

**EXMO. SR. DR. JUIZ DE DIREITO DA VARA
EMPRESARIAL DA COMARCA DA CAPITAL.**

Inquérito Civil nº 359/2017 – 5ª PJDC

O **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO**, pelo Promotor de Justiça que esta subscreve, no uso de suas atribuições legais, vem, com a presente, com fulcro no Código de Defesa do Consumidor, ajuizar **AÇÃO CIVIL PÚBLICA com pedido liminar** em face do **HOTEL URBANO VIAGENS E TURISMO S/A**, pessoa jurídica de direito privado inscrita no CNPJ sob nº 12.954.744/0001-24, sediada na Avenida João Cabral de Mello Neto, nº 400, 7º andar, Barra da Tijuca, Rio de Janeiro/RJ, CEP 22.775-057, pelos fatos e fundamentos que passa a expor:

I – PREÂMBULO

A presente demanda versa sobre a tutela coletiva de direitos do consumidor de comércio eletrônico. Não se trata da primeira vez em que o Ministério Público é mobilizado para a defesa dos interesses jurídicos dos consumidores por conta do comércio eletrônico, sendo certo que o papel do Ministério Público foi decisivo em 2011 para a regularização da logística de entrega de produtos e do respeito aos prazos contratuais por parte de empresas como Americanas.com e Compra Fácil, por exemplo.¹ Naquela oportunidade, foi fundamental a intervenção do Poder Judiciário, tendo aplicado multas diárias por conta do descumprimento dos prazos contratuais e, inclusive, no caso do caos logístico da empresa

¹ Americanas.com: 0031079-09.2011.8.19.0001; Compra Fácil: 0030799-04.2012.8.19.0001.

Americanas.com, determinado a proibição de novas vendas e a paralisação das atividades comerciais até que fosse devidamente regularizada a situação.²

No caso da presente demanda, também estamos diante de um caso de transgressão coletiva por parte de uma empresa de comércio eletrônico e de lesão ao direito de uma massa de consumidores, sendo absolutamente imprescindível a pronta atuação do Poder Judiciário para proibir uma prática manifestamente abusiva e indenizar os danos causados individual e coletivamente aos consumidores brasileiros e à sociedade brasileira, como um todo. Em breve síntese, a empresa HOTEL URBANO violou o direito brasileiro de maneira grave, na medida em que se utilizou de tecnologia de informação para ativamente discriminar consumidores com base em sua origem geográfica e/ou nacionalidade para manipular as ofertas de hospedagem em hotéis, alterando o preço conforme a origem do consumidor.

A discriminação geográfica foi implementada pelo empresa HOTEL URBANO da seguinte forma: discriminar geograficamente o consumidor 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'). As empresas de tecnologia da informação se valem destes algoritmos para processar grandes quantidades de dados, sendo certo que a estrutura de código dos algoritmos contém instruções programadas para que a tecnologia facilite a disponibilidade das ofertas adequadas aos consumidores conforme seu perfil. Contudo, no caso das ofertas feitas pelo HOTEL URBANO, a empresa estava registrando as informações sobre a origem geográfica do consumidor e utilizando este dado como um

² TJ-RJ - AI: 0008595-03.2011.8.19.0000 RIO DE JANEIRO CAPITAL 7 VARA EMPRESARIAL, Relatora: HELDA LIMA MEIRELES, Data de Julgamento: 22/11/2011, DÉCIMA QUINTA CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 09/12/2011.

elemento representativo (*'proxy'*) de origem nacional para discriminar consumidores, 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, a prática abusiva e ilegal de **'Geo-Pricing'** (precificação diferenciada da oferta com base na origem geográfica do consumidor) foi caracterizada, seja através da codificação do algoritmo de processamento das ofertas, seja através da disponibilização de uma ferramenta na plataforma digital da empresa.

Por se tratar de uma transgressão coletiva através de ilicitudes cometidas no espaço cibernético (*'cyberspace'*), é importante clareza conceitual e rigor analítico para evidenciar a dimensão da conduta discriminatória abusiva da empresa.³ Atualmente, a experiência do comércio eletrônico transmite ao consumidor uma sensação de liberdade e de amplo poder de escolha, quando, na verdade, as empresas controlam toda a informação e, não raro, aproveitam a assimetria de informação para explorar o consumidor.⁴ 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.⁵ Os dados relativos a cada indivíduo são coletados a partir de um programa chamado de "*cookies*", gerado externamente

³ Reed, Chris. Making laws for cyberspace. Oxford: OUP (2012), p. 227.

⁴ Ezrachi, Ariel and Maurice Stucke, Virtual Competition: The Promise and Perils of Algorithm-Driven Economy. Cambridge: Harvard (2016), p. 4.

⁵ Holmes, Dawn. Big Data: A Very Short Introduction. Oxford: OUP (2017), p. 84

para registrar atividades em um computador e/ou website a partir de mensagens transmitidas pela rede quando se visita o site.⁶ Os "cookies" são utilizados para personalizar a experiência do consumidor na internet⁷ e, por outro lado, geram imensas quantidades de dados a serem processados pelas empresas através dos algoritmos.⁸ Por sua vez, o algoritmo é um dos conceitos centrais da informática, sendo que as informações do problema a ser resolvido são estruturadas com base em *instruções* (aspecto estático) e possíveis *execuções* (aspecto dinâmico).⁹ Ao longo das últimas décadas, a revolução da tecnologia da informação tem sido pautada pelo desenvolvimento de inúmeros modelos de algoritmos - simbolistas, conectados, evolucionários, bayesianos e analógicos¹⁰ - e de variados desenhos adaptados para diferentes funcionalidades - interrupção ótima (*'optimal stopping'*), explorar/aproveitar (*'explore/exploit'*) e classificação (*'sorting'*), dentre outras.¹¹ Por outro lado, nem só de progresso é feita a experiência do desenvolvimento tecnológico e do comércio eletrônico, existindo um lado obscuro que reduz a própria autonomia individual, a liberdade do consumidor e a igualdade de condições de compra em uma experiência de consumo.

Um exemplo paradigmático de violação da autonomia individual é a "grande muralha virtual da China" (*'The Great Firewall in China'*), sendo certo que o partido comunista chinês

⁶ Idem, 79.

⁷ Idem, 8.

⁸ Idem, 13.

⁹ Guimarães, Angelo e Newton Lages, Algoritmos e estruturas de dados, Rio de Janeiro: Livros Técnicos e Científicos Editora Ltda (1985) 2-3.

¹⁰ Pedro Domingos, The Master Algorithm: How the quest for the ultimate learning machine will remake our world. London: Penguin (2017), p. 51.

¹¹ Christian, Brian and Tom Griffiths, Algorithms to live by: the computer science of human decisions. London: William and Collins (2016), p. 4-7.

utiliza mecanismos de bloqueio, filtragem e redirecionamento para vigiar e censurar os dissidentes com significativa perda de independência, autogoverno e liberdade das pessoas.¹² Infelizmente, idêntico cenário pode se desenvolver também no âmbito do comércio eletrônico dominado por algoritmos de precificação e por colusão digital, em que o preço ofertado pelo algoritmo não é competitivo, mas uma mera ilusão criada por uma mão digitalizada do mercado.¹³ O professor de direito da concorrência de Oxford, Ariel Ezrachi, estabelece inclusive uma analogia entre a perda de autonomia dos consumidores e a realidade virtual vivida pela personagem Truman no filme "O Show da Vida" ("Truman Show"), em que uma pessoa vive dentro de um *reality show*, mas supõe estar vivendo uma vida absolutamente livre, independente e autônoma.¹⁴ Igualmente, o ambiente de comércio eletrônico é um ecossistema virtual que pode ser controlado e manipulado por grandes empresas com enorme domínio sobre a informação e controle sobre as dinâmicas do mercado *online*, apesar da fachada de liberdade de escolha e de que as ofertas de preços são resultado de competitividade entre os diferentes atores do mercado.¹⁵ Todos os aspectos da vida podem ser transformados em dados e utilizados por *players* sofisticados para processar dados, reconhecer padrões, estimar ofertas e definir os preços.¹⁶ Nestes ecossistemas controlados, uma das condutas consideradas abusivas é justamente identificar a origem geográfica do consumidor para cobrar de certos consumidores um preço superior.¹⁷ Após ter sido descoberto que em 2000 a Amazon tinha

¹² Peterson, Martin. *The Ethics of Technology: A geometric analysis of five moral principles*. Oxford: OUP (2017) p. 158.

¹³ Ezrachi, Ariel and Maurice Stucke, *Virtual Competition: The Promise and Perils of Algorithm-Driven Economy*. Cambridge: Harvard (2016), p. 32.

¹⁴ *Idem*, p. 27.

¹⁵ *Idem*, p. 27.

¹⁶ *Idem*, p. 28.

¹⁷ *Idem*, p. 90.

cobrado preços diferentes pelos mesmos produtos com base neste critério geográfico, a empresa devolveu o dinheiro aos consumidores, se comprometeu publicamente a jamais usar dados demográficos para precificar produtos e se desculpou com seus consumidores pelo incidente - classificado pelo Vice-Presidente Global da empresa como "estúpido".¹⁸

Assim é que, caso não haja a devida intervenção do Estado para regulamentar o mercado online, a experiência dos consumidores será diferente e as ofertas serão feitas dependendo do seu CEP, riqueza, gênero e idade.¹⁹ Um estudo recente identificou evidências de preços discriminatórios em cinco dentre dezesseis empresas de comércio eletrônico especializadas em reservas de hotéis e locação de automóveis.²⁰ Para melhor discriminar seus clientes, as empresas podem se aproveitar da dificuldade do consumidor em processar escolhas complexas, especialmente aumentando parâmetros de qualidade e de preço para ampliar sua vantagem pelos erros e vies comportamental do consumidor.²¹ A assimetria de poder é ampliada pela ignorância do consumidor sobre o desenho do algoritmo e os dados coletados de seus clientes, o que facilita a discriminação.²² Uma outra maneira de estabelecer um comportamento discriminatório de uma maneira palatável é atribuir os desvios de preço às forças dinâmicas do mercado.²³ Consumidores aceitam que diferenças de preço são respostas a mudanças de oferta e demanda no mercado (precificação dinâmica) ao invés de considerar que se trate de uma

¹⁸ Idem, p. 90.

¹⁹ Idem, p. 107.

²⁰ Idem, p. 107.

²¹ Idem, p. 108.

²² Idem, p. 113.

²³ Idem, p. 112.

manipulação de preço a partir de características pessoais do consumidor (precificação discriminatória).²⁴

Uma outra dimensão da questão é o comprometimento do próprio mercado consumidor, na medida em que os consumidores sofrem uma perda de confiança como consequência colateral da prática de preços discriminatórios.²⁵ Não é por acaso, aliás, que mercados consumidores maduros proíbem discriminação de consumidor com base em raça, etnia, religião e outras características pessoais, mas empresas ainda assim tentam usar algoritmos para discriminar seus consumidores com base em elementos representativos ('proxies') destes fatores²⁶, como origem geográfica, por exemplo. Temos a ilusão de que algoritmos estão livres dos preconceitos humanos e podem processar dados objetivamente - ao contrário dos humanos, algoritmos não iriam discriminar com base em gênero, cor da pele, origem nacional, idade, deficiência física, orientação sexual ou religião.²⁷ Aliás, é até possível que pelo receio do impacto negativo em sua reputação, algumas empresas irão inicialmente restringir o uso de todos os dados disponíveis para maximizar seu lucro.²⁸ Contudo, diante das assimetrias de informação e de poder entre empresas e consumidores, na ausência da intervenção do direito, as práticas discriminatórias se tornarão na nova regra do mercado online e do comércio eletrônico em geral.²⁹ Cabe, assim, ao poder judiciário intervir para proteger o consumidor e o próprio mercado.

²⁴ Idem, p. 112.

²⁵ Idem, p. 123.

²⁶ Idem, p. 125.

²⁷ Idem, p. 124.

²⁸ Idem, p. 130.

²⁹ Idem, p. 130.

II – DOS FATOS: DISCRIMINAÇÃO DE PREÇOS E OFERTAS PELA ORIGEM GEOGRÁFICA DO CONSUMIDOR

A presente Ação Civil Pública é respaldada em provas coletadas em um inquérito civil instaurado a partir de representação da BOOKING.COM, importante empresa do mercado internacional de reservas eletrônicas de acomodações, que, em reunião realizada nesta Promotoria de Justiça, informou que, além da Decolar.com, outras empresas estão praticando o 'Geo-Pricing', dentre elas o HOTEL URBANO (vide fls. 45/46 do IC nº 359/2017).

Em pesquisa realizada pela Coordenadoria de Segurança e Inteligência – Divisão de Evidências Digitais e Tecnologia, órgão interno do Ministério Público do Rio de Janeiro, foi identificado que a empresa HOTEL URBANO está discriminando os consumidores brasileiros através da cobrança de preços superiores em hotéis que estavam disponíveis.

Conforme esclarecido pela BOOKING.COM, quando ofertou a representação em face da empresa Decolar.com, e, posteriormente, em reunião realizada nesta Promotoria de Justiça, informou que outras empresas de comércio eletrônico estariam praticando o *Geo-Pricing*, declarou que os sistemas contemporâneos de processamento de dados permitem a identificação da origem geográfica do consumidor a partir do IP do computador, que é identificado e transmitido para a empresa de comércio eletrônico a partir dos “cookies”, alimentando a operação da empresa como um dado a ser processado conforme a codificação e a estrutura do algoritmo utilizado pela empresa de comércio eletrônico. Tal sistema tecnológico consiste em um ecossistema virtual controlado pela empresa de comércio eletrônico, que define as plataformas e os parâmetros para a oferta e a precificação de serviços. No caso específico do HOTEL URBANO, a empresa codificou seu algoritmo e programou sua plataforma eletrônica, de maneira que ofertas e

preços pudessem ser ofertados consoante a prática discriminatória de “Geo-Pricing”. Assim é que os hotéis Windsor Oceânico, Belmond Copacabana Palace, Rio Othon Palace, Ritz Copacabana Boutique, Quality Suites Botafogo, Orla Copacabana e Hilton Rio de Janeiro Copacabana estavam com os preços de quartos de hotel em mesma categoria e período consultados mais caros para consumidores brasileiros do que para consumidores espanhóis.

Evidência de “Geo-Pricing”

Hotel	Preço (Brasil)	Preço (Espanha)
Windsor Oceânico	R\$ 332,00	R\$ 316,00
Belmond Copacabana Palace	R\$ 1.423,00	R\$ 1.213,00
Rio Othon Palace	R\$ 425,00	R\$ 403,00
Ritz Copacabana Boutique	R\$ 383,00	R\$ 364,00
Quality Suites Botafogo	R\$ 217,00	R\$ 206,00
Orla Copacabana	R\$ 272,00	R\$ 258,00
Hilton Rio de Janeiro Copacabana	R\$ 692,00	R\$ 657,00

O HOTEL URBANO se manifestou às fls. 110/118, instruindo sua manifestação com os documentos de fls. 119/150.

Para justificar a geodiscriminação, o HOTEL URBANO sustentou que utiliza estratégias negociais, a qual, em determinados horários do dia, oferece aos seus consumidores descontos em suas ofertas.

Ora, é no mínimo estranha a alegação utilizada pelo HOTEL URBANO sobre a concessão de desconto em determinados horários do dia para consumidores, sendo certo que em todos os casos em que a ré alega o dito “desconto”, todos eles são aplicáveis aos consumidores espanhóis.

Veja na tabela acima que, em todos os casos, o consumidor brasileiro não obteve o mencionado desconto, sempre pagamento mais caro pelo valor da reserva, motivo pelo qual a estratégia processual traçada pela empresa deve ser afastada, eis que restou, sem dúvidas, comprovada a prática de *geo-pricing* pela empresa ré.

Com a finalidade de descaracterizar a pesquisa realizada pelo DEDIT-CSI, além de alegar que oferece descontos em determinados períodos do dia, com relação ao hotel Belmond Copacabana Palace, em que a diferença do valor de reserva é muito superior, o HOTEL URBANO sustenta que a pesquisa feita com o IP brasileiro foi realizada para o período de 08/05/2018 a 15/05/2018, enquanto para o IP espanhol não houve aplicação de filtro de data.

Não assiste razão, outra vez, à empresa HOTEL URBANO. Isso porque, consoante se depreende do *print* do relatório do DEDIT-CSI, tanto na busca realizada com o IP brasileiro quanto com o IP espanhol, o período de busca foi exatamente o mesmo, qual seja, 08/05/2018 a 15/05/2018.

IP BRASILEIRO

Hotel: Windsor Oceânico. Período: 08/05/2018 à 15/05/2018.

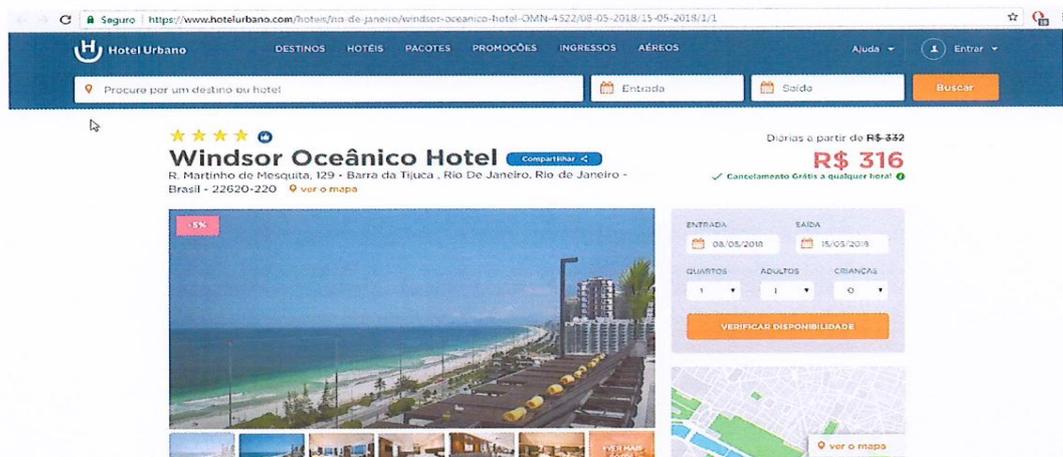


Hotel: Belmond Copacabana Palace. Período: 08/05/2018 à 15/05/2018.

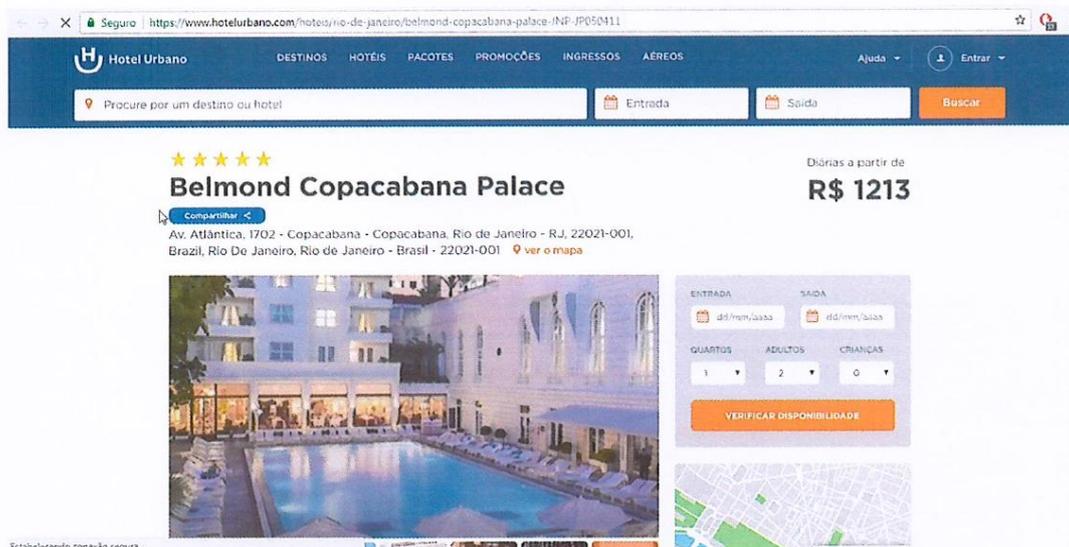


IP ESPANHOL

Hotel: Windsor Oceânico. Período: 08/05/2018 à 15/05/2018.



Hotel: Belmond Copacabana Palace. Período: 08/05/20018 à 15/05/2018.



Logo, mais uma vez, configurada está a prática de *geo-pricing* pela empresa HOTEL URBANO.

Um ponto importante sobre o presente caso foi esclarecido pelo jm sub-coordenador do Centro de Apoio Operacional de Defesa do Consumidor do Ministério Público do Rio de Janeiro, o Promotor de Justiça Sidney Rosa da Silva Júnior, em entrevista ao jornal O Globo:

“Isto (a identificação do país do usuário pelo número do IP) normalmente é feito para viabilizar uma melhor adequação dos custos de envio de produtos, que irá depender do país onde se encontra o comprador. Contudo, quando trata de serviços idênticos, como é o caso das diárias em hotéis, o *geopricing* se transforma em uma prática abusiva, pois se estaria diferenciando consumidores em idêntica situação simplesmente porque residem em locais diversos”.³⁰

³⁰ <https://oglobo.globo.com/economia/defesa-do-consumidor/ministerio-publico-aguarda-explicacoes-de-decolarcom-sobre-geopricing-20732070>

Ora, este ponto é importante para desconstruir qualquer argumento de que se trataria de produtos ou de mercados diferentes. Ao contrário do caso do McDonald's, que pode cobrar preços diferentes pelo seu Big Mac ao redor do mundo, por conta dos diferentes valores dos componentes para a precificação do produto (custos de insumos, mão de obra, locação, tributos, etc),³¹ uma suíte no Copacabana Palace é o mesmo serviço e, assim, deve ser precificada e disponibilizada.

III – DO DIREITO: A RESPONSABILIZAÇÃO DA EMPRESA PELA DISCRIMINAÇÃO DE PREÇOS

Inicialmente, destaca-se que o próprio comportamento da ré, que procurou negar a prática de *geo-pricing* no curso do inquérito civil, já denota a ilicitude da referida conduta. A ausência de um marco legal sobre a prática de *geo-pricing* em nada prejudica a constatação de sua ilegalidade, vez que as normas de proteção do consumidor e de regulação da internet no Brasil já permitem entender por tal vedação, conforme se verá a seguir.

III.1 - Da discriminação entre consumidores

A prática impugnada constitui meio de diferenciar arbitrária e injustificadamente os consumidores, o que é vedado pela legislação consumerista. Trata-se, aqui, da geodiscriminação (*geo-discrimination*), prática que deve ser combatida, tal como qualquer outra forma de discriminação. Especificamente em relação às normas consumeristas, deve-se lembrar que a não discriminação constitui direito básico do consumidor, consagrado no artigo 6º, II, CDC, sob a forma da liberdade de escolha e da igualdade nas contratações:

³¹ Veja, neste sentido, o Big Mac Index criado em 1986 pela revista inglesa Economist: <https://www.economist.com/blogs/graphicdetail/2017/07/daily-chart-7>

Art. 6º São direitos básicos do consumidor:

(...)

II - a educação e divulgação sobre o consumo adequado dos produtos e serviços, asseguradas a liberdade de escolha e a igualdade nas contratações;

Assim, o fornecedor está obrigado a oferecer as mesmas condições de igualdade de tratamento e condições de oferta a todos os contratantes, admitindo-se apenas que se estabeleçam certos privilégios a consumidores que necessitem de proteção especial, como idosos, gestantes e crianças.³² Isso, ainda assim, somente pode ser feito mediante atuação legislativa, e não por iniciativa do próprio fornecedor. Segundo Tartuce e Neves, a norma acima transcrita espelha o princípio da equivalência negocial, que demanda, em última instância, a igualdade de condições no momento da contratação ou de aperfeiçoamento da relação jurídica patrimonial, bem como estabelece o compromisso de tratamento igual a todos os consumidores.³³ Trata-se, assim, de desdobramento, dentro da lógica consumerista, do princípio constitucional da isonomia e do direito à igualdade, consagrados no artigo 5º, caput, CRFB.

A violação à norma inscrita no artigo 6º, II, CDC, no caso em comento importa, ainda, a ocorrência de diversas práticas abusivas levadas a cabo pelo HOTEL URBANO.

A prática do *geo-pricing* consubstancia nada menos do que **precificação discriminatória**, com base no critério da origem geográfica, o que acarreta a ocorrência das práticas abusivas previstas no artigo 39, V e X, CDC:

³² NUNES, Luis Antonio Rizatto. Comentários ao Código de Defesa do Consumidor. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 122.

³³ TARTUCE, Flávio; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Manual de Direito do Consumidor. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 88/89.

Art. 39. É vedado ao fornecedor de produtos ou serviços, dentre outras práticas abusivas:

(...)

V - exigir do consumidor vantagem manifestamente excessiva;

(...)

X - elevar sem justa causa o preço de produtos ou serviços.

Importante ressaltar que a variação de preços no caso 8 e não é embasada na análise de variáveis econômicas, como a renda dos potenciais consumidores ou a elasticidade do serviço³⁴. O critério é puro e simplesmente discriminatório, privilegiando nacionais e residentes de determinados países. Não há qualquer intuito de se adequar a prestação a determinados nichos, até mesmo porque dentro do território de cada nação existem os mais variados tipos de cidadãos e consumidores, que reagem de modo peculiar a cada alteração microeconômica. Nesse sentido, não há que se falar em justa causa para a precificação diferenciada, mas, pelo contrário, em motivação torpe e manifestamente antijurídica. A quantificação dessa motivação, por sinal, constitui justamente a vantagem manifestamente excessiva exigida indevidamente do consumidor, em afronta ao artigo 39, V, CDC.

Não fosse tudo isso o bastante, a atribuição de preços distintos para o mesmo item também configura infração a direito básico do consumidor por expressa previsão do Decreto n.º 5.903/2006:

Art. 9º Configuram infrações ao direito básico do consumidor à informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, sujeitando o infrator

³⁴ A elasticidade é o tamanho do impacto que a alteração em uma variável econômica, como o preço, exerce sobre outra. Sendo assim, a depender da elasticidade, o serviço em análise poderia ser mais ou menos consumido após alterações no preço, indicando, também, o grau de resistência dos consumidores em relação às flutuações.

às penalidades previstas na Lei no 8.078, de 1990, as seguintes condutas:

(...)

VII - atribuir preços distintos para o mesmo item;

Em outro giro, se, por um lado, os artigos 6º, II, e 39, V e X, CDC; e 9º, VII, da Lei n.º 5.903/2006, reputam abusiva a variação unilateral de preço tal qual executada pelo HOTEL URBANO sob o ponto de vista consumerista; por outro, é de se ressaltar que tal conduta constitui ofensa à ordem econômica, segundo a Lei n.º 12.529:

Art. 36. § 3º As seguintes condutas, além de outras, na medida em que configurem hipótese prevista no caput deste artigo e seus incisos, caracterizam infração da ordem econômica:

(...)

*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;*

O artigo 6º da Lei 13.709/2018 (Lei de Proteção de Dados Pessoais) estabelece, no seu inciso IX, o princípio da não-discriminação, consistente, segundo aquele mandamento legal, na impossibilidade de realização do tratamento de dados pessoais para fins discriminatórios ilícitos ou abusivos.

O *geopricing* representa, ainda, prática de concorrência desleal, uma vez que, além de incentivar os hotéis a efetuar a referida conduta, causa prejuízo 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 consumidor³⁵.

Ainda sob a ótica da ordem econômica, há importante aspecto de caráter internacional a se considerar. De fato, o exemplo utilizado da malfadada prática é relativo ao aumento de preços para brasileiros, enquanto que espanhóis pagam mais barato pela hospedagem. Nesse sentido, a exemplo do que acontece hoje na União Europeia, em que se contesta a legalidade da prática da geodiscriminação em face do Tratado sobre o Funcionamento União Europeia³⁶, deve-se questionar a legalidade da mesma face às normas sul-americanas de integração e de liberalização do comércio. Os tratados sobre essas matérias também são regidos pelo princípio da não discriminação, de modo que não há porque se considerar que um consumidor argentino seja preferível a um brasileiro. O MERCOSUL, por exemplo, ainda que em estágio de integração muito anterior ao do que se encontra atualmente a União Europeia, igualmente possui como objetivo a criação de um mercado comum, físico e digital, o que só será plenamente possível mediante a eliminação não só de barreiras alfandegárias, mas também de

³⁵ Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

(...)

V - defesa do consumidor;

³⁶ Simonelli, Felice, Combating Consumer Discrimination in the Digital Single Marketing: Preventing Geo-Blocking and other forms of Geo-Discrimination. Estudo para o Comitê de Proteção do Consumidor no Mercado Interno do Parlamento Europeu (2016). Bruxelas: Parlamento Europeu, p. 15.

barreiras não-tarifárias e informais, como a que se apresenta neste caso.

Já do ponto de vista constitucional, é importante lembrar que a jurisprudência brasileira reconhece a eficácia horizontal dos direitos fundamentais. Mais do que isso, adota a teoria da aplicação direta e imediata destes às relações privadas, independentemente de cláusulas contratuais gerais no mesmo sentido. É o que reconhece o STF:

SOCIEDADE CIVIL SEM FINS LUCRATIVOS. UNIÃO BRASILEIRA DE COMPOSITORES. EXCLUSÃO DE SÓCIO SEM GARANTIA DA AMPLA DEFESA E DO CONTRADITÓRIO. EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS. RECURSO DESPROVIDO. I. EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS. As violações a direitos fundamentais não ocorrem somente no âmbito das relações entre o cidadão e o Estado, mas igualmente nas relações travadas entre pessoas físicas e jurídicas de direito privado. Assim, os direitos fundamentais assegurados pela Constituição vinculam diretamente não apenas os poderes públicos, estando direcionados também à proteção dos particulares em face dos poderes privados. II. OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS COMO LIMITES À AUTONOMIA PRIVADA DAS ASSOCIAÇÕES. A ordem jurídico-constitucional brasileira não conferiu a qualquer associação civil a possibilidade de agir à revelia dos princípios inscritos nas leis e, em especial, dos postulados que têm por fundamento direto o próprio texto da Constituição da República, notadamente em tema de proteção às liberdades e garantias fundamentais. O espaço de autonomia privada garantido pela Constituição às associações

não está imune à incidência dos princípios constitucionais que asseguram o respeito aos direitos fundamentais de seus associados. A autonomia privada, que encontra claras limitações de ordem jurídica, não pode ser exercida em detrimento ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros, especialmente aqueles positivados em sede constitucional, pois a autonomia da vontade não confere aos particulares, no domínio de sua incidência e atuação, o poder de transgredir ou de ignorar as restrições postas e definidas pela própria Constituição, cuja eficácia e força normativa também se impõem, aos particulares, no âmbito de suas relações privadas, em tema de liberdades fundamentais. III. SOCIEDADE CIVIL SEM FINS LUCRATIVOS. ENTIDADE QUE INTEGRA ESPAÇO PÚBLICO, AINDA QUE NÃO-ESTATAL. ATIVIDADE DE CARÁTER PÚBLICO. EXCLUSÃO DE SÓCIO SEM GARANTIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. APLICAÇÃO DIRETA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS À AMPLA DEFESA E AO CONTRADITÓRIO. As associações privadas que exercem função predominante em determinado âmbito econômico e/ou social, mantendo seus associados em relações de dependência econômica e/ou social, integram o que se pode denominar de espaço público, ainda que não-estatal. A União Brasileira de Compositores - UBC, sociedade civil sem fins lucrativos, integra a estrutura do ECAD e, portanto, assume posição privilegiada para determinar a extensão do gozo e fruição dos direitos autorais de seus associados. A exclusão de sócio do quadro social da UBC, sem qualquer garantia de ampla defesa, do contraditório, ou do devido processo constitucional, onera consideravelmente o recorrido, o qual fica impossibilitado de perceber os direitos autorais relativos à execução de suas obras. A vedação das

garantias constitucionais do devido processo legal acaba por restringir a própria liberdade de exercício profissional do sócio. O caráter público da atividade exercida pela sociedade e a dependência do vínculo associativo para o exercício profissional de seus sócios legitimam, no caso concreto, a aplicação direta dos direitos fundamentais concernentes ao devido processo legal, ao contraditório e à ampla defesa (art. 5º, LIV e LV, CF/88). IV. RECURSO EXTRAORDINÁRIO DESPROVIDO.

(STF-RE 201819/RJ, rel. Min. ELLEN GRACIE, rel. p/ acórdão Min. GILMAR MENDES, j. 11/10/2005, 2ª T., DJ 27/10/2006, p. 64. Grifo nosso).

Nesse diapasão, a autonomia contratual da ré encontra limites nas previsões constitucionais de direitos fundamentais, entre eles o direito à igualdade e a não discriminação, inscritos no artigo 5º, caput, CRFB. O direito de escolha e de igualdade nas contratações, como manifestações da referida norma constitucional, devem, assim, ser respeitados não só por expressa previsão do CDC, mas também pela incidência de valores que disciplinam todo o ordenamento jurídico pátrio.

Ressalte-se, por fim, que a discriminação em razão da nacionalidade ou do local de residência é especialmente nefasta. Trata-se de preconceito que remonta a ideias xenófobas de desconfiança e medo atribuídas a determinado grupo social, exclusivamente em razão do vínculo que possuem com seu país de origem/moradia. Desnecessário indicar todas as tragédias históricas que foram provocadas por essa visão retrógada e antijurídica, bastando lembrar que, além da Constituição Brasileira, diversas normas internacionais vedam a discriminação com base na nacionalidade, assegurando o direito à igualdade de tratamento, como

a Convenção Americana de Direitos Humanos³⁷ e o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos³⁸.

Particularmente no caso específico, o problema não consistia apenas no tratamento discriminatório contra os estrangeiros, mas também em um tratamento discriminatório contra o consumidor brasileiro para adquirir hospedagens em hotéis brasileiros dentro do próprio Brasil. Independente da espécie de tratamento discriminatório, não pode, em hipótese alguma, ser admitida a discriminação nacional na prática jurídica do comércio eletrônico por violar regras constitucionais e legais fundamentais do nosso direito.

Na Comunidade Europeia, a Diretiva n.º 123/2006, de 12 de dezembro, relativa a serviços no mercado interno, prevê, no seu artigo 20, o direito à não-discriminação:

Artigo 20.º

Não discriminação

1. Os Estados-Membros devem assegurar que o destinatário não seja submetido a requisitos discriminatórios em razão da sua nacionalidade ou do seu lugar de residência.
2. Os Estados-Membros devem assegurar que as condições gerais de acesso a um serviço que são postas à disposição do grande público pelo prestador não incluam

³⁷ Artigo 1. Obrigação de respeitar os direitos 1. Os Estados Partes nesta Convenção comprometem-se a respeitar os direitos e liberdades nela reconhecidos e a garantir seu livre e pleno exercício a toda pessoa que esteja sujeita à sua jurisdição, sem discriminação alguma por motivo de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social.

³⁸ ARTIGO 26. Todas as pessoas são iguais perante a lei e têm direito, sem discriminação alguma, a igual proteção da Lei. A este respeito, a lei deverá proibir qualquer forma de discriminação e garantir a todas as pessoas proteção igual e eficaz contra qualquer discriminação por motivo de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, situação econômica, nascimento ou qualquer outra situação.

condições discriminatórias baseadas na nacionalidade ou no lugar de residência do destinatário, sem que tal afecte a possibilidade de se preverem diferenças no que diz respeito às condições de acesso e que sejam directamente justificadas por critérios objectivos.

III.2 – Da ofensa ao direito de informar, à liberdade de escolha e à boa-fé objetiva

O princípio da equivalência negocial, consubstanciado no já mencionado artigo 6º, II, CDC, em outra faceta, também assegura ao consumidor o direito de conhecer o produto que está adquirindo, de acordo com a ideia de plena liberdade de escolha e do dever anexo de informar. Assim, a lei proíbe qualquer tipo de discriminação no momento de contratar, sob o pretexto constitucional de que todos são iguais perante a lei, existindo também o dever de o prestador ou fornecedor informar todos sobre os riscos inerentes à prestação ou ao fornecimento. De igual forma, percebe-se um contato direto entre o princípio da equivalência negocial e a boa-fé objetiva, havendo uma exigência de condutas de lealdade por parte dos profissionais da relação de consumo, que deverão, de maneira igualitária, fornecer condições iguais nas fases pré-contratual, contratual e pós-contratual do negócio jurídico.³⁹

No caso em tela, o serviço é prestado mediante o acesso dos consumidores ao site HOTEL URBANO. Já na página inicial, o usuário deve inserir os dados da compra que pretende realizar (origem, destino, datas de ida e de volta, bem como os quartos, carros e demais serviços que deseja reservar). A reserva é realizada por meio de alguns cliques, sendo que não são dadas ao consumidor, em momento algum, as informações sobre a prática ora impugnada.

³⁹ TARTUCE, Flávio; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Manual de Direito do Consumidor. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 89/90.

Em outras palavras, o consumidor não tem ciência de que sua localização está sendo computada pelos algoritmos do site e utilizada para determinar os hotéis e preços que irá contratar. De forma semelhante, resta prejudicada sua liberdade de optar pelo hotel em que tomará estadia pela elevação de seu preço a patamares irrazoáveis.

Esse fato é crucial para evidenciar ainda mais a abusividade da prática, pois contraria o dever anexo de informar⁴⁰ presente não só nos contratos consumeristas (artigo 6º, III, CDC), mas também nas relações civis puras. Nesse sentido, a teoria geral dos contratos reconhece que o direito à informação prévia e adequada, quando a obrigação de informar não é a prestação nuclear da relação jurídica, é um dever lateral de contratação, resultante do princípio da boa-fé objetiva. Ele somente será efetivado quando a divulgação da informação tiver sido realizada da maneira adequada, conforme exigido pela lei ou pelo contrato. Informação adequada, portanto, é aquela que atende as legítimas expectativas dos destinatários da mensagem, levando-se em consideração as circunstâncias do caso. O direito à informação está, ainda, diretamente ligado ao princípio da transparência (artigo 4º, caput, CDC), traduzindo-se na obrigação do fornecedor de dar ao consumidor a oportunidade prévia de conhecer os produtos e serviços. Gera-se, assim, no momento de contratação, a ciência plena do conteúdo das obrigações e das condições pactuadas.

Em relação ao meio digital em específico, é importante ressaltar que a prática levada a cabo pelo HOTEL URBANO também está em dissonância com a regulação do uso da internet no Brasil,

⁴⁰ Art. 6º São direitos básicos do consumidor:
(...)

III - a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade, tributos incidentes e preço, bem como sobre os riscos que apresentem;

posto que o Marco Civil da Internet (Lei n.º 12.965/2014) prevê que são assegurados ao usuário os seguintes direitos:

Art. 7º O acesso à internet é essencial ao exercício da cidadania, e ao usuário são assegurados os seguintes direitos:

(...)

VII - não fornecimento a terceiros de seus dados pessoais, inclusive registros de conexão, e de acesso a aplicações de internet, salvo mediante consentimento livre, expresso e informado ou nas hipóteses previstas em lei;

VIII - informações claras e completas sobre coleta, uso, armazenamento, tratamento e proteção de seus dados pessoais, que somente poderão ser utilizados para finalidades que:

a) justifiquem sua coleta;

b) não sejam vedadas pela legislação; e

c) estejam especificadas nos contratos de prestação de serviços ou em termos de uso de aplicações de internet;

IX - consentimento expresso sobre coleta, uso, armazenamento e tratamento de dados pessoais, que deverá ocorrer de forma destacada das demais cláusulas contratuais;

Com efeito, todos os direitos acima transcritos são violados pela prática da geodiscriminação digital. O HOTEL URBANO coleta dados pessoais sobre a localização dos usuários sem consentimento livre e expresso destes, e não fornece informações claras a respeito do modo de coleta e da forma de como serão utilizadas – isso é, influenciando nos preços praticados. Não bastasse isso, o fim a que se destinam as informações coletadas é, conforme visto, flagrantemente ilegal, estando vedado por normas nacionais consumeristas, constitucionais e internacionais.

III.3 – Da publicidade enganosa

A empresa ré incorre, ainda, na prática de publicidade enganosa, violando o disposto no artigo 37, § 1º, CDC. Em seu site, encontramos a expressão: “hotéis e pacotes pelo melhor preço”. No entanto, como explicado acima e verificado nos autos do inquérito civil, o “melhor preço” não é alcançado por todos. Na verdade, a melhor oferta depende da localização geográfica dos usuários, sendo os menores preços reservados a estrangeiros. Observa-se, assim, diferenças entre o ofertado e o efetivamente praticado, mediante a exploração de déficits de informação e de ofensas às leis pertinentes.

Referida publicidade é pacificamente entendida pelo STJ como abusiva, em entendimento que se exemplifica:

DIREITO DO CONSUMIDOR. RECURSO ESPECIAL. VÍCIO DO PRODUTO. AUTOMÓVEIS SEMINOVOS. PUBLICIDADE QUE GARANTIA A QUALIDADE DO PRODUTO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. USO DA MARCA. LEGÍTIMA EXPECTATIVA DO CONSUMIDOR. MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. SÚM. 7/STJ. 1. O Código do Consumidor é norteado principalmente pelo reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor e pela necessidade de que o Estado atue no mercado para minimizar essa hipossuficiência, garantindo, assim, a igualdade material entre as partes. Sendo assim, no tocante à oferta, estabelece serem direitos básicos do consumidor o de ter a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços (CDC, art. 6º, III) e o de receber proteção contra a publicidade enganosa ou abusiva (CDC, art. 6º, IV). 2. É bem verdade que, paralelamente ao dever de informação, se tem a faculdade do fornecedor de anunciar seu produto ou serviço, sendo certo que, se o fizer, a publicidade deve refletir fielmente a realidade

anunciada, em observância à principiologia do CDC. Realmente, o princípio da vinculação da oferta reflete a imposição da transparência e da boa-fé nos métodos comerciais, na publicidade e nos contratos, de forma que esta exsurge como princípio máximo orientador, nos termos do art. 30. 3. Na hipótese, inequívoco o caráter vinculativo da oferta, integrando o contrato, de modo que o fornecedor de produtos ou serviços se responsabiliza também pelas expectativas que a publicidade venha a despertar no consumidor, mormente quando veicula informação de produto ou serviço com a chancela de determinada marca, sendo a materialização do princípio da boa-fé objetiva, exigindo do anunciante os deveres anexos de lealdade, confiança, cooperação, proteção e informação, sob pena de responsabilidade. 4. A responsabilidade civil da fabricante decorre, no caso concreto, de pelo menos duas circunstâncias: a) da premissa fática incontornável adotada pelo acórdão de que os mencionados produtos e serviços ofertados eram avaliados pela montadora através da mensagem publicitária veiculada; b) e também, de um modo geral, da percepção de benefícios econômicos com as práticas comerciais da concessionária, sobretudo ao permitir a utilização consentida de sua marca na oferta de veículos usados e revisados com a excelência da GM. 5. Recurso especial não provido. (STJ - REsp: 1365609 SP 2011/0105689-3, Relator: Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, Data de Julgamento: 28/04/2015, T4 - QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJe 25/05/2015).

Assim, deve ser salientado que as ofertas feitas pela empresa ré durante o registro feito na Espanha e no Brasil para hospedagens de turistas no Rio de Janeiro não foi uma mera pesquisa de mercado, mas atos negociais feitos a consumidores com todas as características típicas de uma oferta vinculante para a compra de

serviços. Como estas ofertas contrariavam a publicidade disponibilizada aos consumidores brasileiros, restou evidente a publicidade enganosa para todo o mercado brasileiro de comércio eletrônico, atingindo milhões de turistas eventualmente interessados em adquirir hospedagem pela internet.

III.4 – Da responsabilização do réu

Conforme já adiantado em sua defesa nos autos do inquérito civil em anexo, o HOTEL URBANO certamente tentará afastar a responsabilidade pela prática abusiva da geodiscriminação, imputando-a ao horário da consulta. Com efeito, relembra-se que a ré afirmou: “uma das estratégias da investigada para impulsionar suas vendas é a de criar descontos pontuais ao longo do dia. Em outras palavras, a Investigada disponibiliza promoções de pequena duração para incentivar seus clientes a comprar pacotes de viagem em seu *website*” (fl. 114). No entanto, esta alegação não merece prosperar, na medida em que a pesquisa realizada pelo DEDICT da CSI no dia 06/03/2018, buscando o período de hospedagem entre os dias 08/05/2018 a 15/05/2018, consoante se vê às fls. 91/105 do IC nº 359/2017. Assim, não restam dúvidas acerca da conduta ilícita praticada pela ré, qual seja, de geodiscriminação.

Frisa-se que o HOTEL URBANO é responsável pela indexação e pela efetiva reserva dos quartos, bem como pela coleta e manipulação dos dados do consumidor. Nesse sentido, deve responder objetivamente pela prática abusiva constatada e pelas falhas na prestação do serviço. É o que preceitua a jurisprudência:

APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO DO CONSUMIDOR. DECOLAR.COM. AGÊNCIA DE VIAGENS E TURISMO ON LINE. FALHA NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO. PUBLICIDADE ENGANOSA. VENDA DE PASSAGENS AÉREAS EM CLASSE EXECUTIVA. OFERTA NÃO CUMPRIDA. RESPONSABILIDADE

SOLIDÁRIA. DANOS MORAIS CONFIGURADOS. QUANTUM CONSENTÂNEO COM AS ESPECIFICIDADES DO CASO CONCRETO. MANUTENÇÃO INTEGRAL DA SENTENÇA. Lide que deve ser julgada à luz do Código de Defesa do Consumidor, uma vez que a autora/apelada é destinatária final do serviço de intermediação de serviços e produtos turísticos prestados pela ré/apelante. Empresa que atua no mercado como agência de viagens e turismo, nos termos do Decreto 84.934, de 21 de julho de 1980, ou seja, como fornecedora de serviços turísticos, com a função de, entre outros, fazer a intermediação de produtos e serviços turísticos, mediante o desenvolvimento de viagens, além de assessorar e prestar consultoria ao turista ou consumidor, e, por isso, enquadra-se perfeitamente no conceito de fornecedor previsto no artigo 3º do Código de Defesa do Consumidor. Afastamento da alegação de que se trata de serviços de corretagem. Rechaçada a preliminar de ilegitimidade passiva, uma vez que a contratação ocorreu diretamente com a apelante, de modo que, como os apelados lhe atribuíram a responsabilidade pelos danos suportados em razão da falha na prestação do serviço, é ela parte legítima para figurar no polo passivo da demanda, uma vez que, de acordo com as normas protetivas contidas na Lei 8.078/90, ao consumidor é assegurado o direito de voltar-se contra todos os que estiverem na cadeia de consumo, seja pela má prestação do serviço ou pelo fornecimento de produtos. Se a responsabilidade pelos fatos será ou não reconhecida, tal questão diz respeito ao mérito. Incontroverso nos autos que os apelados adquiriram três passagens aéreas no site da apelante, com destino à cidade de Miami, nos Estados Unidos, onde permaneceriam por três dias, e, que, na ocasião, optaram pela oferta de voos em classe

executiva, diante do fato de que eram homens de forte compleição física e, por isso, desejavam viajar de forma mais confortável. No entanto, ao receberem, por e-mail, os bilhetes de compra eletrônicos, perceberam que as passagens foram emitidas para a classe econômica. A partir daí, entraram em contato com a apelante a fim de solucionar a questão, mas obtiveram a informação de que nada poderia ser feito. Apelante que diretamente veiculou a oferta e efetuou a publicidade em seu site na internet, ou seja, colocou no mercado o produto da companhia aérea, de modo que, na qualidade de intermediadora na venda de passagens aéreas, passou a integrar a cadeia de consumo. Deste modo, tornou-se responsável pelos vícios e defeitos decorrentes da má prestação do serviço, solidariamente, com a companhia aérea pelos danos causados aos consumidores, nos termos do disposto nos artigos 7º, parágrafo único, e 25, § 1º, ambos do Código de Defesa do Consumidor. Infringência ao princípio da vinculação à oferta. Responsabilidade civil da apelante reconhecida, nos termos do artigo 14, caput, do Código de Defesa do Consumidor, o que enseja a reparação dos apelados quanto aos prejuízos de ordem moral suportados em virtude da falha na prestação do serviço. Situação retratada no processo em que se verifica que o dano moral é presumido, independentemente, a rigor, da produção de provas de sua ocorrência, uma vez que é de comum conhecimento os efeitos lesivos decorrentes da propaganda enganosa ao consumidor de produtos e serviços, de modo que tais circunstâncias não se circunscrevem a meros dissabores da vida moderna, sem aptidão para causar prejuízos de ordem extrapatrimonial. Circunstância narrada na inicial que acarretou imensa frustração aos apelados, que, além de efetuarem o pagamento por um produto em desconformidade com a oferta e a publicidade,

viajaram para os Estados Unidos com pouco conforto. E, ao tentarem solucionar o problema administrativamente, receberam resposta negativa da apelante, o que somente reforça a abusividade de sua conduta. Descabimento da alegação de excesso na fixação do valor da reparação por dano moral, pois, na presente hipótese, observa-se que o quantum arbitrado na sentença, no patamar de R\$3.000,00(três mil reais), para cada apelante, mostrou-se consentâneo com as especificidades do caso concreto e com o caráter pedagógico-punitivo da condenação, e, assim, deve ser mantido. CONHECIMENTO E DESPROVIMENTO DO RECURSO.

(TJ-RJ - APL: 00152680920118190001 RIO DE JANEIRO CAPITAL 1 VARA CÍVEL, Relator: ALCIDES DA FONSECA NETO, Data de Julgamento: 25/03/2015, VIGÉSIMA TERCEIRA CÂMARA CÍVEL CONSUMIDOR, Data de Publicação: 27/03/2015).

APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO DO CONSUMIDOR. AÇÃO INDENIZATÓRIA POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. COMPRA DE PASSAGEM AÉREA PELA INTERNET. COBRANÇA DUPLICADA E INDEVIDA. DEVER DE RESTITUIR EM DOBRO, A TEOR DO ART. 42, § ÚNICO, DO CDC. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA ENTRE A EMPRESA AÉREA E O SITE EM QUE FOI EFETUADA A COMPRA DA PASSAGEM. DANO MORAL ARBITRADO EM R\$ 6.000,00, DE ACORDO COM OS PARÂMETROS DA RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA QUE SE MANTÉM. NEGA-SE SEGUIMENTO AO RECURSO DA RÉ, NA FORMA DO ARTIGO 557, §CAPUT§, DO CPC.

(TJ-RJ - APL: 04554523920118190001 RJ 0455452-39.2011.8.19.0001, Relator: DES. FLÁVIO MARCELO DE AZEVEDO HORTA FERNANDES,

*Data de Julgamento: 09/03/2015, VIGÉSIMA
QUARTA CAMARA CIVEL/ CONSUMIDOR, Data de
Publicação: 11/03/2015 00:00)*

Não fosse o bastante, a jurisprudência do STJ também é
cediça no que concerne a responsabilidade solidária de todos os
integrantes da cadeia de consumo por falhas na prestação de serviços:

*RESPONSABILIDADE CIVIL. RECURSO ESPECIAL.
ANÚNCIO ERÓTICO FALSO PUBLICADO EM SITES
DE CLASSIFICADOS NA INTERNET. DEVER DE
CUIDADO NÃO VERIFICADO. SERVIÇOS
PRESTADOS EM CADEIA POR MAIS DE UM
FORNECEDOR. SITE DE CONTEÚDO QUE
HOSPEDA OUTRO. RESPONSABILIDADE CIVIL
DE TODOS QUE PARTICIPAM DA CADEIA DE
CONSUMO. 1. No caso, o nome do autor foi
anunciado em sites de classificados na internet,
relacionando-o com prestação de serviços de caráter
erótico e homossexual, tendo sido informado o
telefone do local do seu trabalho. O sítio da rede
mundial de computadores apontado pelo autor como
sendo o veiculador do anúncio difamante -
ipanorama.com - é de propriedade da ré TV Juiz de
Fora Ltda., a qual mantinha relação contratual com a
denunciada, Mídia 1 Publicidade Propaganda e
Marketing, proprietária do portal O Click, que se
hospedava no site da primeira ré e foi o disseminador
do anúncio. Este último (O Click) responsabilizava-se
contratualmente pela "produção de quaisquer dados
ou informações culturais, esportivas, de
comportamento, serviços, busca, classificados,
webmail e outros serviços de divulgação". 2. Com
efeito, cuida-se de relação de consumo por
equiparação, decorrente de evento relativo a
utilização de provedores de conteúdo na rede mundial
de computadores, organizados para fornecer serviços*

em cadeia para os usuários, mediante a hospedagem do site "O click "no site" ipanorama.com ". 3. Assim, a solução da controvérsia deve partir da principiologia do Código de Defesa do Consumidor fundada na solidariedade de todos aqueles que participam da cadeia de produção ou da prestação de serviços. Para a responsabilização de todos os integrantes da cadeia de consumo, apura-se a responsabilidade de um deles, objetiva ou decorrente de culpa, caso se verifiquem as hipóteses autorizadoras previstas no CDC. A responsabilidade dos demais integrantes da cadeia de consumo, todavia, não decorre de seu agir culposo ou de fato próprio, mas de uma imputação legal de responsabilidade que é servil ao propósito protetivo do sistema. 4. No caso em apreço, o site O click permitiu a veiculação de anúncio em que, objetivamente, comprometia a reputação do autor, sem ter indicado nenhuma ferramenta apta a controlar a idoneidade da informação. Com efeito, é exatamente no fato de o veículo de publicidade não ter se precavido quanto à procedência do nome, telefone e dados da oferta que veiculou, que reside seu agir culposo, uma vez que a publicidade de anúncios desse jaez deveria ser precedida de maior prudência e diligência, sob pena de se chancelar o linchamento moral e público de terceiros. 5. Mostrando-se evidente a responsabilidade civil da empresa Mídia 1 Publicidade Propaganda e Marketing, proprietária do site O click, configurada está a responsabilidade civil da TV Juiz de Fora, proprietária do site ipanorama.com, seja por imputação legal decorrente da cadeia de consumo, seja por culpa in eligendo. 6. Indenização por dano moral arbitrada em R\$ 30.000,00 (trinta mil reais). 7. Recurso especial provido" (REsp 997.993/MG, Rel.

*Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA
TURMA, julgado em 21/06/2012, DJe 06/08/2012)*

*CONSUMIDOR. CONTRATO. SEGURO. APÓLICE
NÃO EMITIDA. ACEITAÇÃO DO SEGURO.
RESPONSABILIDADE. SEGURADORA E
CORRETORES. CADEIA DE FORNECIMENTO.
SOLIDARIEDADE. 1. A melhor exegese dos arts. 14 e
18 do CDC indica que todos aqueles que participam
da introdução do produto ou serviço no mercado
devem responder solidariamente por eventual defeito
ou vício, isto é, imputa-se a toda a cadeia de
fornecimento a responsabilidade pela garantia de
qualidade e adequação. 2. O art. 34 do CDC
materializa a teoria da aparência, fazendo com que os
deveres de boa-fé, cooperação, transparência e
informação alcancem todos os fornecedores, diretos
ou indiretos, principais ou auxiliares, enfim todos
aqueles que, aos olhos do consumidor, participem da
cadeia de fornecimento. 3. No sistema do CDC fica a
critério do consumidor a escolha dos fornecedores
solidários que irão integrar o polo passivo da ação.
Poderá exercitar sua pretensão contra todos ou
apenas contra alguns desses fornecedores, conforme
sua comodidade e/ou conveniência. 4. O art. 126 do
DL nº 73/66 não afasta a responsabilidade solidária
entre corretoras e seguradoras; ao contrário,
confirma-a, fixando o direito de regresso destas por
danos causados por aquelas. 5. Tendo o consumidor
realizado a vistoria prévia, assinado proposta e pago
a primeira parcela do prêmio, pressupõe-se ter havido
a aceitação da seguradora quanto à contratação do
seguro, não lhe sendo mais possível exercer a
faculdade de recusar a proposta. 6. Recurso especial
não provido" (REsp 1077911/SP, Rel. Ministra
NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em
04/10/2011, DJe 14/10/2011).*

PETIÇÃO RECEBIDA COMO AGRAVO REGIMENTAL. PRINCÍPIOS DA ECONOMIA, INSTRUMENTALIDADE E FUNGIBILIDADE RECURSAL. DIREITO CIVIL E DO CONSUMIDOR. RESPONSABILIDADE CIVIL. CARTÃO DE CRÉDITO ROUBADO. DANOS MORAIS E MATERIAIS. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DA SOCIEDADE TITULAR DA BANDEIRA. 1.- Todos os que integram a cadeia de fornecedores do serviço de cartão de crédito respondem solidariamente em caso de fato ou vício do serviço. Assim, cabe às administradoras do cartão, aos estabelecimentos comerciais, às instituições financeiras emitentes do cartão e até mesmo às proprietárias das bandeiras, verificar a idoneidade das compras realizadas com cartões magnéticos, utilizando-se de meios que dificultem ou impossibilitem fraudes e transações realizadas por estranhos em nome de seus clientes. Precedentes. 2.- Agravo Regimental improvido" (PET no AgRg no REsp 1391029/SP, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, julgado em 04/02/2014, DJe 17/02/2014).

CIVIL E CONSUMIDOR. RESPONSABILIDADE CIVIL. CARTÃO DE CRÉDITO. EXTRAVIO. 1. A melhor exegese dos arts. 14 e 18 do CDC indica que todos aqueles que participam da introdução do produto ou serviço no mercado devem responder solidariamente por eventual defeito ou vício, isto é, imputa-se a toda a cadeia de fornecimento a responsabilidade pela garantia de qualidade e adequação. 2. No sistema do CDC, fica a critério do consumidor a escolha dos fornecedores solidários que irão integrar o polo passivo da ação. Poderá exercitar sua pretensão contra todos ou apenas contra alguns desses fornecedores, conforme sua comodidade

e/ou conveniência. 3. São nulas as cláusulas contratuais que impõem exclusivamente ao consumidor a responsabilidade por compras realizadas com cartão de crédito furtado ou roubado, até o momento da comunicação do furto à administradora. Precedentes. 4. Cabe às administradoras, em parceria com o restante da cadeia de fornecedores do serviço (proprietárias das bandeiras, adquirentes e estabelecimentos comerciais), a verificação da idoneidade das compras realizadas com cartões magnéticos, utilizando-se de meios que dificultem ou impossibilitem fraudes e transações realizadas por estranhos em nome de seus clientes, independentemente de qualquer ato do consumidor, tenha ou não ocorrido roubo ou furto. Precedentes. 5. Recurso especial provido" (REsp 1058221/PR, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 04/10/2011, DJe 14/10/2011).

Pelo exposto, conclui-se pela devida responsabilização do HOTEL URBANO pelas práticas de geodiscriminação.

III.5 – Da inversão legal do ônus da prova pela falha na prestação do serviço

Ressalta o autor que, uma vez que aqui se argui falha na prestação do serviço, é imperioso que a ré demonstre alguma das ocorrências do artigo 14, § 3º, CDC. Mais do que isso, o ônus probatório no presente caso é de extrema importância, conforme se explica a seguir.

É entendimento manso e pacífico, na doutrina e na jurisprudência, que o consumidor é essencialmente vulnerável. A hipossuficiência, contudo, é característica distinta, que deve ser aferida no caso concreto. De qualquer modo, o conceito de

hipossuficiência vai além do sentido literal de vocábulos como “pobre” ou “sem recursos”, abrangendo também outras situações que refletem a assimetria de poder nas relações consumeristas. Nesse sentido, a disparidade técnica ou informacional merece especial atenção, pois reflete a incapacidade de o consumidor produzir provas em juízo dos fatos por ele alegados e das condutas abusivas perpetradas pelo fornecedor com o qual litiga. No caso em apreço, é notório que os consumidores não possuem formas de provar as práticas de geodiscriminação levadas a cabo pelo réu, sobretudo porque não são dadas, em momento algum, as devidas explicações aos usuários. Como já explicado, as reservas são feitas mediante alguns cliques, de modo que os consumidores não têm ciência de que estão sendo privados, simplesmente em razão de sua localização geográfica, de determinadas ofertas e de preços mais baixos.

De fato, o elemento de prova trazido aos autos do inquérito civil é um relatório técnico, elaborado por uma equipe especializada do Ministério Público, de altíssima complexidade, realizados em dois países diferentes, de modo que sua reprodução é difícil, ainda mais por consumidores que não dispõem do conhecimento jurídico e de possibilidades econômicas. Assim, para a constatação cabal da prática de geodiscriminação, seria absolutamente necessário que o HOTEL URBANO compartilhasse a codificação e a estrutura do seu algoritmo. Ocorre que, por ser o algoritmo um mecanismo dinâmico, que pode ser facilmente alterado ou até mesmo se modificar automaticamente, por meio de inteligência artificial que o permita “aprender sozinho” a partir das informações imputadas por usuários, também seria necessário que o HOTEL URBANO apresentasse o registro da estrutura de programação vigente pelos últimos dois anos, de modo a evitar fraudes.

Observa-se assim que, por um lado, os consumidores lesados restam impossibilitados de produzir prova completa sobre

todos os detalhes da prática fraudulenta e discriminatória. Já por outro, o HOTEL URBANO está em posição clara de maior facilidade de produção da prova em comento.

Em suma, verifica-se que não restam mais quaisquer dúvidas sobre as práticas de geodiscriminação cometidas pelo réu, sendo certo que foi demonstrada claramente a precificação discriminatória com base na origem geográfica do consumidor ('*geo-pricing*'). Tal prática abusiva e ilegal foi evidenciada através de relatório técnico elaborado pela Coordenadoria de Segurança e Inteligência – Divisão de Evidências Digitais e Tecnologia (DEDIT – CSI). Não há dúvida, portanto, de que foi cumprido de forma inegavelmente satisfatória o requisito de comprovação dos fatos alegados, o que resta claro dos autos do inquérito em anexo. Destarte, seja pela previsão específica do artigo 14, §3º, CDC, seja pela norma geral do artigo 373, § 1º, CPC⁴¹, é notória a inversão do ônus probatório no caso em tela.

III.6 – Da eficácia territorial

A presente ação é fruto de investigações promovidas pelo Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro e está sendo proposta a uma das Varas Empresariais da Comarca da Capital do mesmo Estado. Contudo, dada a extensão nacional dos aspectos fáticos e jurídicos subjacentes à demanda, eventuais decisões devem ser proferidas com abrangência nacional. Isso porque o HOTEL URBANO é uma empresa que atua em todo o território brasileiro, posto que oferece serviços típicos do *e-commerce* e, portanto, pode ser contratada por todo e qualquer brasileiro. Assim, todos os consumidores devem ser protegidos, sob pena de haver (mais uma)

⁴¹ Art. 373. § 1º Nos casos previstos em lei ou diante de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos do caput ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, poderá o juiz atribuir o ônus da prova de modo diverso, desde que o faça por decisão fundamentada, caso em que deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído.

discriminação. Com efeito, não é possível restringir os efeitos das decisões neste processo, visto que poderia se configurar a desarrazoada situação de a prática impugnada ser considerada válida em determinados estados da Federação e inválida em outros.

Não há, assim, que se confundir as regras de competência territorial com os efeitos da coisa julgada. Os segundos possuem abrangência independente das primeiras, sendo certo que, verificada a extensão dos danos provocados pela geodiscriminação e a natureza indivisível dos direitos transindividuais ora discutidos, o juízo, no comando decisório, sob pena de ser inócua a sua decisão, deve ter capacidade para recompor ou indenizar tais danos em suas abrangências territoriais, independentemente de qualquer limitação.

Nesse sentido, já é pacífica a jurisprudência do STJ:

*EMBARGOS DE
DECLARAÇÃO NO AGRAVO INTERNO NO AGRAVO
EM RECURSO ESPECIAL. CUMPRIMENTO DE
SENTENÇA. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IDEC. LIMITE
TERRITORIAL DA SENTENÇA. LIMITAÇÃO
INDEVIDA. EFICÁCIA DA COISA JULGADA QUE
NÃO SE RESTRINGE AO TERRITÓRIO DO
ÓRGÃO JUDICANTE.*

*ABRANGÊNCIA DOS DIREITOS COLETIVOS EM
SENTIDO AMPLO INDISTINTAMENTE. HIPÓTESE
DE DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS.
POSSIBILIDADE DESDE QUE O EXEQUENTE SEJA
BENEFICIÁRIO DO COMANDO DISPOSTO NA
SENTENÇA. ERESP N. 1.134.957/SP. ACÓRDÃO
RECORRIDO REFORMADO. ACLARATÓRIOS
PARCIALMENTE ACOLHIDOS, COM EFEITOS
INFRINGENTES, PARA DAR PROVIMENTO AO
RECURSO ESPECIAL.*

*1. Recentemente, ficou decidido pela Corte Especial
deste Tribunal, no julgamento do Embargos de*

Divergência em REsp n. 1.134.957/SP, que é indevido limitar, em princípio, a eficácia das decisões proferidas em ações civis públicas coletivas ao território da competência do órgão julgante.

A vedação dessa limitação estende-se aos direitos coletivos indistintamente (direito coletivo em sentido estrito, difuso ou individual homogêneo), sendo que, no caso dessa última espécie, a coisa julgada atingirá todos aqueles beneficiários do comando exarado na decisão que se pretenda executar.

2. Aclaratórios acolhidos parcialmente, com efeitos infringentes, para dar provimento ao recurso especial.

(EDcl no AgInt no AREsp 965.951/PR, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, TERCEIRA TURMA, julgado em 25/04/2017, DJe 08/05/2017. Grifo nosso).

PROCESSUAL CIVIL E CONSUMIDOR. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC/1973 DEFICIÊNCIA NA FUNDAMENTAÇÃO. SÚMULA 284/STF. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. PLANO DE SAÚDE. COBERTURA DO PROCEDIMENTO DE DRENAGEM LINFÁTICA. ALEGAÇÃO DE CUMPRIMENTO DE RESOLUÇÃO DA ANS. FALTA DE PREQUESTIONAMENTO. ATO QUE NÃO SE ENQUADRA NO CONCEITO DE LEI FEDERAL. CONHECIMENTO EM RECURSO ESPECIAL. IMPOSSIBILIDADE. COISA JULGADA EM DEMANDA COLETIVA. EFEITOS. DANO MORAL COLETIVO RECONHECIDO PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. PEDIDO PARA QUE O STJ EXCLUA A CONDENAÇÃO OU, SUCESSIVAMENTE, REDUZA O VALOR. IMPOSSIBILIDADE.

NECESSIDADE DE REEXAME DO CONTEXTO FÁTICO-PROBATÓRIO. SÚMULA 7/STJ.

1. Não se conhece do Recurso Especial em relação à ofensa ao art. 535 do CPC/1973 quando a parte não aponta, de forma clara, o vício em que teria incorrido o acórdão impugnado. Aplicação, por analogia, da Súmula 284/STF.

2. A parte recorrente sustenta que apenas no ano de 2004, com a edição da Resolução ANS, o procedimento de drenagem linfática passou a ser de cobertura obrigatória pelas seguradoras de plano de saúde. Nesse ponto, não se pode conhecer do recurso. A uma, porque o acórdão recorrido não decidiu a demanda referindo-se à mencionada Resolução, faltando o requisito do prequestionamento. A duas, por demandar interpretação de normativo interno de órgão federal não enquadrado no conceito de lei federal. Ressalte-se que, de acordo com o art. 105, III, alínea "a", da Constituição Federal, não se pode analisar eventual ofensa a resoluções, regulamentos, portarias ou instruções normativas, por não estarem tais atos normativos compreendidos na expressão "lei federal". Precedentes do STJ.

3. In casu, recorrer aos "limites da competência" para reduzir a efetividade da decisão em Ação Coletiva implica infringência às regras do CDC, as quais determinam que o juízo do foro da Capital do Estado ou do Distrito Federal detém competência absoluta para julgar as causas que tratem de dano de âmbito nacional ou regional, aplicando-se, ademais, as regras do CPC aos casos de competência concorrente. Nesse contexto, deve-se elidir eventual interpretação literal do artigo 2º-A da Lei 9.494/1997, que lhe confira o sentido de limitar a eficácia da coisa julgada, porquanto tal interpretação ofenderia a integração normativa

entre as disposições do Código de Defesa do Consumidor e da Lei da Ação Civil Pública. Precedentes do STJ.

4. A propósito, a Corte Especial decidiu, em recurso repetitivo, que "os efeitos e a eficácia da sentença não estão circunscritos a lindes geográficos, mas aos limites objetivos e subjetivos do que foi decidido, levando-se em conta, para tanto, sempre a extensão do dano e a qualidade dos interesses metaindividuais postos em juízo (arts. 468, 472 e 474, CPC e 93 e 103, CDC)" (REsp 1243887/PR, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Corte Especial, julgado sob a sistemática prevista no art. 543-C do CPC, DJ 12/12/2011).

5. No que se refere à condenação da seguradora em danos morais coletivos, o acórdão obargado estabeleceu que a recusa ao custeio do procedimento causou insegurança, frustração e aflição a todos os segurados que tiveram o direito ao tratamento desrespeitado. A compreensão do Sodalício a quo está em consonância com a orientação do Superior Tribunal de Justiça de que é cabível a condenação por danos morais em Ação Civil Pública (AgRg no REsp 1541563/RJ, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 8/9/2015, DJe 16/09/2015). Fixado o cabimento do dano moral coletivo, a revisão da prova da sua efetivação no caso concreto e da quantificação esbarra na Súmula 7/STJ.

6. Agravo Interno não provido.

(AgInt no REsp 1528392/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 20/04/2017, DJe 05/05/2017. Grifo nosso).

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. ART. 535 DO CPC. VIOLAÇÃO. AUSÊNCIA. AÇÃO CIVIL PÚBLICA.

EFICÁCIA SUBJETIVA. INCIDÊNCIA DO CDC. EFEITOS ERGA OMNES . 1. Não ocorre contrariedade ao art. 535, inc. II, do CPC, quando o Tribunal de origem decide fundamentadamente todas as questões postas ao seu exame, assim como não há que se confundir entre decisão contrária aos interesses da parte e inexistência de prestação jurisdicional.

2. O magistrado não está obrigado a responder a todas as questões suscitadas em juízo, quando já tenha encontrado motivo suficiente para proferir a decisão.

3. No que se prende à abrangência da sentença prolatada em ação civil pública relativa a direitos individuais homogêneos, a Corte Especial decidiu, em sede de recurso repetitivo, que "os efeitos e a eficácia da sentença não estão circunscritos a lindes geográficos, mas aos limites objetivos e subjetivos do que foi decidido, levando-se em conta, para tanto, sempre a extensão do dano e a qualidade dos interesses metaindividuais postos em juízo (arts. 468, 472 e 474, CPC e 93 e 103, CDC)" (REsp 1243887/PR, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Corte Especial, julgado sob a sistemática prevista no art. 543-C do CPC, DJ 12/12/2011).

4. Com efeito, quanto à eficácia subjetiva da coisa julgada na ação civil pública, incide o Código de Defesa do Consumidor por previsão expressa do art. 21 da própria Lei da Ação Civil Pública.

5. Desse modo, os efeitos do acórdão em discussão nos presentes autos são erga omnes, abrangendo a todas as pessoas enquadráveis na situação do substituído, independentemente da competência do órgão prolator da decisão. Não fosse assim, haveria graves limitações à extensão e às potencialidades da ação civil pública, o que não se pode admitir.

6. Agravo regimental a que se nega provimento.

(STJ – 2ª Turma – AgRg no REsp 1.380.787/SC – rel.
Min. Og Fernandes – j.19.08.2014 – DJe 02.09.2014.
Grifo nosso).

O tema assume contornos ainda mais expansivos quando se relembra que se trata de serviço oferecido na internet. Desse modo, além da questão territorial interna, observa-se que o HOTEL URBANO está discriminando consumidores estrangeiros, o que igualmente deve ser combatido. A lei consumerista aplica-se ao fornecedor brasileiro, independentemente de o serviço ser disponibilizado a estrangeiros, posto que oferecido no Brasil. De igual sorte, consumidores brasileiros também devem ser protegidos em qualquer lugar do mundo.

Nesse sentido, ressalte-se que o espaço cibernético não possui as mesmas barreiras do mundo físico. Assim, não deve haver qualquer diferenciação com base em critérios de localização geográfica: o fornecedor brasileiro não pode discriminar o consumidor, seja qual for sua nacionalidade; já o consumidor brasileiro deve ser protegido de tais condutas abusivas, posto que as normas constitucionais e consumeristas se protraem no espaço digital e nas relações privadas multiconectadas.

O tema da normatividade do espaço cibernético é essencial ao debate contemporâneo e tem sido objeto de reflexão qualificada em todo o planeta. Em sua visão pioneira sobre o assunto, o diretor do CENTRO PERELMAN de Bruxelas, Professor Benoît Frydman, desenvolveu um conceito de "*Unknown Normative Objects*" (traduzido livremente "Objetos Normativos Não-Identificados") em paralelo com a ideia de "*Unknown Flying Objects*" (Objetos Voadores Não-Identificados).⁴² O jurista belga se refere a uma série de objetos que tradicionalmente têm escapado à

⁴² Benoît Frydman, Comment penser le droit global, Serie des Working Papers du Centre Perelman de Philosophie du Droit, n. 01 (2011), p. 5-6.

regulação jurídica por não se enquadrarem tão facilmente nos parâmetros clássicos do direito positivo kelseniano. Exemplo pródigos são justamente o controle jurídico dos algoritmos e a aplicação do direito à internet e seu espaço cibernético. O eminente professor tem sido uma voz eloquente na defesa da aplicação do direito ao espaço cibernético e na crítica aos que consideram que a internet não pode ser pautada pelo direito estatal.⁴³

Também o eminente professor emérito da Faculdade de Direito da Universidade de Frankfurt, Gunther Teubner, tem defendido que o espaço cibernético é objeto de um processo complexo de expansão das normas jurídicas legais e constitucionais, cuja fragmentação e aplicação na esfera privada tem conduzido a uma juridicização do comércio eletrônico e da internet global. Em sua brilhante monografia *Verfassungsfragmente: Gesellschaftlicher Konstitutionalismus in der Globalisierung*⁴⁴, Teubner explica como a necessidade de disciplinar juridicamente o espaço cibernético e o comércio internacional tem provocado uma expansão do constitucionalismo global com o objetivo de normatizar as relações e os conflitos privados surgidos nestes domínios diante da insuficiência das normas privadas do ICCAN (regulamento da internet na Califórnia) e da *lex mercatoria* (usos e costumes da mercancia internacional).⁴⁵

Assim é que o direito dos estados tem se fragmentado e tem ampliado sua incidência para regular o espaço cibernético, especialmente as relações de que participam os nacionais de um determinado Estado como comerciantes e como consumidores. Um Estado nacional não pode pretender se tornar o único centro de

⁴³ Benoît Frydman, *Petit Manuel Pratique du Droit Global*, Académie Royale de Belgique (2014).

⁴⁴ Gunther Teubner, *Verfassungsfragmente: Gesellschaftlicher Konstitutionalismus in der Globalisierung*. Berlin: Suhrkamp (2012).

⁴⁵ *Idem*, p. 90-94.

regulação e juridização da internet, mas deve promover a aplicação de suas regras jurídicas legais e constitucionais para disciplinar as relações privadas de suas empresas e de indivíduos de sua nacionalidade. Trata-se de um critério recomendado pela literatura de direito e tecnologia, que reconhece, na prática, a extraterritorialidade do direito no cyberspaço,⁴⁶ possibilitando a incidência analogicamente das regras do direito marítimo ao espaço cibernético, em que o direito deve seguir a bandeira da embarcação e o passaporte do indivíduo conforme a sua nacionalidade – critério pessoal de jurisdição.⁴⁷

Ora, no caso do presente processo, a proibição de geodiscriminação deve incidir sobre as empresas brasileiras e sobre os consumidores brasileiros. Em primeiro lugar, as empresas brasileiras devem ser proibidas de conduzir seus negócios de maneira a bloquear consumidores e a precificar os produtos conforme a origem geográfica ou nacional do comprador. Em segundo lugar, os consumidores brasileiros devem ser protegidos contra geodiscriminação cometida por qualquer empresa do grupo HOTEL URBANO em todo o espaço jurídico transnacional do comércio eletrônico.

Como explicado acima, os principais teóricos do direito contemporâneo contemplaram a questão e defendem a aplicação do direito ao espaço cibernético. Por outro lado, uma preocupação de ordem prática comum aos aplicadores do direito, especialmente os magistrados, consiste na possibilidade de sancionar uma empresa multinacional em caso de descumprimento de uma norma, de uma medida liminar ou de uma sentença. Ora, como um magistrado

⁴⁶ Veja, a respeito, Chris Reed, *Making laws for cyberspace*. Oxford: Oxford University Press, (2012), p. 34-6; Andrew Murray, *Information Technology Law: the law and society*. Oxford: Oxford University Press (2016, 3th edn), p. 56.

⁴⁷ Diane Rowland, Uta Kohl, and Andrew Charlesworth, *Information Technology Law*. London: Routledge (2017 5th edn), p. 51-2.

poderia aplicar uma medida sancionatória para uma empresa multinacional que permite que suas filiais nos Estados Unidos, na Espanha ou no México discriminem um consumidor brasileiro? No caso da presente demanda coletiva, a questão é de fácil solução diante do interesse do grupo HOTEL URBANO de continuar operando no mercado brasileiro através de seu site. Portanto, o Poder Judiciário pode garantir que a empresa não irá discriminar mais os consumidores brasileiros no comércio eletrônico global como um requisito para que a empresa possa continuar operando dentro do mercado brasileiro. Assim, a consequência prática do descumprimento da proibição de discriminar os consumidores brasileiros no exterior pelo grupo seria a interrupção das atividades da empresa HOTEL URBANO no Brasil.

Apesar de tratar de medida dura, a mesma já foi aplicada em precedentes judiciais e administrativos por autoridades brasileiras. No caso do colapso de logística das empresas de comércio eletrônico brasileiras em 2011, por exemplo, o TJRJ interrompeu as atividades comerciais da empresa AMERICANAS.COM, proibindo a empresa de vender quaisquer produtos até regularizar seu sistema de entregas de produtos vendidos através de e-commerce.⁴⁸ Um outro precedente diz respeito às empresas de telefonia celular, proibidas pela ANATEL de vender novos aparelhos até a regularização da qualidade na prestação dos seus serviços.⁴⁹ Em ambos os casos, a medida dura foi necessária para obrigar as empresas a respeitarem os direitos dos consumidores brasileiros, o que seria também o caso na eventual continuidade da geo-discriminação contra consumidores brasileiros no exterior.

⁴⁸ TJ-RJ - APL: 00310790920118190001 RIO DE JANEIRO CAPITAL 7 VARA EMPRESARIAL, Relator: SERGIO LUCIO DE OLIVEIRA E CRUZ, Data de Julgamento: 06/11/2012, DÉCIMA QUINTA CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 09/11/2012.

⁴⁹ Cf. <http://g1.globo.com/jornal-da-globo/noticia/2012/07/anatel-proibe-claro-oi-e-tim-de-vender-chips-de-celular.html>

Ante o exposto, chega-se à conclusão de que as decisões de mérito tomadas neste processo devem possuir a maior abrangência possível. Deve o poder judiciário determinar o réu que se abstenha, na prestação de seus serviços, tanto brasileira quanto estrangeira, de promover qualquer discriminação injustificada de consumidores brasileiros no Brasil e no exterior, bem como de permitir que hotéis brasileiros discriminem quaisquer consumidores com base na origem geográfica ou nacional.

III.7 Dos danos morais e materiais

O réu deve ser condenado a ressarcir os consumidores – considerados em caráter individual – pelos danos que vem causando com a sua conduta. O Código de Defesa do Consumidor consagra o princípio da responsabilidade objetiva do fornecedor, ou seja, independentemente de culpa. Portanto, devem ser comprovados o nexo causal e o dano aos consumidores. No caso em comento, os danos são irrefutáveis. Os materiais decorrem da cobrança de montantes maiores para alguns consumidores face à mesma discriminação (*geo-pricing*). Ressalte-se que as condutas podem ter gerado prejuízos na esfera dos danos emergentes ou dos lucros cessantes.

Já em relação aos danos morais, tem-se que tais situações podem acarretar transtornos e outras consequências, que repercutem na esfera psicológica e mesmo na imagem dos consumidores. Nem todos os consumidores dos quais se exigiu o montante maior possuíam as condições para paga-la, o que pode ter gerado constrangimentos e vexações. Além disso, consumidores podem ter tido até mesmo que cancelar viagens, por ter sido surpreendidos por preços artificialmente majorados.

Cumprido ressaltar que as viagens, além de lazer, podem ter objetivos mais prioritários, como negócios e visitas a familiares, o

que dá azo à ocorrência de danos materiais (por perdas de oportunidade, impossibilidade de atender a reuniões em locais mais longínquos etc.) e morais (constrangimentos decorrentes da impossibilidade de cumprir compromissos de trabalho em outros estados, impossibilidade de visitar familiares etc.).

Uma vez configuradas as lesões, também não há que se questionar o nexo de causalidade, visto que foi a prática levada a cabo pelo réu que resultou nos referidos danos. É, portanto, cabível a condenação genérica, em sede de ação civil pública, ao respectivo ressarcimento, por expressa previsão do CDC. O diploma em comento exige que o autor da ação civil pública demonstre apenas a potencialidade lesiva da conduta perpetrada pelo réu, o que foi exaustivamente realizado neste caso. Assim, a comprovação do prejuízo individual e do *quantum debeatur* deve ser realizada na fase de liquidação de sentença, na forma do artigo 97 do CDC.

Além disso, os danos morais e materiais também são devidos em esfera coletiva. Nesse viés, importante frisar, com relação ao dano moral coletivo, a sua previsão expressa no artigo 6º, VI e VII, CDC, com forte apoio doutrinário: “(...) além de condenação pelos danos materiais causados ao meio ambiente, consumidor ou a qualquer outro interesse difuso ou coletivo, destacou, a nova redação do art. 1º, a responsabilidade por dano moral em decorrência de violação de tais direitos, tudo com o propósito de conferir-lhes proteção diferenciada.”⁵⁰

Dessa forma, o caráter punitivo do dano moral sempre esteve presente, até mesmo nas relações de cunho privado e intersubjetivas. É o que se vislumbra da fixação de *astreintes*, as quais tem o objetivo de coerção ao cumprimento da obrigação. Ademais, a função punitiva do dano moral individual é amplamente aceita na doutrina e na jurisprudência. Tem-se, portanto, um caráter

⁵⁰ BESSA, Leonardo Roscoe. Dano moral coletivo. In Revista de Direito do Consumidor nº 59/2006.

dúplice do dano moral: indenizatório e punitivo. O mesmo se aplica, nessa esteira, ao dano moral coletivo.

Constitui-se, portanto, o dano moral coletivo de uma função punitiva em virtude da violação de direitos difusos e coletivos, sendo devidos, de forma clara, no caso em apreço. Isso porque, ao discriminar consumidores, o réu presta serviço inadequado e danoso a uma coletividade expressiva de usuários indeterminados, visto que o serviço em questão é de ampla demanda. Trata-se, portanto, de ilicitude levada a cabo pela demandada, em afronta ao direito e interesses de centenas de milhares de consumidores, configurando violação às reais expectativas não só do efetivos usuários, mas também da sociedade como um todo.

Sanções a tais condutas são necessárias, a par da sua cessação, sendo esta a função do dano moral coletivo. Indiscutível, por conseguinte, a possibilidade de condenação do réu em sede de ação civil pública por danos morais coletivos. Perceba-se, ainda, que a intenção da legislação é evidente: garantir a maior proteção possível aos direitos coletivos e difusos dos consumidores que possuam relevância social. Assim, além de garantir a indenização por danos materiais, a legislação permite a indenização por danos morais coletivos.

Vale dizer que o aspecto mais importante da condenação do réu à obrigação de reparar morais coletivos está relacionado aos efeitos futuros da decisão judicial nesta ação civil pública, inibindo a repetição da conduta, seja pela própria demandada ou pelas demais empresas do ramo. Nesse sentido a jurisprudência do STJ, com o reconhecimento do dano moral coletivo:

*RECURSO ESPECIAL - AÇÃO CIVIL PÚBLICA -
EMPRESA DE TELEFONIA - PLANO DE ADESÃO -
LIG MIX - OMISSÃO DE INFORMAÇÕES
RELEVANTES AOS CONSUMIDORES - DANO*

MORAL COLETIVO - RECONHECIMENTO - ARTIGO 6º, VI, DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR - PRECEDENTE DA TERCEIRA TURMA DESTA CORTE - OFENSA AOS DIREITOS ECONÔMICOS E MORAIS DOS CONSUMIDORES CONFIGURADA - DETERMINAÇÃO DE CUMPRIMENTO DO JULGADO NO TOCANTE AOS DANOS MATERIAIS E MORAIS INDIVIDUAIS MEDIANTE REPOSIÇÃO DIRETA NAS CONTAS TELEFÔNICAS FUTURAS - DESNECESSÁRIOS PROCESSOS JUDICIAIS DE EXECUÇÃO INDIVIDUAL - CONDENAÇÃO POR DANOS MORAIS DIFUSOS, IGUALMENTE CONFIGURADOS, MEDIANTE DEPÓSITO NO FUNDO ESTADUAL ADEQUADO.

1.- A indenização por danos morais aos consumidores, tanto de ordem individual quanto coletiva e difusa, tem seu fundamento no artigo 6º, inciso VI, do Código de Defesa do Consumidor.

2.- Já realmente firmado que, não é qualquer atentado aos interesses dos consumidores que pode acarretar dano moral difuso. É preciso que o fato transgressor seja de razoável significância e desborde os limites da tolerabilidade. Ele deve ser grave o suficiente para produzir verdadeiros sofrimentos, intranquilidade social e alterações relevantes na ordem extrapatrimonial coletiva.

Ocorrência, na espécie. (REsp. 1221756/RJ, Rel. Ministro MASSAMI UYEDA, TERCEIRA TURMA, julgado em 02/02/2012, DJe 10/02/2012).

3.- No presente caso, contudo restou exhaustivamente comprovado nos autos que a condenação à composição dos danos morais teve relevância social, de modo que, o julgamento repara a lesão causada pela conduta abusiva da ora Recorrente, ao oferecer plano de telefonia sem, entretanto, alertar os consumidores acerca das limitações ao uso na

referida adesão. O Tribunal de origem bem delineou o abalo à integridade psico-física da coletividade na medida em que foram lesados valores fundamentais compartilhados pela sociedade.

4.- Configurada ofensa à dignidade dos consumidores e aos interesses econômicos diante da inexistência de informação acerca do plano com redução de custo da assinatura básica, ao lado da condenação por danos materiais de rigor moral ou levados a condenação à indenização por danos morais coletivos e difusos.

5.- Determinação de cumprimento da sentença da ação civil pública, no tocante à lesão aos participantes do "LIG-MIX", pelo período de duração dos acréscimos indevidos: a) por danos materiais, individuais por intermédio da devolução dos valores efetivamente cobrados em telefonemas interurbanos e a telefones celulares; b) por danos morais, individuais mediante o desconto de 5% em cada conta, já abatido o valor da devolução dos participantes de aludido plano, por período igual ao da duração da cobrança indevida em cada caso;

c) por dano moral difuso mediante prestação ao Fundo de Reconstituição de Bens Lesados do Estado de Santa Catarina; d) realização de levantamento técnico dos consumidores e valores e à operacionalização dos descontos de ambas as naturezas; e) informação dos descontos, a título de indenização por danos materiais e morais, nas contas telefônicas.

6.- Recurso Especial improvido, com determinação (n. 5 supra).

(REsp. 1291213/SC, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, julgado em 30/08/2012, DJe 25/09/2012).

ADMINISTRATIVO - TRANSPORTE - PASSE LIVRE -
IDOSOS - DANO MORAL COLETIVO -

DESNECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO DA DOR E DE SOFRIMENTO - APLICAÇÃO EXCLUSIVA AO DANO MORAL INDIVIDUAL - CADASTRAMENTO DE IDOSOS PARA USUFRUTO DE DIREITO - ILEGALIDADE DA EXIGÊNCIA PELA EMPRESA DE TRANSPORTE - ART. 39, § 1º DO ESTATUTO DO IDOSO - LEI 10741/2003 VIAÇÃO NÃO PREQUESTIONADO.

1. O dano moral coletivo, assim entendido o que é transindividual e atinge uma classe específica ou não de pessoas, é passível de comprovação pela presença de prejuízo à imagem e à moral coletiva dos indivíduos enquanto síntese das individualidades percebidas como segmento, derivado de uma mesma relação jurídica-base.

2. O dano extrapatrimonial coletivo prescinde da comprovação de dor, de sofrimento e de abalo psicológico, suscetíveis de apreciação na esfera do indivíduo, mas inaplicável aos interesses difusos e coletivos.

3. Na espécie, o dano coletivo apontado foi a submissão dos idosos a procedimento de cadastramento para o gozo do benefício do passe livre, cujo deslocamento foi custeado pelos interessados, quando o Estatuto do Idoso, art. 39, § 1º exige apenas a apresentação de documento de identidade.

4. Conduta da empresa de viação injurídica se considerado o sistema normativo.

5. Afastada a sanção pecuniária pelo Tribunal que considerou as circunstâncias fáticas e probatórias e restando sem prequestionamento o Estatuto do Idoso, mantém-se a decisão.

5. Recurso especial parcialmente provido.

(REsp. 1057274/RS, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 01/12/2009, DJe 26/02/2010).

Por fim, no que se refere aos danos materiais coletivos, o réu, ao praticar o *geo-pricing*, experimenta enriquecimento sem causa: recebe valores maiores do que os usualmente cobrados, em função da nefasta prática de discriminação em razão da nacionalidade. Verificado tal enriquecimento, aquele que se beneficiou desta situação é obrigado a restituir os prejudicados, na forma do artigo 884, parágrafo único, do Código Civil. É exatamente esse enriquecimento injustificado da ré, em detrimento dos consumidores, que caracteriza a ocorrência do dano material coletivo. Portanto, impõe-se no presente caso o reconhecimento da existência de danos morais e materiais, causados aos consumidores considerados em sentido coletivo, haja vista a relevância social dos direitos envolvidos e o posicionamento da legislação e da jurisprudência nacionais.

III.8 Da Proteção Jurídica da Liberdade de Mercado

Além disso, é fundamental ressaltar que a presente demanda coletiva é ajuizada com a finalidade de proteger juridicamente a liberdade de mercado. Em última instância, o direito é fundamental para o desenvolvimento da atividade econômica e para o livre comércio. Lamentavelmente, não raro, certos defensores de interesses de empresas apresentam um discurso equivocado de que o Estado sempre atrapalha a economia e de que a atividade empresarial se desenvolve diante da ausência do Estado. Trata-se de um discurso conceitualmente equivocado, que não resiste a uma análise atenta dos fundamentos da economia desde os autores clássicos até os expoentes da economia mundial contemporânea.

Neste sentido, por todos, é o magistério do pai da economia moderna, o notável expoente do iluminismo escocês, Adam Smith, que também era professor de teoria do direito. Conhecido pela teoria da "*mão invisível do mercado*", Adam Smith desenvolveu esta

tese como uma ideia da capacidade das escolhas dos consumidores no mercado de representar o valor dos produtos e de estimular que os indivíduos cooperassem de maneira complexa através da divisão do trabalho.⁵¹ Contudo, não existe dúvida do papel fundamental do direito e do Estado como um ente regulador da economia, sendo certo que Adam Smith considerava essencial o papel da lei e das cortes judiciais para garantir o direito de propriedade, a validade dos contratos e a proteção jurídica da liberdade de mercado,⁵² de maneira a que a mão invisível do mercado depende, a princípio, de um braço regulatório estatal. Suas ideias não correspondem ao anarco-capitalismo inspirado pelo pensamento libertário de, dentre outros, Robert Nozick.⁵³

Outro autor clássico com vasto conhecimento interdisciplinar sobre direito, economia e sociedade foi o pensador alemão Max Weber, jurista por formação e considerado o pai da sociologia moderna. Conhecido por seus estudos sobre a racionalidade da burocracia estatal, Max Weber foi o primeiro autor a teorizar sobre a importância da qualidade do direito para o desenvolvimento econômico da indústria e para o progresso das sociedades contemporâneas.⁵⁴ Em sua análise da revolução industrial no Reino Unido, a discussão sobre a qualidade do direito inglês ocupou papel de destaque - notadamente em um plano comparativo da racionalidade da *civil law* romano-germânica com a *common law* do Reino Unido. De qualquer maneira, não fazia sentido considerar a

⁵¹ Adam Smith, *An Inquiry into the Nature and the Causes of the Wealth of Nations*. London: Penguin (1999).

⁵² Veja Adam Smith, *Lectures on Jurisprudence*. Indianapolis: Liberty Fund (1982).

⁵³ Robert Nozick, *Anarchy, State, and Utopia*. New York: Basic Books (1974).

⁵⁴ Max Weber, *Economy and Society: An Outline of Interpretive Sociology*. Berkeley: University of California Press (1978); Max Rhenstein (editor), *Max Weber on Law in Economy and Society*. Cambridge: Harvard University Press (1954); David Trubek, *Max Weber on Law and the Rise of Capitalism*. *Wisconsin Law Review* (1972), p. 720.

economia como se fosse dissociada do direito, das leis e da racionalidade jurídica da burocracia estatal.⁵⁵

Um outro aspecto extremamente importante é que a economia é formada por atores sociais e, assim, sofre as influências do contexto e da estrutura social também. Na esteira dos estudos de Max Weber, o professor da Universidade de Columbia, Karl Polanyi, foi pioneiro no desenvolvimento da análise sociológica da economia, estudando a importância dos atores sociais, suas práticas, ideias e atitudes para a regularidade e a transformação da atividade econômica.⁵⁶ Em uma formulação clássica de suas ideias, a atividade econômica está embutida ("*embedded*" na terminologia original em inglês) na vida social, devendo toda análise econômica considerar a realidade social. Muitas das teses deste imigrante austro-húngaro foram posteriormente desenvolvidas por uma corrente do pensamento econômico contemporâneo, denominada de neo-institucionalismo. Assim, por exemplo, Douglass North, agraciado com o Prêmio Nobel de Economia de 1993, desenvolveu estudos históricos fundamentais para demonstrar a importância da preservação das instituições - definidas como as regras do jogo - para a performance econômica e o desenvolvimento das sociedades.⁵⁷ Seus estudos foram muito importantes para a obra da brilhante Elinor Ostrom, ganhadora do Prêmio Nobel de Economia de 2009, cujos estudos evidenciaram a importância das regras de governança para o desenvolvimento da atividade econômica e para o progresso social, ressaltando a importância da mediação estatal para a economia em paralelo à intervenção direta.⁵⁸

⁵⁵ Lawrence Friedman, On Legalistic Reasoning: A Footnote to Weber. *Wisconsin Law Review* (1966), p. 148.

⁵⁶ Karl Polanyi, *The Great Transformation: The Political and Economic Origins of Our Time*. Boston: Beacon Press (2001).

⁵⁷ Veja Douglass North, *Institutions, Institutional Change, and Economic Performance*. Cambridge: Cambridge University Press (1990).

⁵⁸ Veja, por todos, Elinor Ostrom, *Governing the commons: the evolution of institutions for collective action*. Cambridge: Cambridge University Press (1990).

Mais recentemente, desenvolveu-se uma nova vertente da ciência econômica, cujas ideias são também extremamente importantes para se aferir o papel do direito para a liberdade da economia. Trata-se da economia comportamental, uma corrente interdisciplinar que combina psicologia com economia, de maneira a considerar e potencialmente corrigir patologias do comportamento humano que podem ser maximizadas e ampliadas por uma arquitetura normativa injusta ou nociva. O grande expoente deste novo campo da economia comportamental é justamente o vencedor do prêmio Nobel de economia de 2017, Richard Thaler, cujo trabalho tem servido de ponto de partida para inúmeras mudanças em regras jurídicas que melhoram a economia e a qualidade de vida das pessoas. No livro "*Nudge*" co-escrito com Cass Sunstein, Professor da Harvard Law School e czar da regulação no governo de Barack Obama, Richard Thaler cita uma série de exemplos de como um desenho institucional adequado para a previdência social, a doação de órgãos e a tributação pode melhorar a qualidade do estado, da sociedade e da economia.⁵⁹ A obra de Richard Thaler demonstra que o consumidor é livre quando o direito assegura seu acesso à informação e protege sua esfera de empoderamento através de uma arquitetura normativa que facilita sua experiência de consumo. Desenvolvendo suas teses, Richard Thaler cunhou a expressão "paternalismo libertário" para definir o significado de uma mediação do Estado que amplia a liberdade de escolha do consumidor, ao protegê-lo de armadilhas de consumo, da difusão confusa de informação e de dispositivos que ampliam a vulnerabilidade do indivíduo comum ao exigir de pessoas normais que tenham habilidade racional superior ao senso comum.⁶⁰ Os insights da economia comportamental e os valores do

⁵⁹ Richard Thaler and Cass Sunstein, *Nudge: Improving Decisions about Wealth, Health, and Happiness*. New Haven: Yale University Press (2008).

⁶⁰ Richard Thaler, *Misbehaving: The Making of Behavioral Economics*. New York: W. W. Norton & Company (2016); Cass Sunstein, *Why Nudge? The Politics of Libertarian Paternalism*. New Haven: Yale University Press (2014); Cass Sunstein and Richard Thaler, *Libertarian Paternalism is not an Oxymoron*, *The University of Chicago Law Review*, vol. 70 (2003) p. 1159.

paternalismo libertário são compatíveis com as regras contemporâneas da proteção jurídica do consumidor e, não por acaso, foram imediatamente adotadas pelos governos dos Estados Unidos, do Reino Unido e de dezenas de países para assegurar a regularidade de seus mercados e a maximização de riqueza dos consumidores.⁶¹ Neste contexto, é lamentável que ainda exista a sugestão absurda de que a liberdade do mercado é incompatível com o direito. Ao revés, sem o direito, é inviável a liberdade do consumidor no mercado.

Tais riscos e perigos para a liberdade do consumidor podem ser ainda maiores no cenário particular do direito e da tecnologia, notadamente no comércio eletrônico. Cathy O'Neil, cunhou a expressão "Armas de Destruição Matemática" (no original, em inglês, "*Weapons of Math Destruction*") em um trocadilho com o conhecido termo "Armas de Destruição em Massa" (no original, em inglês, "*Weapons of Mass Destruction*").⁶² Segundo a doutora em matemática pela Universidade de Harvard, o problema é caracterizado por caixas-pretas tecnológicas, desenhadas para serem opacas e invisíveis e temperadas pelo "molho secreto" do algoritmo.⁶³ Modelos programados por algoritmos afetam negativamente a vida de milhões de pessoas de maneira inapelável e injusta na sociedade contemporânea.⁶⁴ As Fórmulas matemáticas são usadas deliberadamente mais para confundir do que para clarificar.⁶⁵ Além disso, a internet proporciona uma oportunidade para as empresas estabelecerem diversas categorias de consumidores, inclusive para

⁶¹ Richard Thaler, *Misbehaving: The Making of Behavioral Economics*. New York: W. W. Norton & Company (2016); Cass Sunstein, *Simpler: The Future of Government*. New York: Simon and Schuster (2013); David Halpern, *Inside the Nudge Unit: How Small Changes can make a big difference*. London: Ebury Press (2016).

⁶² Cathy O'Neil, *Weapons of Math Destruction: How Big Data Increases Inequality and Threatens Democracy*. London: Penguin Books (2017), p. 3-13.

⁶³ Idem, p. 28-29.

⁶⁴ Idem, p. 31.

⁶⁵ Idem, p. 44.

fins de publicidade predatória abusiva que identificam a desigualdade e podem colaborar para perpetuar a estratificação social.⁶⁶ Um dos fatores que pode ampliar a desigualdade é justamente a discriminação geográfica, com a categorização de indivíduos feita pelo local de residência em nossas sociedades altamente segregadas.⁶⁷ Cathy O'Neil critica, por exemplo, o uso do local de residência para analisar o crédito do consumidor, não apenas por se tratar de uma informação privada que não deveria ser facilmente acessada pela empresa de tecnologia, mas também por expressar um preconceito discriminatório através de um julgamento arbitrário a partir da origem geográfica do consumidor.⁶⁸ Em sua conclusão, a autora faz um apelo para que nosso direito e nossos valores humanos e não-numéricos sejam aplicados nestes sistemas de tecnologia e em sua fórmulas matemáticas, inclusive para proteger "pessoas que moram em certos CEPs e pagam o dobro da média por certos serviços".⁶⁹ Segundo Cathy O'Neil, "também é necessário medir o impacto e conduzir auditorias dos algoritmos"⁷⁰, examinando o código do software e todos os dados processados.⁷¹ Em suas próprias palavras, "o governo, é claro, tem um poderoso papel regulatório a desempenhar, assim como fez quando confrontado com os excessos e as tragédias da primeira revolução industrial. Ele poderia iniciar adaptando e aplicando as leis já existentes nos códigos".⁷² Infelizmente, segundo Cathy O'Neil, falta transparência, acesso à informação e o consumidor permanece vulnerável com suas

⁶⁶ Idem, p. 70.

⁶⁷ Idem, p. 86-87.

⁶⁸ Idem, p. 145-146.

⁶⁹ Idem, p. 207.

⁷⁰ Idem, p. 208.

⁷¹ Idem, p. 208.

⁷² Idem, p. 212

reclamações sendo ignoradas pelas empresas.⁷³ Cabe, portanto, ao Estado cumprir o seu papel de proteção jurídica do mercado e do consumidor.

Também defende a intervenção do Estado o professor de direito da concorrência da Faculdade de Direito da Universidade de Oxford, Ariel Ezrachi. Em brilhante monografia escrita em co-autoria com Maurice Stucke, os autores salientam que uma mão digital está substituindo a mão invisível do mercado, definida a partir das escolhas dos consumidores. Na visão deles, com o advento da *Big Data* e o controle de informação e do poder de precificação na mão de gigantes da economia virtual, temos a mera ilusão de um preço competitivo e, cada vez mais, uma economia planificada por empresas privadas.⁷⁴ Neste cenário, é necessário regular o comércio eletrônico, sob pena de - como salientado pelo Parlamento Britânico - as grandes empresas eletrônicas se considerarem acima da lei.⁷⁵ Os autores criticam os agentes políticos que aceitam a precificação discriminatória e não percebem os avanços das últimas três décadas de ciência econômica, especialmente quanto ao fato de o consumidor não possuir poder de escolha perfeito e nem racionalidade perfeita.⁷⁶ O diagnóstico deles é preciso: "a tecnologia em uma economia dirigida por algoritmos pode criar múltiplas versões do mesmo mercado", distinguindo os consumidores e explorando-os.⁷⁷ Os prejuízos causados ao consumidor através da extração de dados pode ser melhor remediado por meio do direito do consumidor e da privacidade em comparação com o direito da concorrência.⁷⁸ Um dos

⁷³ Idem, p. 213.

⁷⁴ Ariel Ezrachi and Maurice Stucke, *Virtual Competition: The Promise and the Perils of the Algorithm-Driven Economy*. Cambridge: Harvard University Press (2016), p. 208-212.

⁷⁵ Idem, 218.

⁷⁶ Idem, 219.

⁷⁷ Idem, 220.

⁷⁸ Idem, 221.

pontos importantes é a possibilidade de auditoria dos algoritmos para que o código e a base de dados sejam analisados, avaliando-se sua qualidade e uma possível manipulação - sendo que as empresas podem vir a ser obrigadas a mudar aspectos dos seus algoritmos.⁷⁹ Em síntese, o ideal é que a intervenção seja cirúrgica, removendo uma prática abusiva anticompetitiva e preservando o comportamento neutro ou pró-competitivo.⁸⁰

Ora, trata-se exatamente da postura adotada na presente demanda coletiva, em que se pretende proibir uma prática manifestamente abusiva e anticompetitiva da empresa HOTEL URBANO, a saber, a discriminação geográfica dos consumidores através da precificação geográfica ('*Geo-Pricing*'). A atuação tem um foco específico em eliminar esta prática claramente abusiva e em evitar que a empresa multinacional argentina torne a discriminar consumidores com base na origem geográfica e na nacionalidade. Não é possível que o mercado conviva com a cobrança de preços mais caros para consumidores brasileiros. A regularidade do mercado depende da justiça nas transações e do alto grau de confiança do consumidor.⁸¹ Ora, em última instância, cabe ao Estado e ao Poder Judiciário a proteção jurídica do mercado e do consumidor. Aliás, o alerta feito pela empresa BOOKING.COM em reunião no Ministério Público merece ser lembrado, na medida em que a empresa multinacional holandesa esclareceu que considera ilegal a discriminação geográfica, mas salientando que iria praticar *Geo-Pricing* se as autoridades brasileiras não proibirem tal precificação discriminatória. Portanto, é evidente que a presente demanda coletiva não diz respeito apenas ao HOTEL URBANO, mas também ao próprio mercado do comércio eletrônico e ao necessário respeito às regras do jogo e às instituições jurídicas.

⁷⁹ Idem, 230.

⁸⁰ Idem, 232.

⁸¹ Idem, p. 242-244.

III.9 Do Dever de Informação ao Consumidor

Como ressaltado anteriormente, um dos aspectos fundamentais para a proteção jurídica do mercado e do consumidor é o dever de informação que todo o fornecedor possui com o consumidor. Este dever possui um caráter acessório, na medida em que, por si só, o acesso à informação é insuficiente para a defesa dos direitos dos consumidores no comércio eletrônico. A atual fórmula adotada pelas empresas de tecnologia é um modelo de privacidade por notícia e consentimento.⁸² Tal modelo é falido, na medida em que a quase totalidade dos consumidores habitualmente aceita os termos e condições com um clique e sem ler o documento eletrônico.⁸³ Aliás, um estudo identificou que apenas dois dentre cada mil consumidores tentam iniciar a leitura dos termos e condições, mas mesmo assim a fazem superficialmente e de maneira incompleta por conta do grande volume de informação e do uso de jargão jurídico de difícil compreensão.⁸⁴ Ainda que os textos fossem mais curtos e de fácil leitura, um problema central é que o consumidor não possui o poder de negociar os termos de sua relação com a empresa de tecnologia, sendo sempre obrigado a aceitar o que lhe é proposto unilateralmente por ocasião da proposta em uma clara situação de assimetria de poder.⁸⁵ Em síntese, o consumidor está em uma posição de extrema vulnerabilidade por conta da falta de informação e de poder.

No caso específico desta demanda, por exemplo, os consumidores não foram informados sobre o fato de que a informação relativa à localização geográfica seria utilizada para a precificação de serviços. Portanto, a empresa HOTEL URBANO jamais comunicou aos seus consumidores que iria captar informações

⁸² Idem, p. 226.

⁸³ Idem, p. 226.

⁸⁴ Idem, p. 226.

⁸⁵ Idem, p. 226.

relativas ao seu IP através dos "cookies" para praticar o *Geo-Pricing*. A rigor, os consumidores brasileiros jamais souberam que poderiam vir a pagar quantia superior a consumidores de outras nacionalidades.

Um outro aspecto extremamente importante é que os mecanismos tradicionalmente adotados na ação civil pública brasileira são insuficientes para fornecer a informação individualizada a que o consumidor do HOTEL URBANO faz jus. Tradicionalmente, a regra adotada no processo coletivo brasileiro é de que editais de convocação dos lesados são publicados no Diário Oficial e eventualmente, em caso de condenação ou TAC, em jornais de grande circulação com os custos pagos pela empresa condenada. Ora, é importante reconhecer que estes meios de difusão da notícia sobre a demanda coletiva possui um alcance e um efeito extremamente limitados. A comunicação no Diário Oficial atinge um público muito específico de advogados que eventualmente fazem a leitura dos editais do poder judiciário, mas permanecem completamente ignorantes tanto a sociedade de uma maneira geral, quanto o consumidor da empresa em particular. Da mesma maneira, a obrigação de publicação de anúncios em jornais de grande circulação também possuem um alcance bastante limitado. Além de o número de leitores de jornais estar se reduzindo, o tempo dedicado à leitura também é menor e os consumidores acabam não sendo comunicados de maneira eficiente, como deveriam.

No caso do presente processo, contudo, a empresa HOTEL URBANO é uma empresa de tecnologia da informação, que possui um cadastro bastante detalhado sobre todos os seus consumidores, inclusive o correio eletrônico atualizado. Dentre as atividades regulares da empresa, está inclusive o envio mensal de mensagens com ofertas, notícias e todo o tipo de informação. Trata-se, portanto, de uma relação jurídica continuada entre a empresa e milhões de consumidores, que estão em permanente contato com a empresa HOTEL URBANO. Ora, este canal de comunicação

permanente entre a empresa e seus consumidores deve ser utilizado para que a empresa cumpra com suas obrigações relativas ao direito à informação de seus consumidores. A empresa deverá, portanto, informar a todos os consumidores sobre a existência da presente ação civil pública, comunicando o resultado do processo coletivo de maneira ampla a todos os seus consumidores, através de mensagens com redação simples e de fácil compreensão.

Os tribunais têm meios para obrigar as empresas a restituir os consumidores diretamente. A maioria dos réus empresariais em ações coletivas estabelece uma relação contratual de longo prazo com seus clientes. Considere, por exemplo, instituições financeiras, telecomunicações, seguros de saúde, fornecedores de TV a cabo ou empresas elétricas. Todas essas empresas têm contratos de longo prazo com os consumidores, sendo diretamente conectados com eles através de controles gerenciais. Os consumidores poderiam se beneficiar dessas relações sócio-jurídicas inclusive para receber compensação direta. Neste caso, a compensação pode ser fornecida através da inclusão do crédito em seu cadastro de clientes. Os tribunais poderiam ser pragmáticos, exigindo que as empresas usem sua própria infraestrutura organizacional para informar e restituir os consumidores diretamente.⁸⁶ Contemporaneamente, as varas empresariais determinam que as empresas paguem uma compensação aos consumidores, mas esperam que o consumidor interessado seja pró-ativo e solicite sua própria participação individual na compensação. Contudo, os custos são obstáculos para intervir no processo coletivo. Além disso, particularmente no caso de juizados especiais cíveis, é pouco provável que os consumidores busquem compensação diretamente. Os juízes pragmáticos deveriam simplesmente obrigar as empresas a restituir os consumidores, enviando uma carta com um cheque para suas casas ou uma

⁸⁶ Brian Fitzpatrick and Robert C. Gilbert. "An Empirical Look at Compensation in Consumer Class Actions." *New York University Journal of Law & Business*, vol. 11 (2014), p. 769-72.

mensagem na intranet com um crédito em sua conta.⁸⁷ A implementação desta decisão pode ser feita sob a supervisão de um síndico nomeado pela vara empresarial.⁸⁸ Da mesma forma, os tribunais poderiam determinar que essas empresas forneçam aviso a todos os consumidores através de seus canais regulares de comunicação com os clientes. Em vez de uma publicação no diário oficial, a notificação de ação coletiva poderia ser disseminada através do internet banking ou através da correspondência regular entre empresas e seus clientes de longo prazo. Por exemplo, essas empresas enviam contas por cartas regularmente a seus clientes e a notificação da ação coletiva também pode circular através deste canal regular de comunicação para benefício dos consumidores.

Ora, o consumidor possui direito à informação e se trata de um dever das empresas, sendo fundamental que a proteção a este direito seja efetivamente protegida na prática de nossos tribunais. No caso especialmente de uma empresa de tecnologia da informação, não pode o dever de informar o consumidor ser limitado a protocolos publicações no diário oficial e anúncios em jornais de grande circulação.

Os fatos acima narrados demonstram que a ré viola direitos básicos do consumidor, tal como, por exemplo, o direito à informação adequada e clara, previsto no inciso III do art. 6º do CDC, *verbis*:

Art. 6º São direitos básicos do consumidor:

(...)

III - a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de

⁸⁷ Guido Calabresi, Class Actions in the US experience: the legal perspective, in Jürgen G. Backhaus, Alberto Cassone, and Giovanni B. Ramello (editors), *The law and economics of class actions in Europe: lessons from America*. Cheltenham: Edward Elgar Publishing (2012), p. 10-1.

⁸⁸ Ianika Tzankova & Deborah Hensler, Collective Settlements in the Netherlands: Some Empirical Observations, in Christopher Hodges and Astrid Stadler (editors), *Resolving Mass Disputes: ADR and Settlement of Mass Claims*. Cheltenham: Edward Elgar (2013), p. 99.

quantidade, características, composição, qualidade e preço, bem como sobre os riscos que apresentem;

Com efeito, na sistemática implantada pelo CDC, o fornecedor está obrigado a prestar todas as informações acerca do produto ou do serviço, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade, de maneira clara, expressa, prévia e precisa, não se admitindo falhas ou omissões. Trata-se de um dever exigido mesmo antes do início de qualquer relação. A informação passou a ser um componente necessário do produto e do serviço, que não podem ser oferecidos no mercado sem ela. Assim, esse dever de informar, decorrente do princípio da transparência, estabelece a obrigação de o fornecedor dar cabal informação sobre seus produtos e serviços oferecidos e colocados no mercado, bem como das cláusulas contratuais por ele estipuladas. Assegura-se ao consumidor a plena ciência da exata extensão das obrigações assumidas perante o fornecedor. Assim, deve o fornecedor transmitir efetivamente ao consumidor todas as informações indispensáveis à utilização do produto ou serviço, de maneira clara, correta e precisa. Como ensina Cláudia Lima Marques:

Na formação dos contratos entre consumidores e fornecedores o novo princípio básico norteador é aquele instituído pelo art. 4.º, caput, do CDC, o da Transparência. A ideia central é possibilitar uma aproximação e uma relação contratual mais sincera e menos danosa entre consumidor e fornecedor. Transparência significa informação clara e correta sobre o produto a ser vendido, sobre o contrato a ser firmado, significa lealdade e respeito nas relações entre fornecedor e consumidor, mesmo na fase pré-contratual, isto é, na fase negocial dos contratos de consumo.⁸⁹

⁸⁹ Marques, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. O novo regime das relações contratuais. 4.ª ed. rev. atual. e amp. São Paulo: RT, 2002. P. 594-595.

Assim, o princípio da transparência, regente no Código de Defesa do Consumidor, é indispensável para a qualidade na prestação de serviços e comercialização de produtos, pois através dele é adotada uma postura de respeito ao consumidor. Em resumo, o sistema de precificação e oferta do HOTEL URBANO opera como uma “caixa preta”, absolutamente opaca e sigilosa para a sociedade civil, o Estado e os consumidores. Desta forma, percebe-se que a ré viola seu dever de informar. Conforme o magistério de Bruno Miragem:

Ter informação adequada, que assegure razoável esclarecimento, torna-se integrativo do conceito de autonomia da vontade, que em boa parte estabeleceu na visão clássica, em especial do direito privado, a definição do que é confiado ao poder de escolha individual e o que merece a intervenção condicionante, restritiva ou supletiva do Estado, por intermédio da norma jurídica. Da mesma forma a conduta de informar passa a ter maior densidade, não como ato de cortesia ou de usos e costumes, senão como autêntico dever jurídico, que positivado ou não, passa a assumir gradativamente função de critério de validade das relações jurídicas, em especial no âmbito das relações contratuais.⁹⁰

Cabe, portanto, à prudente consideração deste MM. Juízo impor à empresa que exerça o seu papel de garantidor do direito à informação dos consumidores, informando aos consumidores sobre o uso de seus dados pessoais para precificar e disponibilizar ofertas e sobre a existência e o resultado deste processo coletivo, inclusive através de mensagens por correios eletrônicos e canais de comunicação existentes entre a empresa e seus consumidores.

⁹⁰ Miragem, Bruno. Mercado, direito e sociedade de informação: desafios atuais do direito do consumidor no Brasil, em Guilherme Magalhães Martins (editor), *Temas de Direito do Consumidor*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. P. 77.

III.10 Da Ilicitude Lucrativa e da Técnica da Desnatação ("Skimming Off") dos Lucros Ilegítimos

Atualmente, as empresas brasileiras são incentivadas economicamente a quebrar a lei. Devido à aplicação limitada de danos punitivos, as empresas têm incentivos monetários para violar o CDC. Como as empresas privadas tomam decisões racionais sobre violar ou não as leis de proteção ao consumidor e a observação empírica mostra que as empresas brasileiras continuam a infringir o Código de Defesa do Consumidor (CDC), o sistema de processo coletivo não tem prevenido essas ilicitudes devido à falta de sanções econômicas efetivas. A experiência de três décadas de tutela coletiva do consumidor no Brasil revela que as sanções impostas pelos juízes não têm sido suficientes para evitar novas transgressões. Os tribunais brasileiros não devem apenas condenar essas empresas por suas violações dos direitos dos consumidores, mas também impor sanções econômicas e obrigá-las a reembolsar efetivamente as tarifas ilegais que cobraram abusivamente. Os danos punitivos devem ser ótimos, dissuadir as empresas sem causar custos excessivos que possam prejudicar os acionistas e os consumidores. Por outro lado, a ilegalidade não deve ser lucrativa.

A experiência brasileira de ação civil pública também poderia melhorar o efeito de dissuasão, evitando novas ações coletivas das empresas. O cenário atual mostra que as empresas raramente compensam consumidores individuais ou pagam danos morais coletivos. Portanto, o regime de incentivos econômicos poderia ser melhor calibrado. Por um lado, as sanções econômicas são importantes para evitar o fenômeno da ilicitude lucrativa. Por outro lado, danos exemplares ou punitivos não devem ser excessivos, levando a uma dissuasão e punição excessiva.

Importante, o fenômeno da ilicitude lucrativa é a faceta econômica do enriquecimento sem causa, uma instituição jurídica

bem estabelecida. Tradicionalmente, os tribunais estão bem equipados para lidar com essa questão em casos individuais e o desafio com ações coletivas envolve tratar o universo de demandas em massa. Uma solução interessante vem da doutrina alemã de desnatar ("skimming off"), a saber, de retirar os lucros excessivos nos casos de direito da competição, que também poderiam ser estendidos aos casos de proteção ao consumidor.⁹¹ O cálculo deve ser feito em uma estimativa do lucro excessivo resultante da prática comercial abusiva.⁹² As sanções econômicas não devem ser direcionadas a um consumidor específico, como, às vezes, é o caso de danos punitivos nos EUA, mas sim distribuídos por todo o universo de consumidores prejudicados ou destinados a um determinado fundo, seguindo a doutrina de cypres.⁹³

A não ser que haja uma atuação firme da Justiça Estadual, o sistema atual permanecerá em vigor, lesando milhões de consumidores na sociedade brasileira. Afinal de contas, se não houver a condenação ao pagamento dos danos morais coletivos, a presente ação coletiva não terá efeito pedagógico e os ilícitos lesivos aos consumidores terão válido à pena do ponto de vista econômico. Conforme a lição do renomado Professor Lawrence Friedman, da Stanford Law School, “presumivelmente, é a análise de custo-benefício que guia o comportamento das empresas; se o benefício de cumprir a lei supera os custos, a empresa deve cumprir. Do contrário não”.⁹⁴ É essencial, logo, que seja imposta uma sanção econômica adequada para o caso, de modo a eliminar o lucro ilícito obtido e a prevenir novos ilícitos coletivos, incentivando que as empresas

⁹¹ Meinrad Wösthoff, *Collective redress from a judicial perspective*, in Eva Lein, Duncan Fairgrieve, Marta Otero Crespo, and Vincent Smith (editors), *Collective Redress in Europe: Why and How?* London: BIICL (2015), p. 91-2.

⁹² *Idem.*

⁹³ Rachael Mulheron, *The modern cy-près doctrine: applications & implications* (UCL 2006) Part II.

⁹⁴ Lawrence Friedman, *Impact: How Law Affects Behavior*. Cambridge: Harvard University Press (2016), p. 213.

cumpram com os ditames legais e constitucionais. Do contrário, o crime compensa. Assim, deve a prudente consideração deste MM. Juízo considerar por ocasião da fixação do valor a ser imposto como dano moral coletivo, o papel pedagógico de induzir à ré ao cumprimento dos pertinentes ditames legais e constitucionais para prevenir que tornem a causar danos a outrem, sendo certo que outras medidas não exerceriam força intimidativa em face das demandadas. Conforme o melhor entendimento doutrinário, o montante a ser fixado para a indenização por danos morais coletivos, na esteira da experiência com os danos punitivos (*punitive damages*) nos Estados Unidos, deve ser equivalente ao montante obtido com os lucros ilícitos.⁹⁵

No caso do presente processo, o valor a ser considerado ilegítimo e passível de indenização por danos morais coletivos deve ser calculado sobre percentual do montante do lucro bruto obtido pela empresa HOTEL URBANO. Conforme amplamente divulgado na mídia, o valor do lucro bruto da empresa no ano de 2015 foi de 560 milhões de reais.⁹⁶ Em reportagem publicada no site EXAME, datada de 14/03/2016, há a informação de que a empresa HOTEL URBANO está avaliada em 2 bilhões de reais, valendo mais que a empresa CVC.⁹⁷ Em outra reportagem, desta vez do site Correio Braziliense, em entrevista com um dos fundadores da empresa HOTEL URBANO, quando indagado sobre a taxa de crescimento da empresa no ano de 2017, este informou que o faturamento da empresa cresceu 70%.⁹⁸

Trata-se de um montante ilegítimo por ter resultado de precificação discriminatória de consumidores brasileiros feita por

⁹⁵ Veja, por todos, Mitchell Polinsky e Steven Shavell, *Punitive Damages: An Economic Analysis*. Harvard Law Review (1998), p. 869-962.

⁹⁶ <https://www.datamark.com.br/noticias/2016/12/hotel-urbano-ve-crescimento-em-2017-puxado-por-turismo-nacional-223020/>

⁹⁷ <https://exame.abril.com.br/revista-exame/hotel-urbano-vale-r-2-bi-mas-seus-socios-nao-se-entendem/>

⁹⁸ https://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/economia/2018/04/09/internas_economia,672120/joa-ricardo-mendes-executivo-do-hotel-urbano.shtml

uma empresa que é a líder de comércio eletrônico de hospedagem na América Latina e que realizou a venda de 140 milhões de pessoas, podendo chegar a vender para 5 bilhões, conforme afirmado por um dos fundadores do HOTEL URBANO.⁹⁹ Portanto, o tratamento discriminatório atingiu milhões de consumidores brasileiros, sendo proporcional, justo e razoável que seja o dano moral coletivo fixado em 20% do lucro bruto obtido pela empresa em 2015, que foi de 560 milhões de reais, considerando que as informações extraídas das reportagens é de que a empresa vem crescendo no mercado de negócios, logo, auferindo ainda mais lucros. Assim sendo, o valor do dano moral coletivo deve ser fixado em 112 milhões de reais. Torna-se importante ressaltar que este montante de 112 milhões de reais é significativo e será certamente sentido pela empresa, mas não impõe qualquer risco de falência ou de quebra da empresa HOTEL URBANO. Explica-se: o lucro da empresa em 2015 foi de 560 milhões de reais, estando a empresa avaliada em 2 bilhões de reais, havendo, ainda, a notícia de que o crescimento da empresa em 2017 foi de 70%, informação prestada pelo próprio fundador do HOTEL URBANO. Portanto, o valor de 112 milhões relativos ao percentual de 20% do lucro obtido pela empresa em 2015 deve ser o montante a ser desnatado como consequência pela sua prática anticompetitiva abusiva e ilícita no mercado brasileiro.

Por último, é importante ressaltar que a presente demanda coletiva está alinhada com as melhores experiências e lições do direito comparado, tendo sido estudado o tema não apenas à luz do direito brasileiro, mas também a partir da experiência de Estados Unidos e Europa. Nos Estados Unidos, o problema da precificação discriminatória tem sido reprimido pelas autoridades desde, ao menos, a manipulação de resultados de busca codificada pela American Airlines em benefício da empresa e em prejuízo aos demais concorrentes e consumidores lesados.¹⁰⁰ No comércio

⁹⁹https://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/economia/2018/04/09/internas_economia,672120/joa-ricardo-mendes-executivo-do-hotel-urbano.shtml

eletrônico, o marco da precificação geográfica discriminatória foi o episódio em que a empresa AMAZON utilizou informações pessoais sobre o CEP dos consumidores para definir os preços dos produtos, o que causou comoção na opinião pública e veio acompanhado de um pedido público de desculpas e da devolução do dinheiro pago excessivamente pelos consumidores lesados.¹⁰¹ Também causaram polêmica e mobilizaram as autoridades e a opinião pública outros casos de precificação discriminatória, tal como a prática de empresas de comércio eletrônico no ramo de viagens de cobrar valores excessivamente mais caros para os proprietários de computadores MAC da Apple, por exemplo.¹⁰² Além dos Estados Unidos, já foram identificados episódios análogos de discriminação geográfica no comércio eletrônico em países da Europa, como na Alemanha e na Espanha, por exemplo.¹⁰³ A questão da discriminação geográfica através de *Geo-Pricing* é tão relevante para a União Européia que um recente estudo no âmbito da Comissão Européia sobre a economia digital estimou que o prejuízo para o consumidor seria de cerca de 500 milhões de euros anualmente – equivalente a cerca de 2 bilhões de reais.¹⁰⁴ Trata-se, em síntese, de uma prática anticompetitiva grave, que amplia a assimetria de poder entre as empresas e seus consumidores em detrimento dos clientes lesados pela precificação geográfica e pelo bloqueio discriminatório de ofertas.¹⁰⁵ Tanto nos Estados

¹⁰⁰ Christian Sandvig, Kevin Hamilton, Karrie Karahalios and Cedric Langbord, Auditing Algorithms: Research Methods for Detecting Discrimination on Online Platforms, *Data and discrimination: converting critical concerns into productive inquiry* (2014), p. 02-03.

¹⁰¹ Mathew Edwards, Teaching Consumer Price Discrimination: An Interdisciplinary Case Study for Business Law Students, *The Journal of Legal Studies Education*, vol. 31 (2014), p. 291-324; Jen Hung-Huang, Ching Te-Chang, Cathy Yi-Hsuan Cheng, Perceived Fairness of Pricing on the Internet, *Journal of Economic Psychology*, vol. 26 (2005), p. 344.

¹⁰² Nir Kshetri, Big Data's Impact on Privacy, Security, and Consumer Welfare, *Telecommunications Policy*, vol. 38, issue 11 (2014), p. 1134-1145.

¹⁰³ Jakub Mikians, László Gyarmati, Vijay Erramilli, and Nikolaos Laoutaris, Detecting Price and Search Discrimination on the Internet, *Proceedings of the 11th ACM Workshop on Hot Topics in Networks*, acm, 2012, p. 03-06.

¹⁰⁴ Néstor Duch-Brown and Bertin Martens, The Economic Impact of Removing Geo-Blocking Restrictions in the EU Digital Single Market, *JRC Technical Reports*, European Commission (2016), p. 16.

¹⁰⁵ Nir Kshetri, Big Data's Impact on Privacy, Security, and Consumer Welfare, *Telecommunications Policy*, vol. 38, issue 11 (2014), p. 1134-1145.

Unidos, quanto na Europa as autoridades têm adotado medidas para evitar que a precificação discriminatória transforme a economia de mercado em uma economia controlada pela mão digital das empresas de tecnologia.

IV – DA ANTECIPAÇÃO LIMINAR DE TUTELA

O caso demanda o deferimento de tutela de urgência cautelar e satisfativa, a qual guarda estreita relação com os fatos e fundamentos acima expostos. Observe-se que estão presentes os requisitos para seu deferimento (artigo 300, CPC), conforme se passa a expor.

IV.1 – Da probabilidade do direito

Diante dos elementos colhidos no inquérito civil nº 359/5ª PJDC/2017, resta claro que a ré procede à ilícita discriminação de consumidores, com base nas práticas de *geo-pricing*, ao arrepio das normas consumeristas e constitucionais. Da mesma forma, a ilegalidade da referida conduta é confirmada não só pelo confronto com as regras e princípios relevantes, mas também pela própria necessidade da ré de refutar sua utilização em seu algoritmo.

IV.2 – Do perigo na demora

Igualmente, encontra-se presente o requisito do perigo na demora, uma vez que as operações de reserva no site do HOTEL URBANO são realizadas diariamente, por milhares de usuários. Assim, os consumidores brasileiros são constantemente lesados, apenas pelo fato de serem, efetivamente, brasileiros. Estes, ainda, pagam altos custos pelas viagens, face à discriminação efetuada pelo HOTEL URBANO. Cumpre ressaltar que, conforme já dito, as viagens, além de lazer, podem ter objetivos mais prioritários, como

negócios e visitas a familiares, o que, por certo, implica maior urgência na prolação de uma decisão.

Há ainda que se ressaltar que não há perigo de dano inverso, ou seja, o deferimento da liminar não importa irreversibilidade da decisão (artigo 300, § 3º, CPC). Isso porque, caso deferida a antecipação e, mais tarde, julgado improcedente o mérito em cognição exauriente, a ré poderá simplesmente voltar a realizar a absurda prática de geodiscriminação.

IV.3 – Da Necessidade Imediata de Medida Assecuratória da Pretensão de Devolução dos Valores aos Consumidores

É fundamental que a prudente consideração deste MM. Juízo adote as providências necessárias para assegurar a pretensão de devolução dos valores cobrados aos consumidores. Conforme preconiza o artigo 139, Inciso IV, do Código de Processo Civil, incumbe ao juiz **determinar todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento da ordem judicial, inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária**. Ora, a experiência de três décadas da tutela coletiva do consumidor evidencia que, não raro, o Ministério Público obtém uma condenação da empresa por conta de uma cobrança abusiva, mas não tem êxito em assegurar que seja cumprida a devida obrigação de fazer consistente na devolução dos recursos aos consumidores lesados. Portanto, ao final de longo processo coletivo, a eventual condenação proferida por um magistrado das varas empresariais e pelos desembargadores das Câmaras Cíveis possui um efeito meramente simbólico e não apresenta qualquer consequência prática em termos de sanção econômica para a empresa. O resultado final acaba sendo uma mera declaração de ilegalidade, mas todos os lucros decorrentes da ilicitude coletiva são preservados e os consumidores lesados acabam por não ser ressarcidos como deveriam. Ora, tal fenômeno induz a

ilicitude lucrativa e cria incentivos econômicos nocivos para que uma empresa torne a delinquir e a cometer nova transgressão coletiva aos direitos do consumidor por conta da falta de consequências econômicas da decisão judicial.

Por conta deste cenário de ilicitude lucrativa, o Ministério Público tem adotado uma série de medidas para ampliar o caráter resolutivo de sua atuação e os efeitos concretos dos processos coletivos. Especialmente em casos como a presente ação civil pública, faz-se necessária a adoção imediata de uma medida assecuratória da pretensão de devolução dos valores aos consumidores. Tal medida consiste em que a prudente consideração deste MM. Juízo determine à empresa-ré que mantenha um cadastro atualizado com nome, endereço e telefone de todos os seus clientes atuais e passados que sofreram a geodiscriminação na forma do *geo-pricing*, sob pena de multa diária no valor de R\$ 10.000,00 (dez mil reais). Tal medida cautelar de aplicação imediata é necessária para permitir que, ao final do processo coletivo, a empresa não alegue a inexistência de informações suficientes para cumprir com suas obrigações legais. Ora, não raro, por ocasião da execução coletiva, decorrido longo período deste o ajuizamento da petição inicial em uma ação civil pública, a empresa-ré alega não dispor mais das informações necessárias para atribuir um crédito ou enviar um cheque ao consumidor como forma de devolução dos valores cobrados indevidamente. Infelizmente, era comum que a empresa-ré se valesse desta desculpa para se esquivar de adotar as providências necessárias para o efetivo cumprimento da sentença coletiva.

Assim é que desde 2010 temos postulado ao Poder Judiciário que tenha a prudente consideração de determinar que a empresa-ré mantenha um cadastro atualizado para assegurar o efeito prático da tutela coletiva do consumidor. Em um precedente importante, na ação civil pública para obrigar o banco Citibank à devolução em dobro dos valores cobrados a título de tarifa de

renovação de cadastro, o MM. Juízo da 2ª Vara Empresarial da Comarca da Capital proferiu a decisão liminar em que deferiu “**A ANTECIPAÇÃO DA TUTELA PARA DETERMINAR QUE O RÉU MANTENHA CADASTRO ATUALIZADO COM NOME, ENDEREÇO E TELEFONE DE TODOS OS SEUS CLIENTES ATUAIS E PASSADOS QUE SOFRERAM A COBRANÇA DA TARIFA DE RENOVAÇÃO DE CADASTRO, SOB PENA DE MULTA DIÁRIA NO VALOR DE R\$ 10.000,00.**” A decisão da eminente magistrada, Dra. Márcia Cunha, nos autos do processo n. 0070827-82.2010.8.19.0001, de 19/03/2010, foi impugnada por meio de agravo de instrumento, mas o Egrégio Tribunal de Justiça, em decisão da colenda 15ª Câmara Cível, manteve a medida cautelar assecuratória por unanimidade. Ora, desde então, tal medida tem sido adotada em ações civis públicas para assegurar a devolução efetiva dos valores ao final do processo, situação presente neste processo coletivo e justificadora da efetiva aplicação da medida cautelar neste caso concreto.

Ante o exposto, o MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO **requer, SEM A OITIVA DA PARTE CONTRÁRIA**, que seja determinado *initio litis* à ré que, no prazo de 48 (quarenta e oito) horas:

- a. se abstenha, na prestação de seus serviços, de promover qualquer discriminação injustificada de consumidores brasileiros no Brasil e no exterior, bem como de permitir que hotéis brasileiros discriminem quaisquer consumidores com base na origem geográfica ou nacional, pela prática de *geo-pricing*, sob pena de multa diária no valor de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), corrigidos monetariamente;
- b. mantenha cadastro atualizado com nome, endereço e telefone de todos os seus clientes atuais e passados que sofreram a geodiscriminação desde 2013, sob pena de

- multa diária no valor de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), corrigidos monetariamente;
- c. informe os consumidores quaisquer decisões proferidas no presente processo, mediante envio de correio eletrônico e de aviso legível e chamativo na página inicial de seu sítio eletrônico;

V – A TUTELA DEFINITIVA

Pelo exposto, **REQUER finalmente o Ministério Público:**

- I. A citação da ré para que este se manifeste sobre eventual interesse conciliatório e, se for o caso, apresente contestação dentro do prazo legal, sob pena de revelia;
- II. Seja confirmada a tutela antecipada pleiteada, determinando à ré, em definitivo, que;
- a. se abstenha, na prestação de seus serviços, de promover qualquer discriminação injustificada de consumidores brasileiros no Brasil e no exterior, bem como de permitir que hotéis brasileiros discriminem quaisquer consumidores com base na origem geográfica ou nacional, pela prática de *geo-pricing*, sob pena de multa diária no valor de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), corrigidos monetariamente;
- b. mantenha cadastro atualizado com nome, endereço e telefone de todos os seus clientes atuais e passados que sofreram a geodiscriminação desde 2013, sob pena de multa diária no valor de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), corrigidos monetariamente;

- c. informe os consumidores quaisquer decisões proferidas no presente processo, mediante envio de correio eletrônico e de aviso legível e chamativo na página inicial de seu sítio eletrônico.
- III. seja a ré condenada a indenizar, da forma mais ampla e completa possível, os danos materiais e morais de que tenham padecido os consumidores, individualmente considerados, em virtude dos fatos narrados, a ser apurado em liquidação;
- IV. seja a ré condenada a reparar os danos morais causados aos consumidores, considerados em sentido coletivo, no valor mínimo de R\$ 112.000.000,00 (cento e doze milhões de reais), cujo valor reverterá ao Fundo de Reconstituição de Bens Lesados, mencionado no artigo 13 da Lei nº 7.347/85 ou à instituição que, pela natureza de suas funções, colabore para promover a recomposição dos interesses coletivos lesados, tal como a Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ), nos termos do artigo 5º, § 1º, da Resolução CNMP n. 179/2017;
- V. Que sejam publicados os editais a que se refere o art. 94 do CDC;
- VI. Que seja a ré condenada a pagar honorários ao CENTRO DE ESTUDOS JURÍDICOS DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO, à base de 20% sobre o valor da causa, dado o valor inestimável da condenação;

O Ministério Público esclarece, ainda, que a presente ação está acompanhada dos autos originais do inquérito civil nº 359/2017 da 5ª Promotoria de Justiça de Tutela Coletiva de Defesa do Consumidor e do Contribuinte da Capital.

Protesta-se por todos os meios de prova em direito admitidos, em especial pela prova testemunhal, bem como pela prova

documental superveniente, atribuindo-se à causa, de valor inestimável, o valor de R\$ 112.000.000,00 (cento e doze milhões de reais).

Rio de Janeiro, 6 de dezembro de 2018.

GUILHERME MAGALHÃES MARTINS

Promotor de Justiça

