimetria grave entre fornecedor e usuário que prejudica abusivamente os consumidores.

Isso, por si só, seria suficiente para caracterizar as práticas como meios fraudulentos, pois induzem o consumidor a erro. Com efeito, o usuário passa a acreditar que acessa conteúdo personalizado, isto é, com mais utilidade para atender às suas necessidades. Portanto, a indução ao erro consiste no elemento subjetivo do usuário, crente de que acessa conteúdo mais adaptado, quando, na realidade, é discriminado.

Dessa forma, pode-se verificar que o primeiro requisito para subsunção ao tipo penal veiculado no inciso III do art. 195 da LPI é atendido pelas práticas de *geo-blocking* e *geo-pricing* nos mercados de agências de turismo online. Passa-se, em seguida, à análise do elemento de desvio de clientela.

O segundo requisito – desvio de clientela – deve ser analisado no plano potencial. Isso se dá porque a doutrina entende que não há necessidade de prova do desvio (MIRABETE; FABBRINI, 2019, p. 362). Basta assim que as práticas de *geo-blocking* e *geo-pricing* sejam capazes de, em tese, desviar clientela de seus concorrentes. Ora, o objetivo da implementação de estratégias de mercado nos modelos de negócios de plataformas digitais é a obtenção de maior parcela dos consumidores em detrimento de seus concorrentes.

Amparando-se no que foi exposto sobre a desclassificação dos concorrentes, é possível notar que os consumidores favorecidos pelas práticas de *geo-blocking* e *geo-pricing* tenderão a favorecer a plataforma que as implementa. Não só o consumidor favorecido, mas, inclusive, o consumidor desfavorecido – no caso concreto, o brasileiro – pois é induzido a crer que as ofertas disponíveis possuem maior qualidade e são mais adaptadas às suas necessidades.

Analizadas as disposições de natureza penal, deve-se frisar que as práticas de *geo-blocking* e *geo-pricing* também são condenáveis na esfera cível. O art. 209 da LPI garante ao concorrente lesado a tutela ressarcitória de perdas e danos causados por atos de concorrência desleal não previstos nesta Lei, tendentes a prejudicar a reputação ou os negócios alheios e a

causar confusão entre os estabelecimentos e produtos (INSTITUTO DANNEMANN SIEMSEN, 2013, p. 490).

Desta feita, observa-se que, com base na análise elaborada sobre os incisos I e II do art. 195 da LPI, é possível confirmar que as práticas de bloqueio e precificação geográficas prejudicam a reputação ou as atividades empresárias dos concorrentes. Com efeito, os concorrentes da Decolar.com tendem a ser desconsiderados pelos consumidores e mesmo pelos provedores de serviços turísticos, já que a referida plataforma oferece oportunidades diferenciadas. Ademais, é possível invocar a teoria dos atos ilícitos para subsidiar a tutela cível da concorrência leal quanto ao respeito dos usos leais de mercado. Embora os mercados digitais possuam competição acirrada, não parece ser aceitável que concorrentes adotem medidas fraudulentas para obter vantagens concorrenciais.

CONCLUSÃO

Pode-se inferir que as práticas de *geo-blocking* e *geo-pricing* representam atos de concorrência desleal penal e civilmente reprováveis, pois consistem em meios fraudulentos para desvio de clientela baseados em métodos de descredenciamento de marcas e serviços de concorrentes. Elas prejudicam a reputação das plataformas concorrentes e violam suas expectativas legítimas de conduta em um mercado fortemente inovador e competitivo.

O presente estudo teve por objetivo apresentar as implicações das condutas de *geo-blocking* e *geo-pricing*, principalmente no âmbito da concorrência desleal. Inicialmente, foi escopo esclarecer quais tecnologias viabilizam tais práticas, uma vez que consistem em mecanismos complexos e altamente técnicos. Posteriormente, buscou-se apresentar as relações dessas práticas com as formas de controle de conteúdo na Internet, bem como aplicações lícitas das tecnologias.

Em segundo momento, foi objeto também o estudo do caso concreto envolvendo a plataforma Decolar.com, que foi acusada de discriminar e/ou viabilizar a discriminação de consumidores brasileiros em detrimento de consumidores argentinos.

Tal análise foi dividida em dois tópicos principais, o primeiro para contextualizar os antecedentes relativos à ACP ajuizada pelo MP do Estado do Rio de Janeiro em face da Decolar.com. Em seguida, intentou-se verificar se as práticas configuram concorrência desleal no mercado de agências de viagens online, concluindo-se que é necessária a repressão penal e cível desses atos desleais.

Primeiramente, porque o bloqueio e a precificação geográficas importam em prejuízo à reputação e em desqualificação dos concorrentes, já que lhes é dificultado, ou mesmo impedido, acessar determinadas ofertas de hospedagens. Em consequência, o consumidor é induzido a erro quanto à força de mercado da plataforma face a seus concorrentes. Em segundo lugar, foi possível verificar que do ponto de vista consumerista, não há dúvidas de que a discriminação de consumidores brasileiros em favor de argentinos configura ofensa à ordem jurídica brasileira. Isso, por sua vez, representa mais um fundamento para confirmar a adequação das condutas de *geo-blocking* e *geo-pricing* como meios fraudulentos para se obter desvio de clientela.

Por sua vez, no que tange às práticas no mercado eletrônico de viagens, em que há competição acirrada entre as diversas plataformas, entende-se que a utilização do protocolo de internet (*IP*) dos usuários da plataforma consiste em vantagem assimétrica em face dos demais competidores do mercado. Tal vantagem garantiria o oferecimento de serviços mais customizados em favor dos consumidores.

Por si só, tal conduta não se verificaria desleal, já que contribui para o acirramento da concorrência que, como visto, favorece o consumidor, já que atende melhor à demanda por serviços menos padronizados e mais personalizados. Ainda assim, dada a violação do CDC, não há como não condenar as práticas de *geo-blocking* e *geo-pricing* como concorrência desleal. Isso ocorre porque a conduta se adequa ao elementar “meio fraudulento” contido no art. 195, III, da LPI.

Ademais, cumpre ressaltar que o escopo do presente trabalho se limitou a analisar a repressão judicial à concorrência desleal praticada pela plataforma Decolar.com. No entanto, a Nota Técnica nº 92/2018, elaborada pela Divisão de Investigação e Divisão de Sanções do Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor, sugere que é possível analisar as práticas de *geo-blocking* e *geo-pricing* do ponto de vista do direito antitruste.

Considerando que a plataforma Decolar.com teria praticado condutas concertadas com hotéis brasileiros para favorecer turistas argentinos, é possível inferir que responsabilização por conduta abusiva de discriminação de adquirentes de bens ou serviços por meio de fixação diferenciada de preços, bem como recusa de venda de bens ou serviços dentro das condições normais aos usos comerciais desde que comprovada a posição dominante da Decolar.com.

Por fim, há ainda espaço para que sejam oferecidas respostas quanto ao aparente conflito entre a liberdade de modelos de negócios na internet com a repressão dos atos de concorrência desleal quanto às práticas de *geo-blocking* e *geo-pricing*. Se, por um lado, o Marco Civil da Internet, Lei nº 12.965/2014, garante no art. 3º, inciso VIII, a liberdade dos modelos de negócios promovidos na internet, por outro, não há como se desconsiderar as conclusões deste estudo quanto à ilicitude das práticas do ponto de vista concorrencial.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARBOSA, Denis Borges. **Tratado da Propriedade Intelectual**. Tomo I. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

BARROSO, Luís Roberto. A ordem econômica constitucional e os limites à atuação estatal no controle de preços. **Revista de Direito Administrativo**. out./dez. 2001, Rio de Janeiro, p. 187-212.

BARWISE, Patrick; WATKINS, Leo. The Evolution of Digital Dominance: how and why we got to GAFA. In: **Digital Dominance: The Power of Google, Amazon, Facebook, and Apple**. Oxford University Press, New York, p. 21-49. Disponível em https://lbsresearch.london.edu/id/eprint/914/1/9780190845124_Barwise_Chapter%201.pdf. Acesso em 15/06/2019.

BURNET, Jerusha. Geographically restricted streaming content and evasion of geolocation: the applicability of the copyright anticircumvention rules. In: **Michigan Telecommunications & Technology Review**, 461, 2012, p. 461-488. Disponível em: <https://repository.law.umich.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1010&context=mttlr>. Acesso em 01/05/2019.

CARVALHO, Nuno Pires de. **A Estrutura dos Sistemas de Patentes e de Marcas**: passado, presente e futuro. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

CERQUEIRA, João da Gama. **Tratado da Propriedade Industrial**. Vol. II, Tomo II. Atualizado por SILVEIRA, Newton; BARBOSA, Denis Borges. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2010.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial: direito de empresa**. 23ª ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

COMER, Douglas. E. **Internetworking with TCP/IP – Principles, protocols, and architectures**. vol. 1, 6ª Ed. New Jersey: Pearson, 2014.

_____. **Computer networks and internets**. 6ª ed. New Jersey: Pearson, 2015.

DELMANTO, Celso. **Crimes de Concorrência Desleal**. São Paulo: Universidade de São Paulo, 1975.

GÉNÉREUX, Jacques. **Jaques Généreux explique l'économie à tout le monde**. Paris: Seuil, 2014.

GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. 14 ed. rev., atual. São Paulo: Malheiros, 2010.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: parte geral**. 21. ed., rev., ampl. e atual. Niterói: Impetus, 2019.

INSTITUTO DANNEMANN SIEMSEN. **Comentários à Lei de Propriedade Industrial**. 3ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2013.

INTERNATIONAL COMMUNICATIONS UNION. **Measuring the Information Society Report**. vol.1. Genebra, 2018.

LUCINDA, Cláudio Ribeiro de; AZEVEDO, Paulo Furquim de. Organização Industrial. In: PINHO, Diva Benevides; VASCONCELLOS, Marco Antonio S. de; JÚNIOR, Rudinei Toneto (org.). **Manual de Economia Equipe de Professores da USP**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato Nascimento. **Manual de Direito Penal**. Parte Especial, vol. 2. 35. ed. Rio de Janeiro: Atlas, 2019.

MUIR, James A.; OORSCHOT, Paul C. van. Internet Geolocation and Evasion. In: **ACM Computing Surveys**, jan. 2009, pp. 1-22, p. 10. Disponível em: <https://www.ccsf.carleton.ca/paper-archive/muir-computingsurveys-09.pdf>. Acesso em 16/06/2019.

NIMS, Harry D. Unfair competition by false statements or disparagement. In: **Cornell Law Quarterly Review**, 1933, p. 63-72.

ORGANIZAÇÃO PARA COOPERAÇÃO ECONÔMICA E DESENVOLVIMENTO. Personalised pricing in the Digital Era. 2018. Disponível em: [http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP\(2018\)13&docLanguage=En](http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP(2018)13&docLanguage=En). Acesso em 16/06/2019.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**: introdução ao direito civil e teoria geral de direito civil. Vol. 1. 32. ed, rev. e atual. Por MORAES, Maria Celina Bodin de. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

REINO UNIDO DA GRÃ-BRETANHA E IRLANDA DO NORTE. Office of Fair Trading. **Personalised pricing – increasing transparency to improve Trust**. Disponível em: https://webarchive.nationalarchives.gov.uk/20140402165101/http://oft.gov.uk/shared_oft/markets-work/personalised-pricing/oft1489.pdf. Acesso em 16/06/2019.

SARLET, Ingo Wolfgang. O Constitucionalismo Brasileiro em perspectiva histórico-evolutiva. In: SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 4 ed., ampl. São Paulo: Saraiva, 2015.

SVANTESSON, Dan Jerker B. “Imagine there’s no countries...”: Geo-identification, the law and the not so borderless Internet. In: **Journal of Internet Law**, 2007, pp. 2-9, p. 2. Disponível em: http://epublications.bond.edu.au/law_pubs/132. Acesso em 04/05/2019.

TALEB, Nassim Nicholas. **Antifragil**: coisas que se beneficiam com o caos. 9ª ed. trad. Eduardo Rieche. Rio de Janeiro: Best Business, 2018.

TRIMBLE, Marketa. The Future of Cybertravel: Legal implications of the evasion of geolocation. In: **Fordham Intellectual Property Media & Entertainment Law Journal**, 2012, pp. 567-657, p. 587. Disponível em: <https://poseidon01.ssrn.com/delivery.php?ID=507031095114098085094000085093118075027044035018011062081008072014116116065094100078101118059119046008055088071012028000031127105055045050021104087092025001002010010076039111077030069068085070117025082122075007123102113068073008084077003025095083021&EXT=pdf>. Acesso em 16/06/2019.

VERMEER, Marike. Unfair Competition Online and the European Electronic Commerce Directive. In: **Annual Survey of International & Comparative Law**, 2001, v. 7. Issue 1., p. 88-90. Disponível em: <https://digitalcommons.law.ggu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1061&context=annlsurvey>. Acesso em 16/06/2019.

Trabalho recebido em 18 de outubro de 2019

Aceito em 06 de dezembro de 2020