



Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa – IDP
Curso de Bacharelado em Direito

**A (im)possibilidade de caracterização da discriminação de preços
baseada em dados como abusiva, diante da Lei n. 8.078/1990
(Código de Defesa do Consumidor)**

Ana Cássia Araujo Oliveira

Orientador: Prof. Dr. Ricardo Morishita Wada

Brasília-DF
2024

ANA CÁSSIA ARAUJO OLIVEIRA

**A (im)possibilidade de caracterização da discriminação de preços
baseada em dados como abusiva, diante da Lei n. 8.078/1990
(Código de Defesa do Consumidor)**

Monografia apresentada como requisito
para obtenção do título de bacharel em
Direito pelo Instituto Brasileiro de
Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa –
IDP.

Orientador: Prof. Dr. Ricardo Morishita
Wada

Brasília-DF
2024

Código de catalogação na publicação – CIP

O48i Oliveira, Ana Cássia Araujo

A (im)possibilidade de caracterização da discriminação de preços baseada em dados como abusiva, diante da Lei n. 8.078/1990 (Código de Defesa do Consumidor)./ Ana Cássia Araujo Oliveira. Brasília: Instituto Brasileiro Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa, 2024.

68 f.

Monografia– Instituto Brasileiro Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa – IDP, Graduação em Direito, 2024.

Orientador: Prof. Dr. Ricardo Morishita Wada.

1. Discriminação de preços. 2. Inteligência artificial. 3. Práticas comerciais abusivas. 4. Direito do consumidor. I.Título.

CDDir 342.5

ANA CÁSSIA ARAUJO OLIVEIRA

**A (im)possibilidade de caracterização da discriminação de preços
baseada em dados como abusiva, diante da Lei n. 8.078/1990
(Código de Defesa do Consumidor)**

Monografia apresentada como requisito
para conclusão do curso de Bacharelado
em Direito pelo Instituto Brasileiro de
Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa –
IDP.

Orientador: Prof. Dr. Ricardo Morishita
Wada

Brasília, 17 de junho de 2024.

Banca Examinadora

Professor Ricardo Morishita Wada
Orientador

Professora Ana Luisa Tarter Nunes
Membro da Banca Examinadora

Professora Marília de Ávila e Silva Sampaio
Membro da Banca Examinadora

À memória de José Antonio de Araujo.

AGRADECIMENTOS

Primeiramente a Deus, pela fé e perseverança para continuar o curso mesmo com as adversidades enfrentadas pelo caminho.

Ao meu esposo, Paulo, por toda compreensão, apoio e incentivo durante esses cinco anos. Muito obrigada por me auxiliar a pensar de maneira mais racional e objetiva, culminando em melhores escolhas, inclusive na vida acadêmica.

Ao meu pai, José Antonio, por sempre acreditar no meu potencial e demonstrar tanto orgulho com meu sucesso acadêmico e profissional. Apesar de não estar mais aqui, sei o quanto vibraria com meu segundo diploma de graduação, como se fosse sua própria conquista.

À minha mãe, Kazue, por todas as orações e confiança de que eu superaria as dificuldades até receber o tão esperado diploma.

Ao meu irmão, Alexandre, por demonstrar como seguir os estudos de maneira mais tranquila e com menos cobranças.

Às amigadas conquistadas ao longo do curso, que mostraram como a parceria é importante: à Mariana, que não me deixou desistir e sempre se alegrou e valorizou minhas pequenas conquistas; ao Jezyel, que foi minha dupla em diversos trabalhos e tornou as atividades mais leves; à Lumi, que foi minha companheira durante essa jornada e que me ajudou a consolidar diversos conhecimentos, pela agilidade no modo de pensar; ao Felipe, que sempre contagiou o ambiente com sua alegria e, com suas dicas, ajudou a diminuir nossas ansiedades; e ao Luiz Geraldo, por ter sido o primeiro a se aproximar de mim, tornando o retorno e as idas à faculdade mais fácil e me acompanhando durante esses anos.

A todos os professores que não mediram esforços no compartilhamento de conhecimento e que são fonte de inspiração para muitos alunos. Em especial, ao meu orientador, professor Ricardo, por quem tenho muita admiração e que me auxiliou no direcionamento desta pesquisa.

E, a todos os demais colegas que contribuíram de alguma maneira para a minha formação acadêmica.

RESUMO

A presente pesquisa aborda como tema a possibilidade de considerar abusiva a técnica de discriminação de preços, realizada mediante a coleta de dados de consumidores em ambiente digital e pelo seu processamento via Inteligência Artificial, sob o enfoque do Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078/1990). Se justifica em razão da expansão do consumo digital e da interação com as redes sociais e demais aplicativos que coletam dados e constroem perfis dos consumidores: os fornecedores não divulgam a informação sobre o emprego da técnica de discriminação de preços, que é identificada na prática por alguns consumidores. Dessa forma, em razão de ser um tema novo à aplicação do direito do consumidor, não há clareza jurídica a respeito da licitude ou ilicitude da técnica, por não haver vedação expressa e por ainda não encontrar um posicionamento na doutrina e na jurisprudência. O objetivo geral do presente estudo é investigar a possibilidade de caracterizar a discriminação de preços baseada em dados como abusiva para o consumidor, para tanto, é necessário compreender o significado da técnica aplicada e em que consiste a abusividade nas práticas comerciais, além da sua relação com a Inteligência Artificial; identificar o arcabouço normativo que vigora sobre liberdade econômica e direito do consumidor, interpretando-o com o auxílio da doutrina e dos entendimentos jurisprudenciais correlatos; e, expor como a Teoria Estruturante do Direito de Friedrich Müller pode auxiliar na resolução do problema apresentado. Assim, por meio das pesquisas bibliográfica e documental, adotando a abordagem dedutiva e o método de procedimento funcionalista, conclui-se que é possível a caracterização da abusividade no emprego da técnica, a depender dos parâmetros utilizados para compor o programa e o âmbito normativos.

Palavras-chave: discriminação de preços; inteligência artificial; práticas comerciais abusivas; direito do consumidor; Teoria Estruturante do Direito.

ABSTRACT

This research addresses as a topic the possibility of considering the price discrimination technique abusive, carried out by collecting consumer data in a digital environment and processing it via Artificial Intelligence, under the focus of the Consumer Protection Code (Law n. 8,078/1990). It is justified due to the expansion of digital consumption and interaction with social networks and other applications that collect data and build consumer profiles: suppliers do not disclose information about the use of the price discrimination technique, which is identified in practice by some consumers. Thus, as it is a new topic in the application of consumer law, there is no legal clarity regarding the legality or illegality of the technique, as there is no express prohibition and as it has not yet found a position in doctrine and jurisprudence. The general objective of the present study is to investigate the possibility of characterizing price discrimination based on data as abusive for the consumer. To do so, it is necessary to understand the meaning of the technique applied and what abusiveness in commercial practices consists of, in addition to their relationship with Artificial Intelligence; identify the normative framework that applies to economic freedom and consumer rights, interpreting it with the help of doctrine and related jurisprudential understandings; and, explain how Friedrich Müller's Structuring Theory of Law can help resolve the problem presented. Thus, through bibliographical and documentary research, adopting the deductive approach and the functionalist procedure method, it is concluded that it is possible to characterize abusiveness in the use of the technique, depending on the parameters used to compose the normative program and the normative scope.

Keywords: price discrimination; artificial intelligence; abusive commercial practices; consumer law; Structuring Theory of Law.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	9
2	BREVE ANÁLISE DOS INSTITUTOS	12
2.1	Desmistificando a Discriminação de Preços	12
2.2	Impactos Éticos e Sociais da Discriminação de Preços	16
2.3	Entendendo as Práticas Comerciais Abusivas	20
3	PERSONALIZAÇÃO DE PREÇOS: LIBERDADE ECONÔMICA X DIREITOS DOS CONSUMIDORES	24
3.1	Exposição do Conflito	24
3.2	Microeconomia e Liberdade Econômica	24
3.3	Regras e Princípios do Código de Defesa do Consumidor	30
4	A (IM)POSSIBILIDADE DE CARACTERIZAÇÃO DA PERSONALIZAÇÃO DE PREÇOS BASEADA EM DADOS COMO ABUSIVA PARA O CONSUMIDOR	39
4.1	Aplicação da Teoria Estruturante do Direito e Identificação do Programa Normativo	39
4.2	Identificação do Âmbito Normativo, Análise dos Casos Concreto e Hipotético e Concretização da Norma	45
4.3	Aplicação Prática	52
5	CONSIDERAÇÕES FINAIS	56
	REFERÊNCIAS	59

1 INTRODUÇÃO

O presente estudo tem como foco a discussão, sob o ponto de vista da legislação consumerista, a respeito da verificação da presença ou não da abusividade na discriminação de preços que se utiliza dos dados coletados dos consumidores através dos meios digitais.

A internet revolucionou a captura de dados – inclusive pessoais –, mediante a interação com as redes sociais, o uso das ferramentas de busca, a expansão do *e-commerce* e a utilização de aplicativos afins, propiciando o armazenamento de dados em larga escala. Dados por si só não dizem nada, porém quando analisados sob um contexto específico podem trazer informações relevantes para o mercado de consumo.

Com o intento de maximizarem as suas vendas e, conseqüentemente, seus lucros, as empresas buscam novas estratégias a serem implementadas. Levando em consideração que as tecnologias de Inteligência Artificial (IA) conseguem formar perfis, identificando os gostos e comportamentos pessoais, a discriminação de preços, que já era realizada pelo mercado, é adaptada à nova realidade, se utilizando de dados dos possíveis consumidores para diferenciar os preços que estes estão dispostos a pagar pelo produto ou serviço ofertado.

Aspectos como armazenamento de histórico de navegação, localização geográfica, curtidas em redes sociais e dados de transações de compra do consumidor permitem que sejam realizadas estratégias de diferenciação dos preços oferecidos pelo mesmo produto ou serviço a consumidores distintos – o que se entende como discriminação de preços.

Por ser uma prática cada vez mais frequente, em razão da massificação e popularização da tecnologia, o exame da licitude da diferenciação de preços de um mesmo produto ou serviço ofertado para diferentes pessoas merece ser amplamente debatido no âmbito jurídico – principalmente em relação aos direitos dos consumidores.

Adverte-se, ainda, que a diferenciação de preços pode ser aplicada mediante a utilização de dados coletados e analisados por Inteligências Artificiais (IAs), cujo procedimento decisório pode ser obscuro e resultar em práticas discriminatórias, desprovidas de ética e capazes de manter ou acentuar as desigualdades sociais e econômicas existentes.

Dessa forma, o problema surge quando a discriminação de preços viola direitos. O presente trabalho pretende analisar a referida prática diante das regras e princípios que regem o direito do consumidor. Nessa perspectiva, a predileção do tema para este estudo se origina da seguinte discussão: é possível caracterizar a personalização de preços baseada em dados como

abusiva para o consumidor, diante da Lei n. 8.078/1990 (Código de Defesa do Consumidor – CDC)?

A hipótese inicial é afirmativa, considerando os dispositivos contidos no Código de Defesa do Consumidor, que possuem como base o reconhecimento da vulnerabilidade dos consumidores no mercado de consumo, consoante previsão expressa do artigo 4º, inciso I, da referida lei.

No intuito de resolver o problema citado, o objetivo geral da presente pesquisa é analisar a possibilidade de caracterizar a personalização de preços baseada em dados como abusiva para o consumidor. Isso demandou, especificamente, o desenvolvimento dos seguintes objetivos específicos:

- (1) conceituar os institutos problematizados por este trabalho: o que é discriminação de preços, quais os impactos da utilização da Inteligência Artificial na discriminação de preços e o que se entende como prática comercial abusiva;
- (2) verificar como a legislação em vigor trata a discriminação de preços, de modo a identificar os argumentos jurídicos que respaldam a aplicação da discriminação de preços pelos fornecedores e se há outros que podem caracterizar excessos;
- (3) indicar parâmetros para atuação do aplicador do direito, auxiliando na distinção da constatação da presença ou não da abusividade quando há o emprego da técnica de discriminação de preços, além de descrever e examinar casos.

Ressalta-se que os objetivos elencados acima foram utilizados para a composição dos capítulos e subcapítulos desta pesquisa.

Para o levantamento de dados foi eleito o tipo de pesquisa bibliográfico, com o embasamento em livros, artigos científicos, teses e dissertações já publicados, e compreendendo, também, a pesquisa documental, aproveitando-se de levantamentos provenientes de leis, julgados e fontes estatísticas.

Quanto ao método de abordagem, optou-se pelo dedutivo, em razão de partir de teorias e leis, visando a identificação de meios capazes de propiciar uma análise mais precisa para a detecção de abusividades nas práticas comerciais de personalização de preços. Ainda que tenham sido verificadas duas situações no estudo de caso, seus resultados não ensejaram conclusões amplas, a serem aplicadas genericamente – afinal, conforme a Teoria Estruturante do Direito, cada caso concretiza a norma de maneira particular –, apenas se propôs uma nova sistematização para tais análises.

Ademais, o método de procedimento adotado foi o funcionalista, de forma a identificar e definir cada elemento que compõe o tema apresentado e suas interrelações com o ordenamento jurídico, almejando uma exposição mais lógica e didática ao leitor.

Por fim, esta pesquisa poderá contribuir com o modo como a aferição da abusividade deverá ser realizada, quando investigado o emprego da discriminação de preços, a fim de gerar segurança jurídica, por meio de métodos hermenêuticos previsíveis, e pretendendo aprimorar a unidade sistêmica de defesa do consumidor.

2 BREVE ANÁLISE DOS INSTITUTOS

O presente capítulo tem como objetivo conceituar os institutos da discriminação de preços e das práticas comerciais abusivas, almejando aproximar o leitor da discussão a ser realizada. Para tanto, no primeiro tópico será abordada a definição, os tipos e os exemplos da técnica de discriminação de preços, assim como o detalhamento do seu funcionamento. O segundo tópico explicará os impactos da utilização de Inteligência Artificial (IA) na discriminação de preços, especificando alguns de seus potenciais riscos. E, por fim, o terceiro tópico tratará sobre o conteúdo abarcado pelas práticas comerciais abusivas, elencando os princípios envolvidos em sua análise.

2.1 Desmistificando a Discriminação de Preços

Inicialmente, cumpre esclarecer o que significa discriminação de preços. Conforme explicam David Kupfer e Lia Hansenclever¹, a discriminação de preços consiste na venda do mesmo produto por preços diferentes a compradores diversos, com os preços variando conforme a renda, as preferências e a localização dos consumidores, além da facilidade ou não de encontrar substituição para o produto – ainda que o fornecedor tenha os mesmos custos. Assim, é imperioso destacar que o termo “discriminação” está relacionado aos preços diferenciados e não a violações jurídicas (ao menos nesse contexto de definição do instituto).

A título exemplificativo, seria o mesmo que você e seu amigo pretendessem a compra de um *smartphone* da Apple (modelo *Iphone 15 Pro Max*, com as mesmas características), e ao consultarem simultaneamente pelo produto em determinada loja virtual, recebessem ofertas com preços diferentes – ou seja, o produto e o dia da realização da consulta seriam os mesmos, todavia, os preços retornados seriam distintos para cada um dos possíveis consumidores.

O relatório *Big Data and Differential Pricing* do Gabinete Executivo do Presidente dos Estados Unidos da América (EUA), formulado pelo Conselho de Consultores Econômicos em 2015, acrescenta:

[...] o objetivo do vendedor é aumentar os preços para aqueles que estão dispostos a pagar mais, sem perder outro grupo de clientes mais sensíveis ao preço. Essa é a ideia

¹ KUPFER, David; HANSENCLEVER, Lia. **Economia industrial**: fundamentos teóricos e práticas no Brasil. São Paulo: Atlas, 2020. *E-book*. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788595157194/>. Acesso em: 25 mar. 2024.

geral por trás dos preços diferenciados – para definir preços com base na procura, ou no que os clientes estão dispostos a pagar, e não nos custos^{2, p. 4}.

Nota-se que o relatório chama a atenção para o fato de os preços diferirem a partir da disposição do consumidor a pagar pelo produto ou serviço, que não é aferida somente levando-se em conta os custos envolvidos em sua produção, comercialização ou prestação.

Ainda, David Kupfer e Lia Hansenclever¹ expõem que a discriminação de preços possui três modalidades, quais sejam:

- a) 1º grau: cada unidade do produto é vendida a preço diferente, a depender do consumidor; o fornecedor extrai todo o excedente do consumidor e, dessa forma, cada unidade do produto é vendida pelo preço máximo que o consumidor está disposto a pagar – entendida como discriminação perfeita de preços;
- b) 2º grau: “o preço por unidade não é constante, depende da quantidade”^{1, p. 11} comprada (descontos por quantidade) – são as estratégias usadas por varejistas como o Sam’s Club³. Em complemento, o relatório *Big Data and Differential Pricing*² aclara que os fornecedores podem produzir múltiplas versões de um produto, cada uma com um preço, e assim, cada consumidor seleciona a versão e o preço a pagar, permitindo um alcance maior do mercado de consumo – técnica de versionamento;
- c) 3º grau: o fornecedor cobra preços diferenciados a depender do grupo de consumidores. Essa modalidade pode ser ilustrada pelos descontos concedidos nos

² UNITED STATES OF AMERICA. *Executive Office of the President of the United States. Council of Economic Advises. Big data and differential pricing*. [Tradução própria]. [S.l.]: Executive Office of the President of the United States, 2015. Disponível em: https://obamawhitehouse.archives.gov/sites/default/files/whitehouse_files/docs/Big_Data_Report_Nonembargo_v2.pdf. Acesso em: 27 mar. 2024.

¹ KUPFER, David; HANSENCLEVER, Lia. **Economia industrial: fundamentos teóricos e práticas no Brasil**. São Paulo: Atlas, 2020. *E-book*. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788595157194/>. Acesso em: 25 mar. 2024.

¹ KUPFER, David; HANSENCLEVER, Lia. **Economia industrial: fundamentos teóricos e práticas no Brasil**. São Paulo: Atlas, 2020. *E-book*. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788595157194/>. Acesso em: 25 mar. 2024.

³ HORTON, Melissa. *3 degrees of price discrimination*. [Tradução própria]. **Investopedia – Dotdash Meredith**, 2023. <https://www.investopedia.com/ask/answers/042415/what-are-different-types-price-discrimination-and-how-are-they-used.asp>. Acesso em: 30 mar. 2024.

² UNITED STATES OF AMERICA. *Executive Office of the President of the United States. Council of Economic Advises. Big data and differential pricing*. [Tradução própria]. [S.l.]: Executive Office of the President of the United States, 2015. Disponível em: https://obamawhitehouse.archives.gov/sites/default/files/whitehouse_files/docs/Big_Data_Report_Nonembargo_v2.pdf. Acesso em: 27 mar. 2024.

cinemas a pessoas idosas (Lei n. 10.741, artigo 23)⁴ ou a estudantes (Lei n. 12.933/2013, artigo 1º)⁵.

Enfatiza-se que a atenção desta pesquisa será direcionada às discriminações de preço de 1º grau (consumidores considerados individualmente) e de 3º grau (consumidores considerados em grupos) – compreendidas pela Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE)⁶, p. 2 como “personalização de preços”.

Com o propósito de detalhar a técnica, Bruno Yudi Soares Koga⁷ sistematiza algumas etapas necessárias para que a precificação personalizada seja aplicada: (a) coleta de dados; (b) seleção dos dados relevantes; (c) criação de perfil do consumidor; (d) modelagem do sistema de precificação e (e) aperfeiçoamento do sistema de precificação.

Ao utilizar a internet, o consumidor deixa um rastro – também denominado “pegada digital”², p. 8 –, viabilizando a coleta de dados como histórico de navegação; compras anteriores; acesso a sites de comparação de preços ou de concorrentes; interações em redes sociais, como curtidas; quantidade de acesso e tempo de permanência em sites, entre outros.

Tais dados são armazenados no *Big Data*, que corresponde a uma base de dados com um grande volume, com dados obtidos em uma velocidade rápida (alguns dados são disponibilizados em tempo real) e variados, devido às diversas fontes, segundo expõe a autoridade concorrencial britânica (Competition and Markets Authority – CMA)⁸, o que faculta

⁴ BRASIL. **Lei n. 10.741, de 1º de outubro de 2003**. Dispõe sobre o Estatuto da Pessoa Idosa e dá outras providências. (Redação dada pela Lei nº 14.423, de 2022). Brasília, DF: Presidência da República, 2003. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/110.741.htm. Acesso em: 25 mar. 2024.

⁵ BRASIL. **Lei n. 12.933, de 26 de dezembro de 2013**. Dispõe sobre o benefício do pagamento de meia-entrada para estudantes, idosos, pessoas com deficiência e jovens de 15 a 29 anos comprovadamente carentes em espetáculos artístico-culturais e esportivos, e revoga a Medida Provisória nº 2.208, de 17 de agosto de 2001. Brasília, DF: Presidência da República, 2013. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112933.htm. Acesso em: 25 mar. 2024.

⁶ ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT (OECD). ***The regulation of personalised pricing in the digital era – note by Marc Bourreau and Alexandre de Streel***. [Tradução própria]. Paris: OECD Publishing, 2020. Disponível em: [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WD\(2018\)150/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WD(2018)150/en/pdf). Acesso em: 25 mar. 2024.

⁷ KOGA, Bruno Yudi Soares. **Precificação personalizada**. 1. ed. São Paulo: Almedina, 2021. *E-book*. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786556272894/>. Acesso em: 30 mar. 2024.

² UNITED STATES OF AMERICA. *Executive Office of the President of the United States. Council of Economic Advises. Big data and differential pricing*. [Tradução própria]. [S.l.]: Executive Office of the President of the United States, 2015. Disponível em: https://obamawhitehouse.archives.gov/sites/default/files/whitehouse_files/docs/Big_Data_Report_Nonembargo_v2.pdf. Acesso em: 27 mar. 2024.

⁸ COMPETITION & MARKETS AUTHORITY (CMA). ***Pricing algorithms: economic working paper on the use of algorithms to facilitate collusion and personalised pricing***. [Tradução própria]. Londres: Competition & Markets Authority, 2018. Disponível em:

a análise das preferências, interesses, hábitos de consumo, comportamentos e necessidades dos consumidores.

As informações estratégicas para o mercado são provenientes da compreensão do contexto em que os dados coletados estão inseridos. Bruno Yudi Soares Koga sublinha que não adianta somente ter um vasto volume de dados, porque “dados imprecisos, desatualizados, inverídicos ou mesmo enviesados sofrerão análises marcadas pelos mesmos defeitos”⁷, p. 98. Assim, é necessário o fornecedor filtrar os dados e utilizar somente os que têm relevância para o objetivo buscado – a personalização de preços.

Ademais, a modelagem do sistema de precificação se baseia no conjunto de dados selecionados e nos pesos conferidos a cada um desses elementos, a fim de correlacioná-los. Para isso, são fornecidas instruções básicas ao algoritmo (o algoritmo é entendido pela autoridade concorrencial britânica⁸ como qualquer procedimento computacional, com etapas bem definidas, que recebe dados/valores como entrada e produz outros dados/valores como saída; além disso, um algoritmo de precificação pode utilizar os preços como dados de entrada ou de saída, a depender da função para a qual foi criado), que, mediante o *machine learning* (aprendizado automático de máquina) encontra padrões por si próprio nos dados recebidos e, posteriormente, associa esses padrões aos resultados.

A CMA⁸ esclarece que os algoritmos de aprendizado de máquina, ou *machine learning*, não necessitam de comandos de programação humana para resolverem problemas, portanto mudam e melhoram de forma iterativa por si próprios, comparando suas decisões com o

https://assets.publishing.service.gov.uk/media/5bbb2384ed915d238f9cc2e7/Algorithms_econ_report.pdf. Acesso em: 01 abr. 2024.

⁷ KOGA, Bruno Yudi Soares. **Precificação personalizada**. 1. ed. São Paulo: Almedina, 2021. *E-book*. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786556272894/>. Acesso em: 30 mar. 2024.

⁸ COMPETITION & MARKETS AUTHORITY (CMA). **Pricing algorithms: economic working paper on the use of algorithms to facilitate collusion and personalised pricing**. [Tradução própria]. Londres: Competition & Markets Authority, 2018. Disponível em: https://assets.publishing.service.gov.uk/media/5bbb2384ed915d238f9cc2e7/Algorithms_econ_report.pdf. Acesso em: 01 abr. 2024.

⁸ COMPETITION & MARKETS AUTHORITY (CMA). **Pricing algorithms: economic working paper on the use of algorithms to facilitate collusion and personalised pricing**. [Tradução própria]. Londres: Competition & Markets Authority, 2018. Disponível em: https://assets.publishing.service.gov.uk/media/5bbb2384ed915d238f9cc2e7/Algorithms_econ_report.pdf. Acesso em: 01 abr. 2024.

aumento ou a diminuição das receitas da empresa para aferir a sua efetividade. Carissa Véliz⁹ acrescenta que as lacunas são preenchidas pelo *machine learning* por meio de estatísticas.

Dessa forma, a Inteligência Artificial (IA) classifica, categoriza e pontua as pessoas em modelos baseados em suas preferências, sugerindo os preços que cada um deve pagar pelo produto ou serviço.

Por fim, é necessário acompanhar os resultados do modelo de precificação criado, para verificar a sua efetividade e corrigir possíveis distorções⁷. A partir disso, devido aos aprendizados automáticos de máquina nem sempre permitirem o rastreamento completo dos processos decisórios, críticas a respeito da opacidade dos resultados são levantadas, juntamente com a discussão referente aos aspectos éticos envolvidos – conforme será detalhado no tópico a seguir.

2.2 Impactos Éticos e Sociais da Discriminação de Preços

Em 2005, surgiu o termo *Glass Consumer* (“Consumidor de Vidro”), com a intenção de ressaltar que as empresas possuem tantos dados de consumidores, que quase conseguem ver através deles – referindo-se à predição de comportamentos e à perfilação¹⁰, p. RB-3.6.

Nesse sentido, a utilização de sistemas de IA implica em alguns riscos para os consumidores, conforme indica Martin Ebers¹¹: (a) violação da privacidade (relacionada à proteção de dados); (b) aumento das assimetrias de informação, uma vez que o consumidor permanece sem saber que houve uma personalização de preços fundada nos seus dados pessoais; (c) incapacidade do consumidor compreender o comportamento dos fornecedores; (d) exploração das vulnerabilidades do consumidor, em razão das definições de perfis e segmentações realizadas; (e) discriminação indevida, ocasionada pela complexidade e

⁹ VÉLIZ, Carissa. *If AI Is Predicting Your Future, Are You Still Free? Part of being human is being able to defy the odds. Algorithmic prophecies undermine that.* [Tradução própria]. **Wired**, 27 dez. 2021. Disponível em: <https://www.wired.com/story/algorithmic-prophecies-undermine-free-will>. Acesso em: 02 abr. 2024.

⁷ KOGA, Bruno Yudi Soares. **Precificação personalizada**. 1. ed. São Paulo: Almedina, 2021. *E-book*. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786556272894/>. Acesso em: 30 mar. 2024.

¹⁰ VERBICARO, Dennis. **Algoritmos de consumo: discriminação, determinismo e solução online de conflitos na era da inteligência artificial**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2023. *E-book*. Disponível em: <https://next-proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/329992813/v1/page/RB-3.6%20>. Acesso em: 27 mar. 2024.

¹¹ EBERS, Martin. *Liability for artificial intelligence and EU consumer law.* [Tradução própria]. **Journal of Intellectual Property, Information Technology and Electronic Commerce Law**, p. 204-221, 2021. Disponível em: ssrn.com/abstract=3855110. Acesso em: 03 abr. 2024.

opacidade dos algoritmos (propiciada pelos aprendizados automatizados, que dificultam o rastreamento das decisões).

Tendo em vista os potenciais danos descritos acima, Bruno Yudi Soares Koga⁷ aduz que o problema da utilização da IA nos processos de personalização de preços surge quando nem os programadores têm clareza de quais variáveis o programa utilizou para estabelecer aquele preço (opacidade ou “caixa-preta”) ou quando não se sabe se o algoritmo é discriminatório (no sentido de ferir valores jurídicos e, como alerta Dennis Verbicaro¹⁰, discriminação negativa, e não positiva) por si só ou se os dados inseridos é que possuem tal viés.

Dito de outro modo, conforme exposto por Bruno Yudi Soares Koga, os vieses discriminatórios podem estar contidos nos próprios dados utilizados para o treinamento dos algoritmos de IA, em razão de sub-representarem determinados grupos minoritários, ou podem decorrer da própria programação do sistema utilizado para a personalização de preços.

Nessa mesma direção, Fabiano Hartmann Peixoto, membro fundador da Associação Ibero-americana de Direito e Inteligência Artificial (AID-IA) salienta:

Em um conjunto de dados, há tendências, hábitos, representações das mais diversas atividades humanas e, entre elas, os desvios e preconceitos tão característicos do ser humano. Se não observados e metodologicamente cuidados, o conjunto de dados pode gerar enviesamentos que comprometem o uso de IA¹², p. 26.

Fabiano Hartmann Peixoto e Dennis Verbicaro¹⁰ convergem quanto à análise dos dados enviesados, porquanto este informa que quando o insumo dos algoritmos é composto por dados que não representam todos os consumidores igualmente, resultarão em correlações espúrias, que podem agravar a marginalização e exclusão dos mais vulneráveis.

Ainda, a respeito da discriminação algorítmica, Laura Schertel Mendes e Marcela Mattiuzzo propõem uma classificação: (a) discriminação por erro estatístico, que abarca tanto a coleta incorreta de dados quanto problemas no código do algoritmo – na qual se encontra a

⁷ KOGA, Bruno Yudi Soares. **Precificação personalizada**. 1. ed. São Paulo: Almedina, 2021. *E-book*. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786556272894/>. Acesso em: 30 mar. 2024.

¹⁰ VERBICARO, Dennis. **Algoritmos de consumo: discriminação, determinismo e solução online de conflitos na era da inteligência artificial**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2023. *E-book*. Disponível em: <https://next-proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/329992813/v1/page/RB-2.1%20>. Acesso em: 27 mar. 2024.

¹² PEIXOTO, Fabiano Hartmann. **Direito e inteligência artificial: referenciais básicos com comentários à resolução CNJ 332/2020**. Distrito Federal: DR.IA, 2020. *E-book*. Disponível em: <https://livros.unb.br/index.php/portal/catalog/view/200/355/1518>. Acesso em: 21 mar. 2024.

¹⁰ VERBICARO, Dennis. **Algoritmos de consumo: discriminação, determinismo e solução online de conflitos na era da inteligência artificial**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2023. *E-book*. Disponível em: <https://next-proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/329992813/v1/page/RB-2.1%20>. Acesso em: 27 mar. 2024.

discriminação relatada nos parágrafos anteriores –; (b) discriminação por generalização, que classifica as pessoas em grupos equivocados; (c) discriminação pelo uso de dados sensíveis, baseada em características endógenas ou em grupos historicamente discriminados; e (d) discriminação limitadora de direitos, porque, para as autoras, “se há uma conexão estrita entre ambos e se o direito em questão é demasiadamente afetado, provável que o uso seja discriminatório”¹³, p. 53.

Em seus estudos, Cathy O’Neil¹⁴ expõe diversos cenários nos quais os sistemas se utilizam da estatística – o que lhes proporciona uma aparência de imparcialidade –, entretanto desenvolvem análises erradas e/ou danosas. A autora denomina as tecnologias de IA de “Armas de Destruição Matemáticas” e explica que elas são construídas para otimizar a eficiência e a lucratividade – afinal, na era da economia digital, quem extrair mais inteligência a partir dos dados tem maior chance de ampliar os ganhos – e são deixadas de lado a justiça e as decisões pautadas na ética ou na moral. Por fim, aclama que sejam criados algoritmos dotados de melhores valores, que prezem pela equidade antes do lucro.

Somente para fins de reflexão, em relação às necessidades de ética e transparência algorítmica, o grupo de defesa do consumidor na Austrália, Choice, afirmou:

Se não exigirmos que todos cumpram requisitos razoáveis em matéria de transparência e ética, uma companhia de seguros, hipoteticamente, seria livre para usar os dados de sono do seu monitor de *fitness* e as músicas tristes que você tem ouvido no *Spotify* como base para cobrar mais para obter cobertura de saúde mental¹⁵.

Em continuidade, Carissa Véliz⁹ ensina que as implicações éticas dos algoritmos fazerem previsões sobre as pessoas é que: (1) não se reconhece o livre arbítrio, ou seja, o poder de escolha dos indivíduos é prejudicado – o que os transforma em “coisas” que não têm capacidade de desafiar as probabilidades – e (2) o predeterminismo gerado pelas análises preditivas pode ser concretizado pela própria IA. Para ilustrar: caso um algoritmo preveja que uma pessoa tem 75% de probabilidade de ser má-pagadora, nenhum ou quase nenhum banco lhe oferecerá crédito – assim, ser inserido em uma lista de restrição por um algoritmo pode

¹³ MENDES, Laura Schertel; MATTIUZZO, Marcela. Discriminação algorítmica: conceito, fundamento legal e tipologia. **Direito Público**, Porto Alegre, v. 16, n. 90, p. 39-64, 2019. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/3766>. Acesso em: 21 mar. 2024.

¹⁴ O’NEIL, Cathy. **Algoritmos de destruição em massa**: como o *big data* aumenta a desigualdade e ameaça a democracia. Tradução Rafael Abraham. 1. ed. São Paulo: Editora Rua do Sabão, 2020.

¹⁵ JEONG, Saimi. *Tinder charges older people more*. [Tradução própria]. **CHOICE**, 2020. Disponível em: <https://www.choice.com.au/consumers-and-data/data-collection-and-use/how-your-data-is-used/articles/tinder-plus-costs-more-if-youre-older>. Acesso em: 02 abr. 2024.

⁹ VÉLIZ, Carissa. *If AI Is Predicting Your Future, Are You Still Free? Part of being human is being able to defy the odds. Algorithmic prophecies undermine that*. [Tradução própria]. **Wired**, 27 dez. 2021. Disponível em: <https://www.wired.com/story/algorithmic-prophecies-undermine-free-will>. Acesso em: 02 abr. 2024.

reduzir demasiadamente as opções de uma pessoa, o que gera o risco de perpetuação das desigualdades.

Além disso, dentre os impactos sociais causados pela diferenciação de preços está o risco de tratamento irregular dos dados pessoais dos consumidores e as possíveis discriminações em razão da recusa indevida de contratação ou da variação abusiva do preço – conforme elenca Bruno Miragem¹⁶.

Ademais, Dennis Verbicaro especifica que o que caracteriza uma discriminação negativa como prática abusiva é a utilização, pelo sistema de precificação, de elementos como raça, nacionalidade, gênero ou condição econômica como critérios “de segregação, restrição, depreciação, marginalização ou mesmo exclusão de sujeitos ou grupos nas relações de consumo digitais”¹⁰, p. RB-2.1.

Em que pese todos os impactos negativos que a discriminação de preços pode gerar, cumpre destacar que, atualmente, nenhuma lei brasileira veda a prática de personalização de preços de forma expressa.

Nessa direção, o Decreto n. 5.903/2006¹⁷, que regulamenta a lei sobre oferta e formas de aplicação de preços de produtos e serviços (Lei n. 10.962/2004), estabelece no seu artigo 9º, VII, que a atribuição de preços distintos para o mesmo item configura infração ao direito do consumidor à informação adequada e clara. Neste sentido, a hoje revogada Nota Técnica n. 11/2019, da Secretaria Nacional do Consumidor (Senacon), explicava que “não resta claro que a concessão de descontos para públicos diferentes seja vedado”¹⁸, p. 2.

Ademais, o decreto considera violação à informação a apresentação de preços distintos para o mesmo produto ou serviço, sem especificar se se aplica para o mesmo consumidor ou para consumidores diferentes. Com isso, se for para o mesmo consumidor, cabe a este escolher

¹⁶ MIRAGEM, Bruno. **Curso de direito do consumidor**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2024. *E-book*. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559648856/>. Acesso em: 22 mar. 2024.

¹⁰ VERBICARO, Dennis. **Algoritmos de consumo: discriminação, determinismo e solução online de conflitos na era da inteligência artificial**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2023. *E-book*. Disponível em: <https://next-proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/329992813/v1/page/RB-2.1%20>. Acesso em: 27 mar. 2024.

¹⁷ BRASIL. **Decreto n. 5.903, de 20 de setembro de 2006**. Regulamenta a Lei nº 10.962, de 11 de outubro de 2004, e a Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Brasília, DF: Presidência da República, 2006. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/decreto/d5903.htm. Acesso em: 19 maio 2024.

¹⁸ BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. **Nota Técnica n. 11/2019/CGEMM/DPDC/SENACON/MJ**. [Brasília]: Ministério da Justiça e Segurança Pública, 2019. Disponível em: <https://www.gov.br/mj/pt-br/assuntos/seus-direitos/consumidor/notas-tecnicas/anexos/11-2019.pdf>. Acesso em: 17 maio 2024.

a oferta mais barata (interpretação mais favorável ao consumidor, conforme o artigo 47 do CDC¹⁹); se for para consumidores diferentes, para verificar se houve abusividade, é necessário identificar se os fatores que levaram a esta diferenciação coadunam com os direitos consumeristas – objeto deste trabalho.

Feita essa análise, para a compreensão da caracterização ou não da abusividade da discriminação de preços perante o direito do consumidor, é necessário elucidar o que a doutrina entende como práticas comerciais abusivas – objetivo ao qual se propõe o próximo tópico.

2.3 Entendendo as Práticas Comerciais Abusivas

Importa também aproximar do presente estudo a definição da doutrina acerca da conceituação de práticas comerciais abusivas. Ao discutir sobre esse tema, Antonio Herman de Vasconcellos e Benjamin explana que, embora a abusividade seja um conceito jurídico indeterminado, a prática abusiva é a que está em “desconformidade com os padrões mercadológicos de boa conduta em relação ao consumidor” ferindo “os alicerces da ordem jurídica”²⁰, p. 351.

Nesse prisma, Marco Antonio Araujo Junior e Brunno Giancoli²¹ ensejam que, no mercado de consumo, os comportamentos dos fornecedores que destoam dos padrões éticos determinados pela Política Nacional das Relações de Consumo, descritas no artigo 4º do Código de Defesa do Consumidor, configuram as práticas comerciais abusivas.

O problema de tais entendimentos é a amplitude que o significado da prática comercial abusiva adquire. Para Antonio Herman de Vasconcellos e Benjamin:

[...] as práticas abusivas não estão regradas apenas pelo art. 39. Diversamente, espalham-se por todo o Código. Desse modo, são práticas abusivas a colocação no mercado de produto ou serviço com alto grau de nocividade ou periculosidade (art. 10), a comercialização de produtos e serviços impróprios (arts. 18, § 6º, e 20, § 2º), o não emprego de peças de reposição adequadas (art. 21), a falta de componentes e peças de reposição (art. 32), a ausência de informação, na venda a distância, sobre o nome e endereço do fabricante (art. 33), a veiculação de publicidade clandestina (art. 36) e

¹⁹ BRASIL. **Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1990. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078compilado.htm. Acesso em: 24 mar. 2024.

²⁰ BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcellos e. Capítulo V - Das Práticas Comerciais. In: GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.* **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor**: comentado pelos autores do Anteprojeto do CDC e da Lei do Superendividamento. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022. p. 259-451. *E-book*. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559645527/>. Acesso em: 24 mar. 2024.

²¹ ARAUJO JUNIOR, Marco Antonio; GIANCOLI, Bruno. **Curso de direito do consumidor**. 6. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2024. *E-book*. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553623303/>. Acesso em: 05 abr. 2024.

abusiva (art. 37, § 2º), a cobrança irregular de dívidas de consumo (art. 42), o arquivo de dados sobre o consumidor em desrespeito aos seus direitos de conhecimento, de acesso e de retificação (art. 43), a utilização de cláusula contratual abusiva (art. 51), [...]”²⁰, p. 351.

Antagonicamente, Ricardo Morishita Wada²² delimita o regime das práticas comerciais abusivas no CDC, relatando que as previsões atinentes à saúde, à segurança, aos regimes de responsabilização, aos deveres de oferta, à publicidade e às cláusulas contratuais já possuem sistemas próprios, orientados a outros objetivos. Com a pretensão de sistematizar e articular a defesa do consumidor contra eventuais excessos e abusos praticados no mercado de consumo, o mencionado autor sugere a criação de um regime jurídico específico contra as práticas comerciais abusivas, constituído pelos artigos 4º, inciso VI, 6º, inciso IV e pelos dispositivos contidos na seção IV do CDC (“Das Práticas Abusivas”, composta pelos artigos 39, 40 e 41).

Ainda, pelo viés da Teoria do Diálogo das Fontes, Flávio Tartuce²³, p. 455 correlaciona a prática abusiva do CDC ao instituto do abuso de direito, disciplinado pelo artigo 187 do Código Civil (Lei n. 10.406/2002), que seria exceder “manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”²⁴. Nessa abordagem, a Teoria do Diálogo das Fontes, conforme instrui Claudia Lima Marques²⁵, preconiza que ainda que as normas jurídicas pertençam a ramos do direito distintos, elas não se excluem, mas se complementam, ou seja, podem ser aplicadas simultaneamente ao mesmo caso, formando uma

²⁰ BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcellos e. Capítulo V - Das Práticas Comerciais. In: GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.* **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor**: comentado pelos autores do Anteprojeto do CDC e da Lei do Superendividamento. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022. p. 259-451. *E-book*. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559645527/>. Acesso em: 24 mar. 2024.

²² WADA, Ricardo Morishita. **A proteção do consumidor contra as práticas comerciais abusivas no código de defesa do consumidor**: novo ensaio para sistematização e aplicação do direito do consumidor. 2016. 232 f. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Estudos Pós-Graduados em Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2016. Disponível em: <https://tede2.pucsp.br/handle/handle/19759>. Acesso em: 20 abr. 2024.

²³ TARTUCE, Flávio; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito do consumidor**: direito material e processual. Rio de Janeiro: Método, 2024. *E-book*. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559649990/>. Acesso em: 05 abr. 2024.

²⁴ BRASIL. **Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2002. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em: 10 abr. 2024.

²⁵ MARQUES, Claudia Lima. Parte 1 - Diálogo das fontes, aplicação das normas e teoria do direito - A teoria do ‘diálogo das fontes’ hoje no Brasil e seus novos desafios: uma homenagem à magistratura brasileira. In: MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno (coord.). **Diálogo das fontes**: novos estudos sobre a coordenação e aplicação das normas no direito brasileiro. 1. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. p. RB-1.1-RB-1.10. *E-book*. Disponível em: <https://next-proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/243330318/v1/page/RB-1.2%20>. Acesso em: 20 abr. 2024.

solução sistemática, de maneira coordenada e coerente, à luz dos valores constitucionais e dos direitos fundamentais – assim como está descrito no artigo 7º do CDC:

Os direitos previstos neste código não excluem outros decorrentes de tratados ou convenções internacionais de que o Brasil seja signatário, da legislação interna ordinária, de regulamentos expedidos pelas autoridades administrativas competentes, bem como dos que derivem dos princípios gerais do direito, analogia, costumes e equidade¹⁹.

Partindo de tais entendimentos, pode-se verificar o quanto o conceito de práticas comerciais abusivas é indeterminado e pautado em princípios do ordenamento jurídico. A Lei n. 8.078/1990¹⁹ não define em que consistem as práticas abusivas; em seu artigo 39 apenas as proíbe, arrolando exemplificativamente algumas delas e, por ser um tipo aberto, admite a existência de outras práticas abusivas.

Além disso, complementando o conceito jurídico de prática abusiva, a Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ), por meio do REsp 1.794.971/ SP²⁶, julgado em 2020, explicou que o termo “prática” deve ser entendido como comportamento e conduta, referente a uma ação ou omissão abusiva, e não possui relação com a sua reiteração ou habitualidade. Dito de outro modo, o STJ fixou a interpretação de que se o comportamento ativo ou omissivo do qual decorre a abusividade se concretizar apenas uma vez, já está caracterizada a prática abusiva.

Ademais, no Brasil, não é necessária a constatação de dano ao consumidor, porque as práticas abusivas já são consideradas ilícitas *per se*, segundo declara Antonio Herman de Vasconcellos e Benjamin²⁰. As ideias de Ricardo Morishita Wada²² reforçam essas conclusões,

¹⁹ BRASIL. **Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1990. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078compilado.htm. Acesso em: 24 mar. 2024.

¹⁹ BRASIL. **Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1990. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078compilado.htm. Acesso em: 24 mar. 2024.

²⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (2. Turma). **Recurso Especial n. 1.794.971/SP**. Processual civil. Direito do consumidor. Princípio da transparência. Publicidade enganosa e prática abusiva. Artigos 37, § 1º, 39, caput, 55, § 1º, e 57 do código de defesa do consumidor. Poder de polícia de consumo. Sanção administrativa. Apuração de porte econômico. [...]. Relator: Min. Herman Benjamin, 24 de junho de 2020. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201900063472&dt_publicacao=24/06/2020. Acesso em: 24 mar. 2024.

²⁰ BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcellos e. Capítulo V - Das Práticas Comerciais. In: GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.* **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor**: comentado pelos autores do Anteprojeto do CDC e da Lei do Superendividamento. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022. p. 259-451. *E-book*. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559645527/>. Acesso em: 24 mar. 2024.

²² WADA, Ricardo Morishita. **A proteção do consumidor contra as práticas comerciais abusivas no código de defesa do consumidor**: novo ensaio para sistematização e aplicação do direito do consumidor. 2016. 232 f. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Estudos Pós-Graduados em Direito, Pontifícia Universidade

no sentido de que a intenção do fornecedor não é lesar o consumidor, mas sim, obter resultado econômico com a operação – inclusive no que diz respeito à personalização de preços.

No que tange à classificação, Antonio Herman de Vasconcellos e Benjamin²⁰ informa que as práticas comerciais abusivas podem ser agrupadas segundo o aspecto jurídico-contratual em: (1) pré-contratuais, que ocorrem na fase de ajustamento contratual; (2) contratuais, que constam no próprio contrato e (3) pós-contratuais, que surgem após a contratação.

Para finalizar, é preciso notabilizar, aqui, a conceituação do instituto de prática comercial abusiva construída por Ricardo Morishita Wada, que alberga todas as concepções mencionadas acima e as integraliza:

[...] consideramos prática comercial abusiva a conduta excessiva do fornecedor de produtos ou serviços, que se aproveita da vulnerabilidade do consumidor, ofende a boa-fé, é incompatível com a equidade, proporcionalidade, função social e econômica do contrato, lesando interesse patrimonial ou moral do consumidor ou da coletividade, sendo indevida qualquer vantagem econômica ou pagamento realizado^{22, p. 147}.

Nessa perspectiva, o significado de prática abusiva envolve diversos princípios do Direito do Consumidor. Diante disso, passa-se a expor as discussões a respeito do confronto entre os princípios que abarcam a proteção do consumidor e o princípio da livre iniciativa, especificando as regras existentes no ordenamento jurídico e colocando em destaque a possibilidade ou não da caracterização da diferenciação de preços como uma prática abusiva perante o consumidor.

Católica de São Paulo, São Paulo, 2016. Disponível em: <https://tede2.pucsp.br/handle/handle/19759>. Acesso em: 20 abr. 2024.

²⁰ BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcellos e. Capítulo V - Das Práticas Comerciais. *In*: GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.* **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor**: comentado pelos autores do Anteprojeto do CDC e da Lei do Superendividamento. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022. p. 259-451. *E-book*. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559645527/>. Acesso em: 24 mar. 2024.

²² WADA, Ricardo Morishita. **A proteção do consumidor contra as práticas comerciais abusivas no código de defesa do consumidor**: novo ensaio para sistematização e aplicação do direito do consumidor. 2016. 232 f. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Estudos Pós-Graduados em Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2016. Disponível em: <https://tede2.pucsp.br/handle/handle/19759>. Acesso em: 20 abr. 2024.

3 PERSONALIZAÇÃO DE PREÇOS: LIBERDADE ECONÔMICA X DIREITOS DOS CONSUMIDORES

A finalidade deste capítulo é apresentar e esclarecer o conflito existente em torno do tema de pesquisa. Em um primeiro tópico serão apontados os aspectos gerais do conflito. Em seguida, serão evidenciadas as previsões normativas que regem a liberdade econômica, elencando aspectos da microeconomia e, por fim, serão discutidas as previsões normativas envolvidas na defesa do consumidor, de forma a coibir as práticas comerciais abusivas. A partir da análise do conflito será possível compreender o problema da presente pesquisa.

3.1 Exposição do Conflito

Como examinado no capítulo anterior, as empresas se utilizam de dados dos consumidores – sejam pessoais ou não – com o intuito de ofertarem preços diferenciados para cada indivíduo ou grupo.

Não há vedação expressa quanto à técnica de personalização de preços, assim, diante da autonomia privada, entende-se a técnica de discriminação de preços como legalmente possível de ser executada.

Todavia, no mundo fático, perquire-se se existem aplicações da personalização de preços que possam extrapolar o mero exercício do direito, o que corresponderia à prática abusiva, proibida pelo ordenamento jurídico e disposta no CDC.

Em vista disso, o estudo do tema proposto perpassa pela colisão de interesses existentes entre os princípios e as regras envolvidos na liberdade mercadológica e os princípios e as regras do Direito do Consumidor, visando coibir abusos. Dessarte, os tópicos seguintes pormenorizarão os interesses mencionados.

3.2 Microeconomia e Liberdade Econômica

A partir da análise da Constituição Federal de 1988 (CF/88), a livre iniciativa é anunciada em dois dispositivos: (1) no artigo 1º, inciso IV, que disciplina “A República Federativa do Brasil [...] tem como fundamentos: [...] IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;” e (2) no artigo 170, que prevê a finalidade da “ordem econômica, fundada na

valorização do trabalho humano e na livre iniciativa,” de “assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social [...]”²⁷.

Diversas interpretações são realizadas a partir desses textos normativos. Primeiramente, Marcos Juruena Villela Souto entende que o Brasil “[...] assegura constitucionalmente a livre iniciativa como fundamento da República, como direito do indivíduo e como primado da ordem econômica [...]”²⁸, p. 93. A partir desse pensamento, infere-se que a CF/88 optou por uma economia capitalista alicerçada no livre mercado – consoante aduz Paulo Roberto dos Santos Corval²⁹.

Apoiado nessa concepção de liberdade, Luís Roberto Barroso assim descreve:

No regime jurídico de direito privado, vigoram princípios como os da livre-iniciativa e da autonomia da vontade. As pessoas podem desenvolver qualquer atividade ou adotar qualquer linha de conduta que não lhes seja vedada pela ordem jurídica. O particular tem liberdade de contratar, pautando-se por preferências pessoais³⁰, p. 30.

Entretanto, faz-se necessário esclarecer o que vem a ser “livre iniciativa” e, nessa direção, Eros Roberto Grau especifica as liberdades que estão incluídas no termo:

a) liberdade de comércio e indústria (não ingerência do Estado no domínio econômico): a.1) faculdade de criar e explorar uma atividade econômica a título privado – liberdade pública; a.2) não sujeição a qualquer restrição estatal senão em virtude de lei – liberdade pública; b) liberdade de concorrência: b.1) faculdade de conquistar a clientela, desde que não através de concorrência desleal – liberdade privada; b.2) proibição de formas de atuação que deteriam a concorrência – liberdade privada; b.3) neutralidade do Estado diante do fenômeno concorrencial, em igualdade de condições dos concorrentes – liberdade pública³¹, p. 1971.

Em apertada síntese, o autor chama a atenção para o fato de que a livre iniciativa pode ser compreendida como liberdade econômica e liberdade de concorrência.

Embasando-se na liberdade, atualmente não há dispositivo legal que vede expressamente a técnica de discriminação de preços no Brasil, inclusive, cumpre dizer que a lei que regulamenta a Liberdade Econômica permite, em regra, a livre formação de preços.

²⁷ BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2016]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 21 mar. 2024.

²⁸ SOUTO, Marcos Juruena Villela. **Desestatização: privatização, concessões e terceirizações**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999.

²⁹ CORVAL, Paulo Roberto dos Santos. Os valores sociais da livre-iniciativa. **Revista de Informação Legislativa**, Senado Federal, v. 43, n. 171, jul./set. 2006. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/92842>. Acesso em: 10 abr. 2024.

³⁰ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**. 12. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2024. *E-book*. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553621132/>. Acesso em: 19 abr. 2024.

³¹ GRAU, Eros Roberto. Título VII - da ordem econômica e financeira; Capítulo I - dos princípios gerais da atividade econômica; art. 170. *In*: CANOTILHO, José Joaquim Gomes *et al.* (coord.). **Comentários à Constituição do Brasil**. 3. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2023. p. 1964-2064. *E-book*. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786553625044/>. Acesso em: 10 abr. 2024.

A Lei n. 13.874/2019³², declara Direitos de Liberdade Econômica e fixa garantias de livre mercado, determinando no artigo 3º, inciso III, que os preços de produtos e serviços, em mercados não regulados, podem ser definidos livremente, como consequência de alterações da oferta e da demanda, pelas pessoas naturais ou jurídicas que desenvolvem atividade econômica – constituindo um direito dessas pessoas e observando o conteúdo do artigo 170, parágrafo único da CF/88.

Nessa instância, pode-se afirmar que a personalização de preços está abrangida por esta liberdade de precificação, podendo a Lei da Liberdade Econômica, a princípio, servir como argumento apto a afastar a abusividade da técnica.

Ademais, a discriminação de preços está amparada por alguns conceitos da microeconomia. Seguindo essa abordagem, Robert Cooter e Thomas Ulen³³ elucidam que o agente econômico é racional (com determinadas limitações cognitivas) e classifica as alternativas que possui levando em consideração o seu grau de satisfação e as suas restrições (como, por exemplo, o tempo, o conhecimento, as limitações orçamentárias e afins), buscando a maximização de seu bem-estar – que é a escolha da melhor alternativa diante das limitações existentes.

Ao discutir sobre precificação e mercado, Fábio Nusdeo³⁴ esclarece que a procura corresponde à quantidade adquirida de algum bem ou serviço, por determinado preço. Robert Cooter e Thomas Ulen³³ acrescentam que a escolha do consumidor é pautada pela maior utilidade e bem-estar, considerando as suas preferências e os obstáculos a sua satisfação.

³² BRASIL. **Lei n. 13.874, de 20 de setembro de 2019**. Institui a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica; estabelece garantias de livre mercado; altera as Leis nºs 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), 6.404, de 15 de dezembro de 1976, 11.598, de 3 de dezembro de 2007, 12.682, de 9 de julho de 2012, 6.015, de 31 de dezembro de 1973, 10.522, de 19 de julho de 2002, 8.934, de 18 de novembro 1994, o Decreto-Lei nº 9.760, de 5 de setembro de 1946 e a Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943; revoga a Lei Delegada nº 4, de 26 de setembro de 1962, a Lei nº 11.887, de 24 de dezembro de 2008, e dispositivos do Decreto-Lei nº 73, de 21 de novembro de 1966; e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2019. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/113874.htm. Acesso em: 24 mar. 2024.

³³ COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Direito & economia**. Tradução: Luis Marcos Sander; Francisco Araújo da Costa. 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2010.

³⁴ NUSDEO, Fábio. **Curso de Economia**: introdução ao direito econômico. 6. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2023. *E-book*. Disponível em: <https://next-proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/94216336/v12/page/1>. Acesso em: 10 abr. 2024.

³³ COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Direito & economia**. Tradução: Luis Marcos Sander; Francisco Araújo da Costa. 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2010.

Já a oferta, aduz Fábio Nusdeo³⁴, é a quantidade oferecida de certo bem ou serviço, por determinado preço. Robert Cooter e Thomas Ulen³³ mencionam que a escolha das empresas almeja a maximização do lucro. Assim, a técnica de discriminação de preços é vista pelas empresas como uma forma de progressão dos seus lucros. Ivo Gico Junior adverte que “[...] a abordagem juseconômica não requer que se suponha que os indivíduos sejam egoístas, gananciosos ou motivados apenas por ganhos materiais, tão somente assume-se que os agentes são racionais maximizadores de sua utilidade, seja lá o que isso significar para eles”³⁵, p. 23.

Nos dizeres de Ari Francisco de Araujo Junior e Claudio Djissey Shikida³⁶, o preço de equilíbrio é alcançado quando as quantidades demandada e ofertada se ajustam. Dessa forma, a Lei a Oferta e da Demanda estabelece que o preço de determinado serviço ou produto se ajusta de modo a equilibrar a sua oferta e a sua demanda, ocasionando as seguintes variações: (a) os preços se elevam, caso a demanda aumente ou a oferta diminua; assim como (b) os preços são reduzidos, caso a demanda diminua ou a oferta aumente.

A racionalidade econômica permite a discriminação de preços. Ana Frazão³⁷ compreende que nos mercados que envolvem análise de risco (como os de crédito e seguro), é legítima a personalização de preços, uma vez que o cálculo individualizado do risco constitui um critério plausível para o discrimen. Contudo, nos demais mercados de aquisição de produtos e serviços, paira a incerteza se há uma justa causa para a elevação dos seus preços.

Além disso, Robert Cooter e Thomas Ulen descrevem a eficiência esperada pela Análise Econômica do Direito:

A “eficiência social” de uma transação comercial diz respeito a todos os afetados por ela, e não apenas a suas partes. Um bom sistema jurídico mantém a lucratividade das

³⁴ NUSDEO, Fábio. **Curso de Economia: introdução ao direito econômico**. 6. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2023. *E-book*. Disponível em: <https://next-proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/94216336/v12/page/1>. Acesso em: 10 abr. 2024.

³³ COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Direito & economia**. Tradução: Luis Marcos Sander; Francisco Araújo da Costa. 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2010.

³⁵ GICO JUNIOR, Ivo. Introdução ao direito e economia. In: TIMM, Luciano Benetti (org.). **Direito e economia no Brasil**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 1-33. *E-book*. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788522480555/>. Acesso em: 14 abr. 2024.

³⁶ ARAUJO JUNIOR, Ari Francisco de; SHIKIDA, Claudio Djissey. Microeconomia. In: TIMM, Luciano Benetti (org.). **Direito e economia no Brasil**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 34-74. *E-book*. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788522480555/>. Acesso em: 14 abr. 2024.

³⁷ FRAZÃO, Ana. Precificação personalizada e os riscos de discriminações abusivas: eventual eficiência econômica não pode se dar às custas da violação de direitos dos titulares de dados pessoais. **JOTA**, 2 fev. 2022. Disponível em: https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/constituicao-empresa-e-mercado/precificacao-personalizada-riscos-discriminacoes-abusivas-02022022#_ftnref3. Acesso em: 18 abr. 2024.

empresas e o bem-estar do povo alinhados, de modo que as pessoas que buscam lucros também beneficiem o público^{33, p. 26}.

Tal como os referidos autores, ao proferir o seu voto na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 449/DF, o Ministro Luís Roberto Barroso esclareceu como a livre iniciativa pode contribuir para o bem-estar social:

[...] livre iniciativa significa também livre concorrência, e nessa ideia se contém uma opção pela economia de mercado assentada na crença de que é a competição entre os agentes econômicos de um lado e a liberdade de escolha dos consumidores do outro que produzirão os melhores resultados sociais, que são a qualidade dos bens e serviços a um preço justo^{38, p. 69}.

Em 2022, foi publicada uma investigação³⁹ sobre preços personalizados, realizada pelas organizações *Consumers International* e *Mozilla Foundation*, com a participação de instituições de vários países, dentre eles o Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor (IDEC), que elencou os benefícios associados à discriminação de preços: (a) podem ser ofertados produtos e serviços a preços mais baixos para as pessoas mais vulneráveis, como, por exemplo, a consumidores de baixa renda – ampliando a gama de clientes; (b) podem estimular a concorrência no mercado, resultando em preços mais baixos aos consumidores – ou elevando a qualidade dos produtos e serviços; e (c) os consumidores podem se beneficiar com o fornecimento de produtos ou serviços mais adequados/customizados às suas necessidades.

Ainda que a discriminação de preços não seja proibida no Brasil, há Projeto de Lei (PL) em tramitação no Senado Federal intentando obstar a prática. O Projeto de Lei n. 97, de 2020, foi proposto pelo Senador Ciro Nogueira Lima Filho (Bloco Parlamentar Aliança – PP, do Piauí), com o objetivo de alterar o Código de Defesa do Consumidor “para determinar que ofertas publicitárias em redes sociais devam conter o preço de produto ou serviço ofertado e impedir que sejam feitas ofertas distintas a depender do perfil do consumidor na rede social, considerando crime a violação a esta previsão”⁴⁰. O PL está desde fevereiro de 2023 aguardando

³³ COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Direito & economia**. Tradução: Luis Marcos Sander; Francisco Araújo da Costa. 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2010.

³⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 449/DF**. Direito constitucional, administrativo e regulatório. Proibição do livre exercício da atividade de transporte individual de passageiros. Inconstitucionalidade. Estatuto constitucional das liberdades [...]. Relator: Min. Luiz Fux, 08 de maio de 2019. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=5167205>. Acesso em: 10 abr. 2024.

³⁹ CONSUMERS INTERNATIONAL; MOZILLA. *A Consumer Investigation into Pricing Personalised*. [S.l.], Consumers International; Mozilla, 2021. Disponível em: https://www.consumersinternational.org/media/369070/personalized_pricing.pdf. Acesso em: 31 mar. 2024.

⁴⁰ BRASIL. Senado Federal. **Projeto de Lei n. 97, de 2020**. Altera a Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, para impor ao fornecedor o dever de informar o preço de produto ou serviço ofertado por meio de redes

designação do relator, para que a matéria seja distribuída na Comissão de Transparência, Governança, Fiscalização e Controle e Defesa do Consumidor (CTFC) do Senado Federal.

Considerando os benefícios supracitados da personalização de preços, Bruno Yudi Soares Koga e Thomas Victor Conti⁴¹ criticam o PL 97/2020, justificando que a proibição da técnica apenas inviabilizará o acesso a bens a consumidores com renda reduzida, uma vez que as pessoas que possuem restrições orçamentárias já terão descartado a possibilidade de adquirir um produto ou serviço acima de sua utilidade esperada, com fundamento na teoria microeconômica, e, dessa forma, o fornecedor não terá incentivos para alteração dos preços – beneficiando somente os consumidores com maior renda (que permanecerão consumindo, independentemente das flutuações nos preços).

Ainda sobre a liberdade de precificação, convém destacar os seus limites. A Lei n. 13.874/2019, artigo 3º, § 3º, restringe a livre definição de preços (I) quando o preço pode ser “utilizado com a finalidade de reduzir o valor do tributo, de postergar a sua arrecadação ou de remeter lucros em forma de custos ao exterior; e” (II) quando a formação de preços contrariar “à legislação de defesa da concorrência, aos direitos do consumidor e às demais disposições protegidas por lei federal”³². Já havia julgado nesse sentido: no Recurso Extraordinário n. 349.686⁴², o Supremo Tribunal Federal (STF) entendeu que o princípio da livre iniciativa não

sociais, e vedar a oferta de produtos ou serviços com preços diferenciados em razão de perfis ou características individuais de consumidores apuradas nessas redes. Disponível em: https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/140488#tramitacao_10089382. Acesso em: 16 abr. 2024.

⁴¹ KOGA, Bruno Yudi Soares; CONTI, Thomas Victor. PL N° 97/2020: a precificação personalizada deve ser ilegal? Proposta de proibição total destoa da fronteira de melhores práticas em discussão na OCDE. **JOTA**, 9 out. 2021. Disponível em: https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/a-precificacao-personalizada-deve-ser-ilegal-09102021#_edn1. Acesso em: 16 abr. 2024.

³² BRASIL. **Lei n. 13.874, de 20 de setembro de 2019**. Institui a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica; estabelece garantias de livre mercado; altera as Leis n°s 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), 6.404, de 15 de dezembro de 1976, 11.598, de 3 de dezembro de 2007, 12.682, de 9 de julho de 2012, 6.015, de 31 de dezembro de 1973, 10.522, de 19 de julho de 2002, 8.934, de 18 de novembro 1994, o Decreto-Lei n° 9.760, de 5 de setembro de 1946 e a Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei n° 5.452, de 1º de maio de 1943; revoga a Lei Delegada n° 4, de 26 de setembro de 1962, a Lei n° 11.887, de 24 de dezembro de 2008, e dispositivos do Decreto-Lei n° 73, de 21 de novembro de 1966; e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2019. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/113874.htm. Acesso em: 24 mar. 2024.

⁴² BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). **Recurso Extraordinário n. 349.686**. CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. DISTRIBUIÇÃO DE COMBUSTÍVEIS. TRR. REGULAMENTAÇÃO DL 395/38. RECEPÇÃO. PORTARIA MINISTERIAL. VALIDADE. 1. O exercício de qualquer atividade econômica pressupõe o atendimento aos requisitos legais e às limitações impostas pela Administração no regular exercício de seu poder de polícia, principalmente quando se trata de distribuição de combustíveis, setor essencial para a economia moderna. 2. O princípio da livre iniciativa não pode ser invocado para afastar regras de regulamentação do mercado e de defesa do consumidor. [...]. Relatora: Min. Ellen Grace, 05 de agosto de 2005. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=261185>. Acesso em: 20 abr. 2024.

pode ser invocado para afastar regras de regulamentação do mercado e de defesa do consumidor.

Por fim, Bruno Yudi Soares Koga pondera a respeito do equilíbrio de mercado e da necessidade ou não de intervenção estatal na economia:

Em resumo, considerando que um dado Estado tenha por objetivo maximizar o bem-estar social, quando o mercado produzir resultados eficientes solitariamente, não cabe à Administração Pública intervir na alocação dos recursos. Por outro lado, havendo falhas de mercado, o Estado deverá criar um arcabouço jurídico que permita aos agentes econômicos transacionar[em] de maneira que os recursos pertençam à parte que lhes dê maior valor ou ainda obrigar as partes a se comportar[em] de acordo com a eficiência de mercado⁷, p. 66.

Sendo assim, a liberdade econômica deve ser repensada quando, em uma circunstância concreta, choca com os interesses consumeristas. O exercício dos direitos subjetivos do fornecedor possui limites e as práticas comerciais exigem o equilíbrio das relações de consumo. Assim, o foco do próximo tópico se voltará aos direitos dos consumidores.

3.3 Regras e Princípios do Código de Defesa do Consumidor

Conforme indicam Ada Pellegrini Grinover e Antonio Herman de Vasconcellos e Benjamin o modelo de autorregulação do mercado, que se utiliza das convenções coletivas de consumo e do boicote, não é suficiente para proteger o consumidor vulnerável, o que suscita a necessidade de intervenção estatal, com o estabelecimento de normas “imperativas de controle do relacionamento consumidor-fornecedor”⁴³, p. 54. Nessa senda, a Constituição Federal²⁷ determina no artigo 5º, XXXII, que o Estado promova a defesa do consumidor, na forma da lei.

A partir disso, passar-se-á à análise dos princípios infringidos pela abusividade da prática comercial, juntamente com os dispositivos presentes no CDC que versam a respeito. Visando o detalhamento dos princípios, recorde-se o conceito formulado por Ricardo Morishita Wada:

[...] consideramos prática comercial abusiva a conduta excessiva do fornecedor de produtos ou serviços, que se aproveita da vulnerabilidade do consumidor, ofende a

⁷ KOGA, Bruno Yudi Soares. **Precificação personalizada**. 1. ed. São Paulo: Almedina, 2021. *E-book*. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786556272894/>. Acesso em: 30 mar. 2024.

⁴³ GRINOVER, Ada Pellegrini; BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcellos e. II – Visão geral do código - 1.A necessidade de tutela legal do consumidor. In: GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.* **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor**: comentado pelos autores do Anteprojeto do CDC e da Lei do Superendividamento. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022. p. 51-57. *E-book*. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559645527/>. Acesso em: 24 abr. 2024.

²⁷ BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2016]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 21 mar. 2024.

boa-fé, é incompatível com a equidade, proporcionalidade, função social e econômica do contrato, lesando interesse patrimonial ou moral do consumidor ou da coletividade, sendo indevida qualquer vantagem econômica ou pagamento realizado²², p. 147.

Dessa maneira, os princípios da vulnerabilidade, boa-fé, equidade e proporcionalidade constituem limites ao exercício da liberdade do fornecedor, de forma a refrearem os excessos que podem ser caracterizados como abusividades.

Segundo explica Claudia Lima Marques⁴⁴, a vulnerabilidade é caracterizada pela presunção de fraqueza ou debilidade do consumidor no mercado, pela impossibilidade de discutir com o fornecedor sobre o conteúdo do contrato de aquisição do produto ou de prestação do serviço – há um desequilíbrio de forças que o direito do consumidor propõe compensar através das normas. O reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor está explicitado no artigo 4º, inciso I, do CDC¹⁹.

Essa vulnerabilidade, como distingue a autora, possui quatro espécies: (a) técnica: decorre da carência de conhecimento específico do consumidor em relação ao produto adquirido ou ao serviço que está sendo prestado; (b) jurídica/científica: insuficiência de conhecimento científico sobre o direito, a contabilidade, a economia ou outro ramo, que impossibilita o consumidor de compreender o conteúdo do contrato de consumo e os seus efeitos; (c) fática/socioeconômica: advém do grande poder econômico ou da essencialidade do serviço (exemplos: energia elétrica e água) prestado pelo fornecedor, que impõe sua superioridade sobre os consumidores e (d) informacional: há uma discrepante assimetria informacional, criando dificuldade de entendimento do consumidor devido à complexidade da informação ou da tecnologia aplicada.

Considerando a classificação acima, em relação à técnica de discriminação de preços, a vulnerabilidade do consumidor poderia ser enquadrada como informacional, em virtude do seu desconhecimento a respeito dos algoritmos utilizados para a realização da perfilização, muitas

²² WADA, Ricardo Morishita. **A proteção do consumidor contra as práticas comerciais abusivas no código de defesa do consumidor**: novo ensaio para sistematização e aplicação do direito do consumidor. 2016. 232 f. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Estudos Pós-Graduados em Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2016. Disponível em: <https://tede2.pucsp.br/handle/handle/19759>. Acesso em: 20 abr. 2024.

⁴⁴ MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no código de defesa do consumidor**: o novo regime das relações contratuais. 3. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. *E-book*. Disponível em: <https://next-proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/100078314/v9/page/RB-2.1%20>. Acesso em: 23 abr. 2024.

¹⁹ BRASIL. **Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1990. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078compilado.htm. Acesso em: 24 mar. 2024.

vezes decorrente da falta de transparência das empresas fornecedoras para com os consumidores.

Quanto à boa-fé, Leonardo Roscoe Bessa⁴⁵ explicita que corresponde à cooperação recíproca das partes envolvidas na relação de consumo, com respeito aos seus interesses e expectativas, com uma conduta (atuação concreta) pautada na ética, lealdade, transparência, sem abusos ou desvantagens excessivas, compatível com os fins econômicos e sociais. Dentre as funções essenciais da boa-fé objetiva, destaca-se, para os fins desta pesquisa, a limitação ao exercício de direitos subjetivos, que restringe a prática do abuso de direito (relacionado à abusividade das práticas comerciais). O princípio da boa-fé está previsto no artigo 4º, inciso III, e no artigo 51, inciso IV, do CDC¹⁹.

Flávio Tartuce²³ defende que a transparência, decorrente da boa-fé objetiva, é um dever anexo do fornecedor em informar o consumidor, disposto no *caput* do artigo 4º e no art. 6º, inciso III, ambos do CDC¹⁹. A finalidade de informar é oportunizar que o consumidor pondere a respeito dos riscos e vantagens do serviço ou produto que está adquirindo, assegurando a sua liberdade de escolha (CDC, artigo 6º, II)¹⁹.

Junto da boa-fé objetiva, ainda no artigo 4º, III, do CDC¹⁹, a lei afirma a necessidade de harmonização dos interesses, por meio do equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores. Leonardo Roscoe Bessa⁴⁵ registra que o equilíbrio econômico pressupõe uma proporção entre as prestações e contraprestações, de modo a alcançar uma relação contratual justa. Aqui, correlacionam-se as ideias de equilíbrio, equidade e proporcionalidade exigidas nas

⁴⁵ BESSA, Leonardo Roscoe. **Código de defesa do consumidor comentado**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022. *E-book*. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/books/9786559642298>. Acesso em: 21 abr. 2024.

¹⁹ BRASIL. **Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1990. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078compilado.htm. Acesso em: 24 mar. 2024.

²³ TARTUCE, Flávio; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito do consumidor: direito material e processual**. Rio de Janeiro: Método, 2024. *E-book*. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559649990/>. Acesso em: 05 abr. 2024.

¹⁹ BRASIL. **Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1990. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078compilado.htm. Acesso em: 24 mar. 2024.

¹⁹ BRASIL. **Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1990. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078compilado.htm. Acesso em: 24 mar. 2024.

¹⁹ BRASIL. **Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1990. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078compilado.htm. Acesso em: 24 mar. 2024.

⁴⁵ BESSA, Leonardo Roscoe. **Código de defesa do consumidor comentado**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022. *E-book*. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/books/9786559642298>. Acesso em: 21 abr. 2024.

relações, justamente devido à vulnerabilidade do consumidor – pela disparidade de poder entre as partes que compõem a relação consumerista.

Outrossim, o artigo 6º, inciso II, do CDC¹⁹, preconiza que a igualdade nas contratações é um direito básico do consumidor – Flávio Tartuce trata esse direito como “princípio da equivalência negocial”^{23, p. 56}. Aqui, igualdade será abordada no mesmo sentido que equidade. A partir disso, muitos trazem à tona a afirmação de Aristóteles de que os iguais devem ser tratados igualmente e os desiguais, na medida de suas desigualdades. Entretanto, Celso Antônio Bandeira de Mello⁴⁶ questiona quais são os critérios utilizados para definir quais pessoas são iguais e quais são diferentes, de forma a permitir a discriminação sem a quebra do princípio da isonomia. Nessa linha de raciocínio, o autor constata:

[...] qualquer elemento residente nas coisas, pessoas ou situações pode ser escolhido pela lei como fator discriminatório, donde se segue que, de regra, não é no traço de diferenciação escolhido que se deve buscar algum desacato ao princípio isonômico. [...] as discriminações são recebidas como compatíveis com a cláusula igualitária apenas e tão-somente quando existe um vínculo de correlação lógica entre a peculiaridade diferencial acolhida por residente no objeto, e a desigualdade de tratamento em função dela conferida, desde que tal correlação não seja incompatível com interesses prestigiados na Constituição^{46, p. 17}.

Com base no que Celso Antônio Bandeira de Mello dispõe, é capaz compreender que a aplicação da personalização de preços não afrontará o princípio isonômico (a) caso haja uma correlação lógica entre o preço cobrado e a discriminação efetuada e (b) se esta correlação for constitucionalmente pertinente. Nesse aspecto, é importante frisar que a livre iniciativa – na qual se funda a discriminação de preços – é um princípio constitucional. Cabe questionar quando outros valores (regras e princípios) da CF/88 podem limitar a livre iniciativa.

Além disso, na seção do CDC que trata das práticas abusivas, o artigo 39, inciso IV¹⁹, proíbe o fornecedor de se aproveitar das vulnerabilidades do consumidor como forma de impulsionar seus produtos e serviços – o dispositivo leva em consideração a idade, a saúde, o

¹⁹ BRASIL. **Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1990. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078compilado.htm. Acesso em: 24 mar. 2024.

²³ TARTUCE, Flávio; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito do consumidor**: direito material e processual. Rio de Janeiro: Método, 2024. *E-book*. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559649990/>. Acesso em: 05 abr. 2024.

⁴⁶ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2007.

⁴⁶ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2007.

¹⁹ BRASIL. **Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1990. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078compilado.htm. Acesso em: 24 mar. 2024.

conhecimento e a condição social. Dessa forma, Luiz Antônio Rizzatto Nunes⁴⁷ comunica que a respeito da idade, enfatizam-se os idosos, as crianças e os adolescentes; quanto à saúde, veda o fornecedor de se valer de uma moléstia, seja ela permanente, crônica ou aguda; sobre o conhecimento, refere-se ao analfabeto; e em relação à condição social, envolve a atenção às condições econômica, cultural e afins. Todas essas características expressas no inciso IV do artigo 39 do CDC denotam consumidores que detêm especial proteção, em razão de possuírem vulnerabilidade acima da média, percebida por Antonio Herman de Vasconcellos e Benjamin como “hipervulnerabilidade”^{48, p. RB-9.9}.

O inciso V, do artigo 39, do CDC, considera prática abusiva “exigir do consumidor vantagem manifestamente excessiva”¹⁹. Nos dizeres de Antonio Herman de Vasconcellos e Benjamin^{48, p. RB-9.10}, os termos “vantagem excessiva” e “vantagem exagerada” são sinônimos, o que demanda a observância do art. 51, § 1º, do CDC, *in verbis*:

§ 1º Presume-se exagerada, entre outros casos, a vantagem que:
 I - ofende os princípios fundamentais do sistema jurídico a que pertence;
 II - restringe direitos ou obrigações fundamentais inerentes à natureza do contrato, de tal modo a ameaçar seu objeto ou equilíbrio contratual;
 III - se mostra excessivamente onerosa para o consumidor, considerando-se a natureza e conteúdo do contrato, o interesse das partes e outras circunstâncias peculiares ao caso¹⁹.

Em resumo, refere-se à “hipótese genérica que contempla a vedação de conduta do fornecedor visando à obtenção de vantagem que venha a dar causa ao desequilíbrio da relação jurídica de consumo”, de acordo com Bruno Miragem^{16, p. 318}.

⁴⁷ NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. **Comentários ao código de defesa do consumidor**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. *E-book*. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502616271/>. Acesso em: 20 abr. 2024.

⁴⁸ BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcellos e. IX. Práticas Abusivas. *In*: BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcellos e; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. 6. ed. **Manual de direito do consumidor**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022. p. RB-9.1-RB-9.42. *E-book*. Disponível em: <https://next-proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/91713421/v10/page/RB-9.9%20>. Acesso em: 21 abr. 2024.

¹⁹ BRASIL. **Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1990. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078compilado.htm. Acesso em: 24 mar. 2024.

⁴⁸ BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcellos e. IX. Práticas Abusivas. *In*: BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcellos e; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. 6. ed. **Manual de direito do consumidor**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022. p. RB-9.1-RB-9.42. *E-book*. Disponível em: <https://next-proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/91713421/v10/page/RB-9.9%20>. Acesso em: 21 abr. 2024.

¹⁹ BRASIL. **Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1990. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078compilado.htm. Acesso em: 24 mar. 2024.

¹⁶ MIRAGEM, Bruno. **Curso de direito do consumidor**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2024. *E-book*. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559648856/>. Acesso em: 22 mar. 2024.

Ainda, o inciso X, do artigo 39, do CDC¹⁹, também considera a elevação do preço de produtos ou serviços sem justa causa uma prática abusiva. Por ter sugerido a inclusão do aludido inciso na lei consumerista, Antonio Herman de Vasconcellos e Benjamin aclara:

A regra [...] é que os aumentos de preço devem sempre estar alicerçados em justa causa, vale dizer, não podem ser arbitrários, leoninos ou abusivos. Em princípio, numa economia estabilizada, elevação superior aos índices de inflação cria uma presunção – relativa, é verdade – de carência de justa causa^{48, p. RB-9.16}.

Daniel Dias, Rafaela Nogueira e Carina de Castro Quirino⁴⁹ criticam a transposição dessa previsão normativa da segunda lei de defesa da concorrência (Lei n. 8.884/1994, art. 21, XXIV⁵⁰ – dispositivo já revogado) para o CDC. Além disso, informam que as propostas doutrinárias sugeridas para a interpretação do referido dispositivo são insatisfatórias: algumas por demonstrarem que o texto normativo é inconstitucional (por delimitarem demasiadamente os princípios da livre iniciativa e da livre concorrência) e outras em razão de tornarem o dispositivo inócuo, ou seja, sem aplicabilidade diante dos casos concretos, vez que as hipóteses poderiam ser contempladas pelo texto de outros dispositivos da lei consumerista (como, por exemplo, pelos artigos 39, V e 51, IV).

Por conseguinte, Daniel Dias, Rafaela Nogueira e Carina de Castro Quirino⁴⁹ propõem que a interpretação em que se vislumbra utilidade ao texto normativo do artigo 39, inciso X, do CDC, é a de que a prática abusiva se configura quando o fornecedor eleva o preço de um mesmo produto ou serviço para um determinado consumidor, discriminando-o dos demais consumidores, sem que haja justa causa para essa diferenciação. Compreendem que seria uma interpretação literal do dispositivo.

¹⁹ BRASIL. **Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1990. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078compilado.htm. Acesso em: 24 mar. 2024.

⁴⁸ BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcellos e. IX. Práticas Abusivas. In: BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcellos e; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. 6. ed. **Manual de direito do consumidor**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022. p. RB-9.1-RB-9.42. *E-book*. Disponível em: <https://next-proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/91713421/v10/page/RB-9.9%20>. Acesso em: 21 abr. 2024.

⁴⁹ DIAS, Daniel; NOGUEIRA, Rafaela; QUIRINO, Carina de Castro. Vedação à discriminação de preços sem justa causa: uma interpretação constitucional e útil do art. 39, X, do CDC. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 121, p. 51-97, 2019. Disponível em: <https://bd.tjdft.jus.br/jspui/handle/tjdft/45869>. Acesso em: 21 abr. 2024.

⁵⁰ BRASIL. **Lei n. 8.884, de 11 de junho de 1994**. Transforma o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) em Autarquia, dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1994. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18884.htm. Acesso em: 24 abr. 2024.

⁴⁹ DIAS, Daniel; NOGUEIRA, Rafaela; QUIRINO, Carina de Castro. Vedação à discriminação de preços sem justa causa: uma interpretação constitucional e útil do art. 39, X, do CDC. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 121, p. 51-97, 2019. Disponível em: <https://bd.tjdft.jus.br/jspui/handle/tjdft/45869>. Acesso em: 21 abr. 2024.

Adiante, o presente trabalho examinou julgados pertinentes às controvérsias que circundam a temática da diferenciação de preços no sítio eletrônico oficial do Superior Tribunal de Justiça (STJ), com o intuito de encontrar respostas para os debates ora discutidos. A consulta ocorreu mediante os informativos de jurisprudência e como critério de pesquisa foi utilizado o termo “diferenciação de preço”. Dentre os 6 (seis) resultados, foi retornado o Informativo n. 571, que interessa a este estudo, no qual o STJ entendia que a diferenciação do preço do produto em função de o pagamento ocorrer em dinheiro, cheque ou cartão de crédito caracterizava prática abusiva no mercado de consumo. Um trecho do informativo assim versa: “[...] revelando-se prática abusiva no mercado de consumo, a qual é nociva ao equilíbrio contratual, a diferenciação entre o pagamento em dinheiro, cheque ou cartão de crédito. É, nesse ponto, a exegese do art. 39, V e X, do CDC [...]”⁵¹.

É possível verificar que, na redação do Informativo n. 571 do STJ, os Ministros consideraram o inciso X do artigo 39 como regra de embasamento para a solução do caso envolvendo a cobrança diferenciada por um mesmo produto ou serviço (conforme a supramencionada proposta feita por Daniel Dias, Rafaela Nogueira e Carina de Castro Quirino⁴⁹). Entretanto tal entendimento foi superado, em virtude da Lei n. 13.455/2017, autorizar “a diferenciação de preços de bens e serviços oferecidos ao público em função do prazo ou do instrumento de pagamento utilizado”⁵².

De modo a viabilizar uma investigação mais clara, em entrevista realizada em 09 de maio de 2024, Ricardo Morishita Wada⁵³ enfatizou a necessidade de avaliar a essencialidade do produto ou serviço diante da análise de ocorrência ou não de abusividade na diferenciação

⁵¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (2. Turma). **Informativo nº 571**, Período: 15 a 27 de outubro de 2015. DIREITO DO CONSUMIDOR. ABUSIVIDADE NA DISTINÇÃO DE PREÇO PARA PAGAMENTO EM DINHEIRO, CHEQUE OU CARTÃO DE CRÉDITO [...]. Precedentes citados: REsp 1.133.410-RS, Terceira Turma, DJe 7/4/2010. REsp 1.479.039-MG, Rel. Min. Humberto Martins, julgado em 6/10/2015, DJe 16/10/2015. Brasília, DF: Superior Tribunal de Justiça, [2015]. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/?b=INFJ&materia=&orgao=&ano=&relator=&operador=e&thesaurus=JURIDICO&p=true&l=25&refinar=S.DISP.&acao=pesquisar&dtdj=&dtde=&livre=diferencia%E7%E3o+de+pre%E7o>. Acesso em: 22 abr. 2024.

⁴⁹ DIAS, Daniel; NOGUEIRA, Rafaela; QUIRINO, Carina de Castro. Vedação à discriminação de preços sem justa causa: uma interpretação constitucional e útil do art. 39, X, do CDC. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 121, p. 51-97, 2019. Disponível em: <https://bd.tjdft.jus.br/jspui/handle/tjdft/45869>. Acesso em: 21 abr. 2024.

⁵² BRASIL. **Lei n. 13.455, de 26 de junho de 2017**. Dispõe sobre a diferenciação de preços de bens e serviços oferecidos ao público em função do prazo ou do instrumento de pagamento utilizado, e altera a Lei nº 10.962, de 11 de outubro de 2004. Brasília, DF: Presidência da República, 2017. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/113455.htm. Acesso em: 14 mar. 2024.

⁵³ WADA, Ricardo Morishita. **Essencialidade do produto ou serviço diante da análise de ocorrência**. Entrevistadora: Ana Cássia Araujo Oliveira. Brasília, videoconferência, 9 maio 2024.

de preços, de forma que somente possa ser caracterizada como abusiva a discriminação de preços que envolva produtos ou serviços essenciais.

Em relação ao critério da essencialidade, Daniel Sarmento sugere:

[...] no que se refere às relações patrimoniais, parece-nos possível divisar uma proteção mais forte da autonomia privada quando estiverem em jogo bens de caráter supérfluo para a personalidade humana. Quando, ao contrário, a questão envolver bens essenciais para a vida humana, a tutela conferida à autonomia privada será menor, aceitando-se um dirigismo estatal mais intenso, voltado para a promoção da solidariedade social e para a busca do bem comum. [...] ⁵⁴, p. 180.

Nessa mesma direção, denominando de “paradigma da essencialidade”, Teresa Negreiros⁵⁵ explica que o grau de utilidade de um produto ou serviço é conferido pela natureza do bem (qualidades intrínsecas) e pela sua destinação (que corresponde ao modo como satisfaz as necessidades humanas). Assim, os produtos ou serviços são classificados em essenciais, úteis ou supérfluos.

A autora salienta que “os contratos que versem sobre a aquisição ou a utilização de bens que, considerando a sua destinação, são tidos como essenciais estão sujeitos a um regime tutelar, justificado pela necessidade de proteção da parte vulnerável [...]”⁵⁵, p. 463. Ao final, seguindo o entendimento de Daniel Sarmento, indica que o paradigma da essencialidade concilia a liberdade e a solidariedade, de forma que os contratos que envolvem bens essenciais estão sujeitos a maiores intervenções, enquanto os que versam sobre bens supérfluos podem ser constituídos com maior liberdade e autonomia.

Considerando a Teoria do Diálogo das Fontes, para se aferir a essencialidade do bem, diante da investigação da presença ou não da abusividade na personalização de preços, relativamente ao produto essencial, a despeito do CDC não o definir, o seu conceito está previsto no artigo 2º, parágrafo único, da Lei n. 1.521/1951, que trata dos crimes contra a economia popular:

[...] considerar-se-ão como de primeira necessidade ou necessários ao consumo do povo, os gêneros, artigos, mercadorias e qualquer outra espécie de coisas ou bens indispensáveis à subsistência do indivíduo em condições higiênicas e ao exercício normal de suas atividades. Estão compreendidos nesta definição os artigos destinados à alimentação, ao vestuário e à iluminação, os terapêuticos ou sanitários, o combustível, a habitação e os materiais de construção⁵⁶.

⁵⁴ SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006.

⁵⁵ NEGREIROS, Teresa. **Teoria do contrato: novos paradigmas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

⁵⁵ NEGREIROS, Teresa. **Teoria do contrato: novos paradigmas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

⁵⁶ BRASIL. **Lei n. 1.521, de 26 de dezembro de 1951**. Altera dispositivos da legislação vigente sobre crimes contra a economia popular. Rio de Janeiro, RJ: Presidência da República, 1951. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/11521.htm. Acesso em: 10 maio 2024.

No tocante à essencialidade dos serviços, o artigo 10 da Lei n. 7.783/1989, além de dispor sobre o exercício do direito de greve, também define quais são os serviços essenciais: (I) o tratamento e o abastecimento de água, assim como a produção e a distribuição de energia elétrica, gás e combustíveis; (II) a assistência médica e hospitalar; (III) a distribuição e a comercialização de medicamentos e de alimentos; (IV) os serviços funerários; (V) o transporte coletivo; (VI) a captação e o tratamento de esgoto e lixo; (VII) os serviços de telecomunicações; (VIII) a guarda, o uso e o controle de substâncias radioativas, equipamentos e materiais nucleares; (IX) o processamento de dados ligados a serviços essenciais; (X) o controle de tráfego aéreo e de navegação aérea; (XI) o serviço de compensação bancária; as atividades médico-periciais relacionadas (XII) com o regime geral de previdência social e a assistência social, (XIII) com a caracterização do impedimento da pessoa com deficiência, (XIV) com a carreira de Perito Médico Federal, indispensáveis ao atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade; e (XV) as atividades portuárias⁵⁷.

Feitas essas considerações, percebe-se que para que a personalização de preços seja ou não caracterizada como abusiva, cumpre aos aplicadores do direito realizarem as adequadas interpretações das regras e princípios expostos, de modo a evitar a supressão indevida de direitos ou o seu exercício de maneira excessiva e desequilibrada. A solução apropriada para esse confronto deve ser buscada dentro dos mecanismos jurídicos. Essa será a tônica do próximo capítulo.

⁵⁷ BRASIL. **Lei n. 7.783, de 28 de junho de 1989**. Dispõe sobre o exercício do direito de greve, define as atividades essenciais, regula o atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1989. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17783.HTM. Acesso em: 10 maio 2024.

4 A (IM)POSSIBILIDADE DE CARACTERIZAÇÃO DA PERSONALIZAÇÃO DE PREÇOS BASEADA EM DADOS COMO ABUSIVA PARA O CONSUMIDOR

O propósito deste capítulo é avaliar a hipótese formulada para o problema de pesquisa. Inicialmente, supôs-se que existe a possibilidade de caracterização da discriminação de preços como abusiva para o consumidor, diante das previsões normativas do Código de Defesa do Consumidor, que se fundamentam no princípio da vulnerabilidade do consumidor. A fim de refutar ou ratificar a hipótese, os tópicos seguintes buscarão solucionar o problema a partir da hermenêutica jurídica, embasada na Teoria Estruturante do Direito, proposta por Friedrich Müller. Além disso, será necessário compreender os elementos a serem analisados diante dos casos concretos, a fim da solução proposta produzir efeitos práticos.

4.1 Aplicação da Teoria Estruturante do Direito e Identificação do Programa Normativo

O exame dos dispositivos do Código de Defesa do Consumidor permitiu a verificação de que o texto normativo possui diversas cláusulas abertas e conceitos gerais indeterminados, o que constitui um desafio para a atividade de subsunção positivista. Buscando evitar o emprego da discricionariedade e a omissão dos valores que pautam a tomada de decisão pelo aplicador do direito, sugere-se, como método para o exame das práticas comerciais abusivas, a adoção do paradigma pós-positivista e da Teoria Estruturante do Direito, de Friedrich Müller²².

No intento de combater a discricionariedade, Georges Abboud⁵⁸ critica a maneira assistemática e ilógica que a doutrina e a prática jurídica são operadas no cenário brasileiro, porquanto realizam-se juízos de ponderação, que o autor denomina de “fórmulas vagas e práticas inseguras”, nas quais são aplicadas valorações subjetivas na resolução de problemas jurídicos – tanto no âmbito administrativo quanto no judicial. O autor, ainda, assevera que “de

²² WADA, Ricardo Morishita. **A proteção do consumidor contra as práticas comerciais abusivas no código de defesa do consumidor**: novo ensaio para sistematização e aplicação do direito do consumidor. 2016. 232 f. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Estudos Pós-Graduados em Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2016. Disponível em: <https://tede2.pucsp.br/handle/handle/19759>. Acesso em: 20 abr. 2024.

⁵⁸ ABBOUD, Georges. **Discricionariedade Administrativa e Judicial**: o ato administrativo e a decisão judicial. 1. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. *E-book*. Disponível em: <https://next-proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/102235178/v1/document/102875926/anchor/a-102871205>. Acesso em: 05 maio 2024.

nada adianta uma constituição democrática e boas leis se, ao final, a administração puder decidir por conveniência e oportunidade e o juiz de acordo com a sua consciência”.

Nessa mesma perspectiva, Lenio Luiz Streck⁵⁹ ensina que o positivismo pretendia construir uma norma geral, abrangendo múltiplas hipóteses de aplicação. Isto é, a solução das lides estaria determinada previamente pela própria lei, de forma que a atividade do juiz seria a mera subsunção dos fatos à premissa maior (texto de lei), nos casos simples, e a ponderação de princípios, diante de casos complexos.

Todavia, Georges Abboud e Lenio Luiz Streck⁵⁸ entendem que o positivismo possui defasagens que devem ser corrigidas, de modo a possibilitar a reprodução dos resultados da ciência jurídica, mediante a indicação de critérios para realizar o controle de decisões. Com este propósito, Friedrich Müller cunhou o termo “pós-positivismo”, em 1971, que corresponde a um novo paradigma para a solução de questões jurídicas e que, apesar de concordar com a positivação dos direitos e com os padrões de tecnicidade do positivismo, sugere a sistematização de uma nova teoria.

A Teoria Estruturante do Direito, proposta por Friedrich Müller, traz a perspectiva pós-positivista de que a norma jurídica não corresponde ao texto legal, nem está pronta para ser aplicada; o enunciado jurídico corresponderia apenas à sua forma primária. Para o autor, a norma é concretizada somente quando o intérprete lhe atribui sentido e, portanto, a norma tem seu teor modificado em cada caso no qual é aplicada⁶⁰.

Dessa forma, é possível verificar, de acordo com o afirmado por Georges Abboud⁵⁸, que inexistente resposta em abstrato pronta para ser aplicada (em contraste ao indicado pelo

⁵⁹ STRECK, Lenio Luiz. À guisa de posfácio: o fenômeno positivista e a discricionariedade: porque devemos enfrentar de frente esse fantasma. *In*: ABBOUD, Georges. **Discricionariedade Administrativa e Judicial: o ato administrativo e a decisão judicial**. 1. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. *E-book*. Disponível em: <https://next-proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/102235178/v1/document/102875926/anchor/a-102871205>. Acesso em: 05 maio 2024.

⁵⁸ ABBOUD, Georges. **Discricionariedade Administrativa e Judicial: o ato administrativo e a decisão judicial**. 1. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. *E-book*. Disponível em: <https://next-proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/102235178/v1/document/102875926/anchor/a-102871205>. Acesso em: 05 maio 2024.

⁶⁰ MÜLLER, Friedrich. **Teoria estruturante do direito I**. Tradução Peter Naumann; Eurides Avance de Souza. 1. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. *E-book*. Disponível em: <https://next-proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/94260811/v3/document/94296267/anchor/a-94262469>. Acesso em: 09 maio 2024.

⁵⁸ ABBOUD, Georges. **Discricionariedade Administrativa e Judicial: o ato administrativo e a decisão judicial**. 1. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. *E-book*. Disponível em: <https://next-proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/102235178/v1/document/102875926/anchor/a-102871205>. Acesso em: 05 maio 2024.

positivismo) e que toda aplicação do direito é interpretativa (como propõe o pós-positivismo). Amanda Karolini Burg, Nelson Nogueira Amorim Filho e Everton das Neves Gonçalves reforçam essa ideia percebendo que o pós-positivismo desconsidera o “modelo estático da subsunção”⁶¹, p. 264 e foca no efeito dinâmico “da natureza estruturada da norma jurídica”⁶², p. 85, que deve ser construída pelo operador do direito a partir da realidade que envolve o caso concreto.

A teoria estruturante estabelece que sejam desenvolvidas as duas partes conceituais que compõem a norma a ser concretizada: (a) o programa normativo e (b) o âmbito normativo. Dessa forma, a estrutura da norma é o nexos entre essas partes conceituais. Friedrich Müller instrui que a normatividade se refere ao dinamismo da norma, expondo que a norma ordena a realidade (“normatividade concreta”) e, simultaneamente, a norma é “condicionada e estruturada por essa realidade” (“normatividade materialmente determinada”)⁶⁰.

O programa normativo, na percepção de Georges Abboud⁵⁸ é construído a partir da análise do texto normativo, que equivale ao enunciado jurídico, como por exemplo os dispositivos contidos nas leis, as súmulas, as medidas provisórias, os decretos, as portarias e etc. Em virtude de a linguagem empregada no sistema jurídico possuir múltiplos sentidos (polissemias) ou até ambiguidades, demanda-se, inicialmente, a interpretação e a compreensão literal das palavras empregadas no texto normativo, e, em seguida, deve-se buscar o auxílio da doutrina e dos entendimentos jurisprudenciais, além da interpretação sistemática – inclusive com dados do Direito Comparado. Afinal, a racionalidade doméstica e internacional deve ser coerente para a tratativa dos mesmos objetos.

No estudo de Ricardo Morishita Wada, o autor acrescenta que:

-
- ⁶¹ BURG, Amanda Karolini; AMORIM FILHO, Nelson Nogueira; GONÇALVES, Everton das Neves. A Teoria Estruturante do Direito de Friedrich Müller no Brasil: uma análise a partir dos estudos acadêmicos realizados no programa de pós-graduação em direito da Universidade Federal de Santa Catarina. **Revista de Direito Público**, Brasília, v. 19, n. 103, p. 255-278, 2022. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/6394>. Acesso em: 6 maio 2024.
- ⁶² FONTOURA, João Fábio Silva da. **Positivismo jurídico e pós-positivismo à luz da metódica estruturante**. 2009. 153 p. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2009. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/handle/123456789/92922>. Acesso em: 06 maio 2024.
- ⁶⁰ MÜLLER, Friedrich. **Teoria estruturante do direito I**. Tradução Peter Naumann; Eurides Avance de Souza. 1. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. *E-book*. Disponível em: <https://next-proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/94260811/v3/document/94296267/anchor/a-94262469>. Acesso em: 09 maio 2024.
- ⁵⁸ ABOUD, Georges. **Discrecionabilidade Administrativa e Judicial: o ato administrativo e a decisão judicial**. 1. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. *E-book*. Disponível em: <https://next-proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/102235178/v1/document/102875926/anchor/a-102871205>. Acesso em: 05 maio 2024.

Na interpretação sistemática serão considerados os princípios jurídicos aplicáveis, as regras estabelecidas e os valores jurídicos que expressam. Serão evitadas contradições lógicas e teleológicas. Entretanto, cumpre [...] esclarecer que o programa normativo não é um repertório dos possíveis casos a serem subsumidos pelo aplicador do direito. Ele representa uma etapa necessária para que, diante do caso jurídico, seja possível concretizar a norma de proteção ao consumidor^{22, p. 103}.

Desenvolvendo os recursos interpretativos, Miguel Reale aclara que na interpretação literal é buscado o sentido exato de um vocábulo ou o “valor das proposições do ponto de vista sintático”; já a interpretação sistemática permite compreender um preceito por meio da “sua correlação com todos os que com ele se articulam logicamente”, situando o texto “no conjunto geral do ordenamento jurídico”^{63, p. 279}.

Assim, o texto normativo é o ponto de partida, mas também impõe limites às alternativas admissíveis de interpretação conforme o caso analisado. Georges Abboud⁵⁸ explana que isso impede a inclusão de elementos discricionários ou arbitrários na composição do programa normativo, aproximando o processo concretizador do rigor do cientificismo e permitindo que, posteriormente, seja reproduzido o método para aferir se o resultado condiz com a “resposta constitucionalmente mais adequada” – nos termos de Lenio Luiz Streck – para a solução do caso concreto. Tais percepções legitimam a teoria de Müller de que por meio da ciência jurídica é possível discutir a racionalidade mais transparente empregada na concretização da norma e, com isso, determinar se a decisão do caso corresponde à justiça material⁶⁰.

No que concerne à outra parte conceitual da norma, Müller elucida que o âmbito normativo não é somente a descrição dos fatos, mas um conjunto de elementos estruturais obtidos a partir de dados concretos da realidade política, social e econômica, permeados pela reflexão jurídica, “bem embasados, metodicamente comprovados” e que quando “colocados em

²² WADA, Ricardo Morishita. **A proteção do consumidor contra as práticas comerciais abusivas no código de defesa do consumidor**: novo ensaio para sistematização e aplicação do direito do consumidor. 2016. 232 f. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Estudos Pós-Graduados em Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2016. Disponível em: <https://tede2.pucsp.br/handle/handle/19759>. Acesso em: 20 abr. 2024.

⁶³ REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. *E-book*. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/books/9788502136847>. Acesso em: 06 maio 2024.

⁵⁸ ABBOUD, Georges. **Discricionariedade Administrativa e Judicial**: o ato administrativo e a decisão judicial. 1. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. *E-book*. Disponível em: <https://next-proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/102235178/v1/document/102875926/anchor/a-102871205>. Acesso em: 05 maio 2024.

⁶⁰ MÜLLER, Friedrich. **Teoria estruturante do direito I**. Tradução Peter Naumann; Eurides Avance de Souza. 1. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. *E-book*. Disponível em: <https://next-proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/94260811/v3/document/94296267/anchor/a-94262469>. Acesso em: 09 maio 2024.

prática desenvolvem legitimamente poder normativo”⁶⁰. Nesse contexto devem ser declarados os elementos (inclusive valores) considerados na aplicação da norma e, dessa forma, esses componentes empíricos aumentam as especificidades do caso passíveis de serem examinadas ou, pelo menos, contribuem para a racionalidade da decisão.

Assim, pode-se perceber que a norma é concretizada quando é aplicada e produz efeitos reais na vida das pessoas, seja (a) por ato de autoridade administrativa, (b) mediante decisão do Estado-juiz ou (c) quando se interpreta o texto normativo, declaram-se os elementos e decide-se academicamente sobre um caso abstrato²².

Considerando que a criação do programa normativo envolve a discussão da norma que se pretende concretizar, os limites ao exercício da livre precificação podem ser examinados mediante quatro programas normativos contidos no CDC¹⁹:

- (a) CDC, art. 39, *caput*: permite a identificação de novas práticas comerciais abusivas advindas da realidade fática – conforme depreende-se do próprio texto normativo, mediante a expressão “dentre outras práticas abusivas” (norma aberta) e veda o fornecedor de aplicar qualquer prática comercial considerada abusiva, inclusive a discriminação de preços reputada excessiva;
- (b) CDC, art. 39, IV: veda o fornecedor de discriminar preços se valendo do estado agravado de vulnerabilidade dos consumidores;
- (c) CDC, art. 39, V: veda o fornecedor de discriminar preços quando a técnica gerar vantagem manifestamente excessiva ao consumidor (norma aberta);
- (d) CDC, art. 39, X: veda o fornecedor de discriminar preços causando sua elevação sem justa causa.

Ainda, para esta investigação serão considerados os limites já estabelecidos pelo ordenamento (já detalhados no Capítulo 3), quais sejam:

⁶⁰ MÜLLER, Friedrich. **Teoria estruturante do direito I**. Tradução Peter Naumann; Eurides Avance de Souza. 1. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. *E-book*. Disponível em: <https://next-proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/94260811/v3/document/94296267/anchor/a-94262469>. Acesso em: 09 maio 2024.

²² WADA, Ricardo Morishita. **A proteção do consumidor contra as práticas comerciais abusivas no código de defesa do consumidor**: novo ensaio para sistematização e aplicação do direito do consumidor. 2016. 232 f. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Estudos Pós-Graduados em Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2016. Disponível em: <https://tede2.pucsp.br/handle/handle/19759>. Acesso em: 20 abr. 2024.

¹⁹ BRASIL. **Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1990. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078compilado.htm. Acesso em: 24 mar. 2024.

- (a) há determinação constitucional de liberdade econômica e de concorrência (CF/88, arts. 1º, IV e 170, *caput*);
- (b) em regra, é permitido que o fornecedor estipule livremente os preços de produtos e serviços (Lei n. 13.874/2019, art. 3º, III);
- (c) as exceções à liberdade de precificação devem estar previstas em lei, como, por exemplo, a limitação imposta pela Lei n. 13.874/2019, art. 3º, § 3º e o sistema de controle de abusos nas práticas comerciais contido no CDC;
- (d) a análise da abusividade só será seguida adiante caso o produto ou o serviço seja considerado essencial, ou seja, se o produto estiver arrolado no artigo 2º, parágrafo único, da Lei n. 1.521/1951 e se o serviço estiver listado no artigo 10 da Lei n. 7.783/1989.

A partir disso, para a análise da caracterização ou não da abusividade, a depender do cumprimento dos parâmetros definidos como limites ao exercício do direito subjetivo do fornecedor na discriminação de preços, é necessário averiguar:

- 1) se a personalização de preços violou ou não a igualdade:
 - a) há correlação lógica entre o preço cobrado e a discriminação efetuada? Pode decorrer da relação entre oferta e demanda?
 - b) essa correlação é constitucionalmente pertinente?
- 2) se a personalização de preços violou ou não a boa-fé:
 - a) a diferenciação foi pautada pela ética e lealdade?
 - b) houve transparência (ciência do emprego da técnica) para com o consumidor?
- 3) se a personalização de preços violou ou não o equilíbrio da relação:
 - a) há proporção entre as prestações e contraprestações?
 - b) há desvantagem excessiva para o consumidor?

Dessarte, para esta pesquisa, caso haja boa-fé, equilíbrio e igualdade na diferenciação de preços, ela não será considerada abusiva; porém, se um desses elementos for violado, haverá caracterização da abusividade.

Com base nos pontos explorados sobre a Teoria Estruturante do Direito, juntamente à análise do texto normativo urge identificar o contexto da realidade (âmbito da norma), de forma a concretizar a norma (produzir efeitos). Dessa maneira, no tópico seguinte serão apresentados casos – concreto e fictício – abordando a aplicação da técnica de discriminação de preços, juntamente com os dispositivos do CDC e notas técnicas da Secretaria Nacional do Consumidor

(Senacon), de modo a interpretar os elementos envolvidos e identificar se há ou não a caracterização da abusividade perante o direito do consumidor.

4.2 Identificação do Âmbito Normativo, Análise dos Casos Concreto e Hipotético e Concretização da Norma

À guisa de demonstração de como pode ser realizada a análise dos casos a serem decididos, quanto à abusividade no emprego da técnica de discriminação de preços, segundo a Teoria Estruturante do Direito, a seguir serão descritos dois casos, utilizando como ponto de partida e limite o programa normativo construído no tópico anterior (tendo por base o Capítulo 3 deste trabalho) e identificando as especificidades de cada caso, que delinham seus respectivos âmbitos normativos. Serão casos em que a discriminação de preços ocorreu em função: (a) da localização geográfica – caso concreto envolvendo a Decolar.com, tratando sobre *geopricing* – e (b) do gênero – caso hipotético envolvendo *pink tax*.

(a) Caso Decolar

Em 2016, foi iniciado o Inquérito Civil 347/2016-0004691124, no qual o Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro investigava a oferta de preços diferenciados em função da localização geográfica dos consumidores, praticada pela empresa de comércio eletrônico que presta serviços turísticos (reservas de passagens e hospedagens) Decolar.com, durante os Jogos Olímpicos⁶⁴.

No mesmo ano, a empresa Booking.com Brasil propôs uma representação em face da Decolar.com, dando ensejo à instauração do processo administrativo n. 08012.002116/2016-21⁶⁵ pelo Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor (DPDC), integrante da Senacon, em decorrência de ter ofertado serviços de hospedagem em períodos iguais de estadia, nos mesmos hotéis e com idênticos níveis de acomodação por preços mais elevados (com diferenças

⁶⁴ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. **Agravo de Instrumento n. 0008914-24.2018.8.19.0000**. 11ª Câmara de Direito Privado (antiga 27ª Câmara Cível). Relator: Desembargador João Batista Damasceno. Disponível em: <https://www3.tjrj.jus.br/consultaprocessual/#/consultapublica?numProcessoCNJ=0008914-24.2018.8.19.0000>. Acesso em: 12 maio 2024.

⁶⁵ BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. **Nota Técnica n. 92/2018/CSA-SENACON/CGCTSA/GAB-DPDC/DPDC/SENACON/MJ**. PROCESSO Nº 08012.002116/2016-21. [Brasília]: Ministério da Justiça e Segurança Pública, 2018. Disponível em: https://www.cmlagoasanta.mg.gov.br/abrir_arquivo.aspx/PRATICAS_ABUSIVAS_DECOLARCOM?cdLocal=2&arquivo=%7BBBCA8E2AD-DBCA-866A-C8AA-BDC2BDEC3DAD%7D.pdf. Acesso em: 12 maio 2024.

de até 29%) a consumidores localizados no Brasil, quando em comparação com consumidores localizados na Argentina (Buenos Aires).

A Booking.com argumentou que tal conduta possivelmente configuraria prática abusiva, por afrontar os artigos 4º, *caput*, I e III; 6º, II, III, IV e 39, V e X do CDC, além de supostamente configurar crime contra as relações de consumo, por favorecer comprador, sem justa causa, de acordo com o art. 7º, I, da Lei n. 8.137/1990⁶⁵.

Em 2018, o DPDC condenou a empresa Decolar.com por infração à legislação consumerista, aplicando-lhe uma multa (sanção administrativa) no valor de sete milhões e quinhentos mil reais (R\$ 7.500.000,00) – por ser uma empresa de grande porte e pelo dano ser enquadrado como difuso – e solicitando a cessação imediata da prática⁶⁵.

A defesa da Decolar.com recorreu, negando a prática de discriminação de preços, alegando que os hotéis que precificam suas tarifas e o seu papel é apenas de intermediação entre estes e os consumidores (desconsiderando a responsabilidade solidária); ademais, justificou que diferenças poderiam se dar em razão das peculiaridades das legislações tributárias dos países⁶⁵.

Em junho de 2022, a Senacon, integrante do Ministério da Justiça e Segurança Pública (MJSP)⁶⁶, manteve a condenação administrativa da Decolar.com por prática abusiva, acatou parcialmente o argumento da Decolar.com e reduziu o valor da multa para dois milhões e

⁶⁵ BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. **Nota Técnica n. 92/2018/CSA-SENACON/CGCTSA/GAB-DPDC/DPDC/SENACON/MJ**. PROCESSO Nº 08012.002116/2016-21. [Brasília]: Ministério da Justiça e Segurança Pública, 2018. Disponível em: https://www.cmlagoasanta.mg.gov.br/abrir_arquivo.aspx/PRATICAS_ABUSIVAS_DECOLARCOM?cdLocal=2&arquivo=%7BBBCA8E2AD-DBCA-866A-C8AA-BDC2BDEC3DAD%7D.pdf. Acesso em: 12 maio 2024.

⁶⁵ BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. **Nota Técnica n. 92/2018/CSA-SENACON/CGCTSA/GAB-DPDC/DPDC/SENACON/MJ**. PROCESSO Nº 08012.002116/2016-21. [Brasília]: Ministério da Justiça e Segurança Pública, 2018. Disponível em: https://www.cmlagoasanta.mg.gov.br/abrir_arquivo.aspx/PRATICAS_ABUSIVAS_DECOLARCOM?cdLocal=2&arquivo=%7BBBCA8E2AD-DBCA-866A-C8AA-BDC2BDEC3DAD%7D.pdf. Acesso em: 12 maio 2024.

⁶⁵ BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. **Nota Técnica n. 92/2018/CSA-SENACON/CGCTSA/GAB-DPDC/DPDC/SENACON/MJ**. PROCESSO Nº 08012.002116/2016-21. [Brasília]: Ministério da Justiça e Segurança Pública, 2018. Disponível em: https://www.cmlagoasanta.mg.gov.br/abrir_arquivo.aspx/PRATICAS_ABUSIVAS_DECOLARCOM?cdLocal=2&arquivo=%7BBBCA8E2AD-DBCA-866A-C8AA-BDC2BDEC3DAD%7D.pdf. Acesso em: 12 maio 2024.

⁶⁶ BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. **Decolar é multada em R\$2,5 milhões por oferecer melhores preços a clientes que estão fora do Brasil**: Secretaria Nacional do Consumidor concluiu que a empresa cometeu infrações por não prestar informações claras e concisas. [S.L.]: Ministério da Justiça e Segurança Pública, 22 jun. 2022. Atualizado em 03 nov. 2022. Disponível em: <https://www.gov.br/mj-pt-br/assuntos/noticias/decolar-e-multada-em-r-2-5-milhoes-por-oferecer-melhores-precos-a-clientes-que-estao-fora-do-brasil>. Acesso em: 11 maio 2024.

quinhentos mil reais (R\$ 2.500.000,00) – a ser destinado ao Fundo de Defesa de Direitos Difusos (FDD).

Observa-se que o caso também envolveu a negativa de oferta de serviço de hospedagem de acordo com a localização geográfica do consumidor (*geoblocking*)⁶⁵, todavia essa técnica não será tratada na pesquisa, objetivando manter o foco somente na cobrança de preços diferenciados para produtos ou serviços.

Quanto ao âmbito judicial, após a conclusão do Inquérito Civil 347/2016-0004691124, o Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro propôs a Ação Civil Pública n. 0018051-27.2018.8.19.0001⁶⁴ em face da Decolar.com, em janeiro de 2018, por violação de interesses difusos, ao se utilizar de tecnologia da informação para realizar discriminação de preços em função de origem geográfica – prejudicando os consumidores localizados no Brasil. Foram requeridas a abstenção desta prática e a condenação à indenização por danos materiais e morais individuais e por danos morais coletivos no valor de cinquenta e sete milhões de reais (R\$ 57.000.000,00). A ação ainda está pendente de julgamento.

Um exame inicial sobre a essencialidade demonstra que o serviço de hospedagem não é essencial, por não constar no rol do artigo 10 da Lei n. 7.783/1989, o que, segundo esta análise, afastaria a abusividade no emprego da técnica de discriminação de preços. Todavia, a elevação dos preços de hospedagem aos consumidores localizados no Brasil ocorreu durante os Jogos Olímpicos de 2016. Levando em consideração este momento excepcional, poderia ser verificada a necessidade de uma tutela especial do serviço de hospedagem, vez que os brasileiros estavam sendo impossibilitados de assistirem a um evento único, realizado no seu próprio país, mediante o emprego de recursos públicos, em razão da empresa Decolar realizar esse aumento de preços dos hotéis.

Neste caso de *geopricing*, se considerar que a discriminação de preços decorre da diferença de localização dos usuários que pretendem realizar a locação do imóvel, não há

⁶⁵ BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. **Nota Técnica n. 92/2018/CSA-SENACON/CGCTSA/GAB-DPDC/DPDC/SENACON/MJ**. PROCESSO Nº 08012.002116/2016-21. [Brasília]: Ministério da Justiça e Segurança Pública, 2018. Disponível em: https://www.cmlagoasanta.mg.gov.br/abrir_arquivo.aspx/PRATICAS_ABUSIVAS_DECOLARCOM?cdLocal=2&arquivo=%7BBBCA8E2AD-DBCA-866A-C8AA-BDC2BDEC3DAD%7D.pdf. Acesso em: 12 maio 2024.

⁶⁴ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. **Agravo de Instrumento n. 0008914-24.2018.8.19.0000**. 11ª Câmara de Direito Privado (antiga 27ª Câmara Cível). Relator: Desembargador João Batista Damasceno. Disponível em: <https://www3.tjrj.jus.br/consultaprocessual/#/consultapublica?numProcessoCNJ=0008914-24.2018.8.19.0000>. Acesso em: 12 maio 2024.

correlação lógica em diferenciar os preços a serem cobrados, priorizando os consumidores estrangeiros, uma vez que o imóvel a ser reservado está no mesmo local para ambos os consumidores. Entretanto, a racionalidade pode ser verificada caso seja constatado que, em uma viagem para assistir às Olimpíadas, um estrangeiro consumirá mais do que uma pessoa que já reside no país. Ainda que haja correlação lógica, essa discriminação de preços carece de pertinência constitucional, e, neste sentido, Bruno Yudi Soares Koga⁷ alerta para a possibilidade de a discriminação com base na localização geográfica ocultar práticas de xenofobia ou racismo. Portanto, segundo o método apresentado por Celso Antonio Bandeira de Mello, essa personalização de preços viola o princípio da isonomia.

Ainda, a Nota Técnica n. 92 da Senacon⁶⁵ salienta que a oferta do serviço no Brasil ou na Argentina se dá sem custo adicional para o fornecedor (afinal, não é um produto que conta com preços diferenciados de entrega/frete conforme a localização do usuário), e isso não representa a justa causa para elevação de preços (CDC, art. 39, X).

Também, não se pode considerar que a oferta do serviço de hospedagem foi provida de ética e lealdade, afinal foram cobrados preços diferenciados para a hospedagem no mesmo dia e local; se fossem hotéis diferentes ou em bairros ou cidades distintos, o preço diferenciado seria uma prática comum, resguardada pela boa-fé, entretanto não foi o que ocorreu. Ademais, a transparência não foi alcançada, devido ao desconhecimento dos consumidores localizados no Brasil sobre a identificação do seu endereço IP para cobrança de preços maiores na locação⁶⁵ (vulnerabilidades técnica, fática e informacional).

Somente para clarificar, a Lei n. 12.965/2014, art. 5º, III, fixa que “endereço de protocolo de internet (endereço IP): [é] o código atribuído a um terminal de uma rede para

⁷ KOGA, Bruno Yudi Soares. **Precificação personalizada**. 1. ed. São Paulo: Almedina, 2021. *E-book*. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786556272894/>. Acesso em: 30 mar. 2024.

⁶⁵ BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. **Nota Técnica n. 92/2018/CSA-SENACON/CGCTSA/GAB-DPDC/DPDC/SENACON/MJ**. PROCESSO Nº 08012.002116/2016-21. [Brasília]: Ministério da Justiça e Segurança Pública, 2018. Disponível em: https://www.cmlagoasanta.mg.gov.br/abrir_arquivo.aspx/PRATICAS_ABUSIVAS_DECOLARCOM?cdLocal=2&arquivo=%7BBCA8E2AD-DBCA-866A-C8AA-BDC2BDEC3DAD%7D.pdf. Acesso em: 12 maio 2024.

⁶⁵ BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. **Nota Técnica n. 92/2018/CSA-SENACON/CGCTSA/GAB-DPDC/DPDC/SENACON/MJ**. PROCESSO Nº 08012.002116/2016-21. [Brasília]: Ministério da Justiça e Segurança Pública, 2018. Disponível em: https://www.cmlagoasanta.mg.gov.br/abrir_arquivo.aspx/PRATICAS_ABUSIVAS_DECOLARCOM?cdLocal=2&arquivo=%7BBCA8E2AD-DBCA-866A-C8AA-BDC2BDEC3DAD%7D.pdf. Acesso em: 12 maio 2024.

permitir sua identificação, definido segundo parâmetros internacionais”⁶⁷. E, segundo Heitor Tales de Lima Fávaro, o endereço IP “é um rótulo numérico atribuído a cada dispositivo conectado a uma rede de computadores, capaz de identificar a posição geográfica do usuário”⁶⁸.

Além disso, a discriminação de preços de serviço de hospedagem considerando a localização geográfica dos possíveis consumidores gera um desequilíbrio no mercado, em razão de ocasionar uma desvantagem excessiva aos consumidores localizados no Brasil, que foram onerados mediante uma discriminação sem justa causa.

Como fecho, é possível verificar que, caso a hospedagem seja considerada um serviço essencial, a discriminação de preços em função da localização geográfica praticada pela empresa Decolar, demonstra-se abusiva, por violação da igualdade, da boa-fé objetiva e do equilíbrio da relação consumerista.

(b) Caso sobre medicamento – ilustrativo *Pink Tax*

Uma mulher padece, mensalmente, de cólicas menstruais e tem o hábito de comprar o medicamento butilbrometo de escopolamina (“Buscopan”) no intuito melhorar suas dores. Neste mês, ao se logar no aplicativo da drogaria, identificou que o preço estava mais elevado do que costuma pagar e, após solicitar que seu marido logasse no aplicativo com seus próprios dados, identificou que o *software* da farmácia retornou um preço 50% menor. Ocorre que, ao acessar o aplicativo da drogaria com o seu usuário, a mulher possibilitou que este acessasse outro aplicativo em seu *smartphone* que contém a previsão de seu ciclo menstrual (sem que ela tivesse ciência); quando identificado que a mulher possivelmente estava no período menstrual e que o medicamento solicitado correspondia a tratamentos para cólicas ou fluxos excessivos, o *app* da drogaria não concedia desconto algum sobre o produto; entretanto se fosse um usuário homem, concediam-se descontos de até 70% sobre o mesmo medicamento.

Quanto à essencialidade do produto, dentre os produtos terapêuticos, considerados como categoria dos produtos essenciais pela Lei n. 1.521/1951, artigo 2º, parágrafo único, estão os medicamentos – o que viabiliza a análise da abusividade da prática de personalização de preços realizada.

⁶⁷ BRASIL. **Lei n. 12.965, de 23 de abril de 2014**. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. Brasília, DF: Presidência da República, 2014. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/112965.htm. Acesso em: 14 maio 2024.

⁶⁸ FÁVARO, Heitor Tales de Lima. *E-commerce vs geodiscriminação: o que é geoblocking e geopricing? Toda e qualquer diferenciação de preços e bloqueio de conteúdo será abusiva?* **JOTA**, 28 abr. 2018. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/geoblocking-geopricing-28042018>. Acesso em: 14 maio. 2024.

O *pink tax* ou custo rosa corresponde a uma prática do mercado consumerista que precifica de forma mais elevada os produtos e serviços desenvolvidos para o público feminino, ainda que sejam semelhantes aos destinados aos homens, segundo explica a Federação do Comércio de Bens, Serviços e Turismo do Estado de São Paulo (FECOMERCIO-SP)⁶⁹. Em complemento, é informado que apesar do nome, a taxação é igual, contudo, a tributação sobre o consumo desfavorece as pessoas com salários menores – geralmente as mulheres, como será visto a seguir.

A Nota Técnica n. 6/2023, da Senacon, considera que devem ser garantidos “preços justos e igualdade de acesso às mulheres”, todavia não veda a discriminação de preços baseada em gênero, aduzindo que estes não devem ser aplicados “sem justificativa clara e objetiva”⁷⁰, p. 5. No texto, a Senacon inseriu as mulheres na categoria de hipervulneráveis juntamente com os idosos, crianças, pessoas com deficiência, indígenas e etc., entretanto não especificou o motivo da sua hipervulnerabilidade, apenas citou a existência da vulnerabilidade de gênero, decorrente do fato de “ser mulher”.

No que tange à vulnerabilidade, a 3ª Edição do estudo “Estatísticas de Gênero”, realizado pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE)⁷¹, constatou que, ainda que as mulheres sejam mais instruídas que os homens (em 2022, 21,3% das mulheres a partir de 25 anos tinham nível superior completo, contra 16,8% de homens na mesma faixa etária), elas recebem remunerações menores do que estes (em 2022, receberam 78,9% do rendimento dos homens) e se submetem a uma dupla jornada de trabalho, sendo um remunerado e outro não remunerado, no âmbito doméstico (as mulheres se dedicam à prestação de cuidados e afazeres domésticos 21,3 horas, em média, enquanto os homens, apenas 11,7 horas – o que denota uma responsabilidade feminina quase dobrada).

⁶⁹ FEDERAÇÃO DO COMÉRCIO DE BENS, SERVIÇOS E TURISMO DO ESTADO DE SÃO PAULO (FECOMERCIO-SP). *Pink tax*: produtos são mais caros para mulheres: Mesmo com remuneração menor, produtos voltados a mulheres custam mais em 42% dos casos, conforme avaliação internacional de mercado. São Paulo: FECOMERCIO-SP, 17 nov. 2023. Disponível em: <https://www.fecomercio.com.br/noticia/pink-tax-produtos-sao-mais-caros-para-mulheres>. Acesso em: 18 maio 2024.

⁷⁰ BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Secretaria Nacional do Consumidor. Coordenação Geral de Estudos e Monitoramento de Mercado. **Nota Técnica n. 6/2023/CGEMM/DPDC/SENACON/MJ**. [Brasília]: Ministério da Justiça e Segurança Pública, 2023. Disponível em: <https://www.gov.br/mj/pt-br/assuntos/seus-direitos/consumidor/notas-tecnicas/nota-tecnica-no-6-2023-cgemm-dpdc-senacon-mj.pdf>. Acesso em: 17 maio 2024.

⁷¹ INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA (IBGE). **Estatísticas de Gênero**: Indicadores sociais das mulheres no Brasil. 3. ed. Rio de Janeiro: IBGE, 2024. Disponível em: https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv102066_informativo.pdf. Acesso em: 18 maio 2024.

Diante desse contexto, há quem entenda que as mulheres são hipervulneráveis devido ao acréscimo da vulnerabilidade fática (socioeconômica) às vulnerabilidades técnica e jurídica, que já são consideradas aos consumidores em geral – de forma que, presente mais de uma vulnerabilidade, esta é agravada. Todavia, se isso fosse levado em consideração, poder-se-ia compreender que os homens também seriam hipervulneráveis, devido à vulnerabilidade informacional, em relação à complexidade algorítmica empregada nos sistemas de precificação, não justificando o impedimento da aplicação da personalização de preços com base em gênero.

De acordo com a compreensão acima exposta, apesar da vulnerabilidade intrínseca das mulheres como consumidoras, não há nenhum agravante dessa vulnerabilidade – contrariamente ao justificado pela Nota Técnica n. 6/2023 da Senacon –, vez que as mulheres estariam em paridade com os homens, afinal possuem racionalidade suficiente para pesquisarem os preços dos produtos direcionados ao público masculino e feminino e buscarem o melhor custo-benefício.

Na averiguação quanto à igualdade, neste caso hipotético envolvendo *pink tax*, a diferença de preços cobrados poderia decorrer logicamente do fato das mulheres consumirem mais – quando comparadas as vendas do *e-commerce* pela perspectiva de gênero, dados da Associação Brasileira de Comércio Eletrônico (ABCOMM)⁷² demonstram que dentre os 395,11 milhões de pedidos no mercado de consumo digital, em 2023, 59% foram realizados por mulheres. Por conseguinte, obedecendo à lei da oferta e da demanda, quanto maior a procura, mais elevado torna-se o preço. Diante dessa perspectiva, a personalização de preços baseada em gênero poderia ser realizada sem afrontar o princípio da isonomia, já que há correlação lógica entre o fator diferencial e a diferenciação dele resultante. Todavia, diante do caso em estudo, está ausente a pertinência constitucional nesta correlação, porque o medicamento é um produto essencial e, o ordenamento jurídico pátrio não coaduna com a cobrança mais elevada de preços de medicamentos justamente no momento em que o consumidor mais necessita.

Considerando que essa diferenciação de preços é desprovida de ética e lealdade, afinal se aproveita da vulnerabilidade das consumidoras para cobrar integralmente os preços dos medicamentos, a prática carece de boa-fé objetiva; também, não houve transparência, já que a

⁷² ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE COMÉRCIO ELETRÔNICO (ABCOMM). **Números do e-commerce:** principais indicadores do e-commerce: 2023 - perfil dos compradores online: (pedidos). São Paulo: ABCOMM, 2023. Disponível em: <https://dados.abcomm.org/numeros-do-ecommerce-brasileiro>. Acesso em: 19 mar. 2024.

aplicação da técnica de discriminação de preços e o acesso ao aplicativo de acompanhamento do ciclo menstrual se deram sem a ciência da consumidora.

Ademais, pode-se constatar que, no caso hipotético em exame, a discriminação de preços em razão do gênero ultrapassou o equilíbrio, se mostrando desproporcional por criar desvantagem excessiva às consumidoras em circunstância de premente necessidade.

Em conclusão, a discriminação de preços efetuada no presente caso hipotético mostrou-se abusiva, devido ao desrespeito à igualdade, à boa-fé objetiva e ao equilíbrio da relação de consumo. Destaca-se que não se trata de uma solução genérica a ser aplicada a qualquer caso relacionado à *pink tax*; cada caso futuro demandará a construção do programa da norma e do âmbito da norma, considerando seus elementos característicos e resultando na sua própria concretização.

Percebe-se que as análises realizadas indicaram cada um dos elementos (econômicos, sociais e éticos) que pautaram as decisões, levando em consideração a extração de sentido dos textos normativos realizada pela intérprete, que é permeada pelas suas experiências. Dessa forma, é possível ter um controle mais substantivo das decisões, em razão da clara exposição da aplicação dos valores que constituíram a decisão, se aproximando de uma aplicação mais real do direito.

Neste tópico, foi demonstrada, por meio do exame de casos, a forma de se aferir se houve abusividade nas personalizações de preço realizadas. O tópico seguinte dispõe acerca de como as alterações legislativas poderão repercutir sobre esta temática.

4.3 Aplicação Prática

Quando o assunto é abusividade de alguma prática comercial, logo vem à tona a ideia de coibir os excessos com o preenchimento das lacunas existentes nos textos legais. Todavia, essa é uma proposta que deve ser avaliada com cautela.

Exemplificativamente, a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 449/DF tratou sobre transporte via aplicativo e o Ministro Luís Roberto Barroso, em seu voto, esclareceu que a CF/88 optou pela economia de mercado, obedecendo a lei da oferta e da procura, de modo que qualquer intervenção estatal deve ser pontual, somente para correção das falhas de mercado. Ainda, acrescentou que:

O desafio do Estado está em como acomodar a inovação com os mercados pré-existentes, e penso que a proibição da atividade na tentativa de contenção do processo

de mudança, evidentemente, não é o caminho, até porque acho que seria como tentar apagar vento com as mãos^{38, p. 67}.

Partindo desse entendimento do Ministro, a expressa determinação de texto legal vedando a aplicação da técnica de discriminação de preços não seria suficiente, visto que as tecnologias mudam rapidamente e os fornecedores poderiam se utilizar de outros mecanismos não rastreáveis para continuar efetuando a precificação personalizada com base em dados.

Assim, Ana Frazão defende que “por mais que se possa pensar em regulações novas, especialmente em prol da implementação de medidas concretas de transparência, fato é que já temos no CDC e na LGPD um princípio que impossibilita discriminações abusivas”⁷³, expondo que as mencionadas legislações podem subsidiar os argumentos concernentes à impossibilidade de diferenciação de preços nos mercados que não envolvem riscos e quando são explorados os dados pessoais dos consumidores sem que haja motivo objetivo.

Contudo, se considerados os potenciais efeitos nocivos que o emprego da Inteligência Artificial (IA) pode causar aos consumidores, quando aplicada nas técnicas de discriminação de preços, consoante visto no tópico 2.2 desta pesquisa, torna-se relevante uma breve contextualização sobre o Marco Legal da IA no Brasil.

Nessa esteira, na pretensão de regulamentar a utilização da IA, desde 2019 houve a propositura de diversos Projetos de Lei (PLs) pelo Poder Legislativo. Em 2022, o presidente do Senado Federal, Rodrigo Pacheco, instituiu uma comissão de juristas para auxiliar o órgão a redigir um substitutivo aos PLs⁷⁴. O relatório foi entregue em dezembro de 2022 e fundamentou o PL n. 2.338/2023, atualmente em tramitação.

Em fevereiro de 2024, devido à matéria correlata, foi determinada a tramitação conjunta dos Projetos de Lei n. 2.338/2023, 5.051/2019, 5.691/2019, 21/2020, 872/2021, 3.592/2023, 145/2024, 146/2024, 210/2024 e 266/2024 e a sua passagem ao exame pela Comissão

³⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 449/DF**. Direito constitucional, administrativo e regulatório. Proibição do livre exercício da atividade de transporte individual de passageiros. Inconstitucionalidade. Estatuto constitucional das liberdades [...]. Relator: Min. Luiz Fux, 08 de maio de 2019. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seobjetoincidente=5167205>. Acesso em: 10 abr. 2024.

⁷³ FRAZÃO, Ana. Precificação dinâmica e danos ao consumidor: Desafios jurídicos para a era dos algoritmos de precificação. **JOTA**, 27 mar. 2024. Disponível em: https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/constituicao-empresa-e-mercado/precificacao-dinamica-e-danos-ao-consumidor-27032024#_ftn1. Acesso em: 18 maio 2024.

⁷⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Secretaria de Comunicação Social. **Villas Bôas Cueva preside comissão de juristas que ajudará o Senado a regulamentar inteligência artificial**. Brasília: STJ, 18 fev. 2022. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/18022022-Villas-Boas-Cueva-preside-comissao-de-juristas-que-ajudara-o-Senado-a-regulamentar-inteligencia-artificial.aspx>. Acesso em: 19 abr. 2024.

Temporária sobre Inteligência Artificial (CTIA) do Senado Federal⁷⁵. Segundo a proposta atualizada, o PL “dispõe sobre o desenvolvimento, fomento, uso ético e responsável da inteligência artificial com base na centralidade da pessoa humana”⁷⁶, p. 1. A CTIA tem até 17/07/2024 para concluir a análise⁷⁷.

O referido PL⁷⁶ elenca a livre iniciativa, a livre concorrência e a defesa do consumidor como fundamentos do desenvolvimento e uso dos sistemas de IA (art. 2º, VIII), além de fixar a proteção aos grupos vulneráveis (art. 2º, XIV). Também menciona como princípios a serem observados a boa-fé (art. 3º, *caput*); a não discriminação ilícita e abusiva (art. 3º, IV); a equidade (art. 3º, V); a transparência (art. 3º, VI); a proporcionalidade entre os métodos empregados e as finalidades (art. 3º, XI); e o desenvolvimento e o uso ético da IA (art. 3º, XII). Ademais, o artigo 8º, IV, do modelo regulatório proposto disciplinou que a pessoa ou o grupo afetado por sistema de IA tem “direito à não-discriminação e à correção de vieses discriminatórios diretos, indiretos, ilegais ou abusivos”⁷⁶, p. 6.

Luca Belli, explana que, ao formular o PL n. 2.338/2023, o legislador inseriu “cláusulas de flexibilidade que podem até soar vagas”⁷⁸, como, por exemplo, “razoável”, “apropriado”, “suficientes”, de modo a evitar a tecnicidade excessiva e a acelerada obsolescência do texto normativo.

Aproximando essa ideia do Pós-Positivismo, há o reconhecimento de que as decisões tomadas diante dos casos concretos compreendem valores e, executando os preceitos da Teoria Estruturante do Direito, cabe aos intérpretes, aplicadores do direito, a demonstração, de forma clara, de como esses valores fundamentaram e conduziram a decisão naquele sentido.

⁷⁵ BRASIL. Senado Federal. **Projeto de Lei n. 2.338, de 2023**. Dispõe sobre o uso da Inteligência Artificial. Brasília: Senado Federal, 2023. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/157233>. Acesso em: 19 maio 2024.

⁷⁶ GOMES, Eduardo. **Texto Preliminar**. Brasília: Comissão Temporária Interna sobre Inteligência Artificial no Brasil, 2024. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/comissoes/arquivos?ap=8139&codcol=2629>. Acesso em: 19 maio 2024.

⁷⁷ BRASIL. Senado Federal. **Comissão Temporária Interna sobre Inteligência Artificial no Brasil**. Brasília: Senado Federal, 2023. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/comissoes/comissao?codcol=2629>. Acesso em: 19 maio 2024.

⁷⁶ GOMES, Eduardo. **Texto Preliminar**. Brasília: Comissão Temporária Interna sobre Inteligência Artificial no Brasil, 2024. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/comissoes/arquivos?ap=8139&codcol=2629>. Acesso em: 19 maio 2024.

⁷⁶ GOMES, Eduardo. **Texto Preliminar**. Brasília: Comissão Temporária Interna sobre Inteligência Artificial no Brasil, 2024. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/comissoes/arquivos?ap=8139&codcol=2629>. Acesso em: 19 maio 2024.

⁷⁸ BELLI, Luca. Regulação da inteligência artificial para inglês ver? A importância da fiscalização, padronização e *enforcement*. **JOTA**, 6 mar. 2024. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/ia-regulacao-democracia/regulacao-da-inteligencia-artificial-para-ingles-ver-06032024>. Acesso em: 20 maio 2024.

Assim, é possível constatar que ainda que seja aprovada a proposta em tramitação no Senado Federal a respeito do desenvolvimento e emprego da IA, a análise referente à abusividade da discriminação de preços assentada sobre os dados continuará a depender da construção do programa e do âmbito normativos, de forma que o Marco da Inteligência Artificial será somente mais um dos elementos a ser interpretado pelos aplicadores do direito.

Nesse ínterim, nem sempre se chegará à mesma solução para a identificação da abusividade, porque dependerá do programa normativo construído e das particularidades contidas em cada caso concreto, afinal esse é o método para que haja a concretização da norma, segundo a Teoria Estruturante do Direito sugerida por Friedrich Müller.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A presente pesquisa tratou sobre a possibilidade de caracterização como abusiva, à luz do Código de Defesa do Consumidor, a técnica de personalização de preços que se utiliza de dados dos consumidores coletados eletronicamente.

O estudo se mostrou relevante em razão da expansão do consumo digital, ainda mais com a acirrada competição dos aplicativos de lojas chinesas atualmente disponíveis e com o acesso a diversas redes sociais que propiciam o armazenamento de dados e constroem perfis de consumidores, oferecendo preços de forma diferenciada a cada indivíduo ou grupo, todavia sem divulgação da aplicação da técnica, que termina por ser detectada apenas na prática.

Outrossim, não há parâmetros bem definidos a respeito da (i)licitude da técnica, afinal, a jurisprudência ainda não está consolidada em determinado sentido – conforme visto, a Ação Civil Pública em face da empresa Decolar.com ainda está pendente de julgamento, havendo decisão apenas no âmbito administrativo.

Adverte-se que, devido ao foco desta pesquisa ter sido a legislação consumerista, como limitações não foram desenvolvidos os regramentos atinentes à Lei de Cadastro Positivo (Lei n. 12.414/2011), à Lei de Defesa da Concorrência (Lei n. 12.529/2011), ao Marco Civil da Internet (Lei n. 12.965/2014) e à Lei Geral de Proteção de Dados (Lei n. 13.709/2018). Salienta-se que tais limitações devem ser superadas diante da análise de casos concretos.

Ainda assim, foi possível alcançar os seguintes objetivos almejados no início do trabalho:

O objetivo geral, de análise da possibilidade de considerar a discriminação de preços baseada em dados abusiva para o consumidor, foi alcançado, mediante o desdobramento das seguintes ações:

(1) No que concerne ao primeiro objetivo específico, de conceituação dos institutos, a pesquisa (a) possibilitou o entendimento do significado da técnica de discriminação de preços, elencando as suas modalidades e descrevendo suas etapas de aplicação; (b) permitiu a exposição dos potenciais riscos que a Inteligência Artificial pode ocasionar aos consumidores, quando aplicada na discriminação de preços, explanando sobre implicações éticas e impactos sociais negativos; e (c) expressou o conceito de práticas comerciais abusivas, conjugando o CDC com o Código Civil (instituto do abuso de direito) e com entendimentos doutrinários e jurisprudenciais;

(2) No tocante ao segundo objetivo específico, de verificação da legislação em vigor, foi (a) apresentado o conflito entre a liberdade econômica e os direitos consumeristas, elencando os dispositivos constitucionais e infraconstitucionais: (b) relativos à liberdade econômica e de precificação – expondo como afastar a abusividade – e (c) relativos ao direito consumerista – demonstrando como caracterizar a abusividade;

E, (3) referente ao terceiro objetivo específico, de indicação de parâmetros para a atuação do aplicador do direito, o trabalho (a) expôs o paradigma pós-positivista e a Teoria Estruturante do Direito como método para analisar a abusividade ou não da técnica de discriminação de preços, por meio do detalhamento da criação do programa normativo e (b) pela identificação do âmbito normativo, mediante a análise de dois casos – um concreto e outro hipotético –, juntamente com a concretização da norma. Ainda, (c) apontou a viabilidade de o CDC e outras leis esparsas coibirem possíveis abusividades, de modo que o modelo regulatório de IA em trâmite no Senado Federal somente integrará o programa normativo desenvolvido para análise.

Diante disso, a hipótese levantada no sentido de ser possível considerar abusiva a discriminação de preços baseada em dados dos consumidores foi confirmada.

Considerando o problema da seguinte pesquisa: é possível caracterizar a discriminação de preços baseada em dados como abusiva ao consumidor, perante o CDC? Pode-se chegar, com a presente pesquisa, à resposta afirmativa: sim, a depender do modo como a técnica de personalização de preços foi implementada, existe possibilidade de se constatar a abusividade.

Ainda que o Projeto de Lei n. 2.338/2023 esteja tramitando na Casa Legislativa, sua aprovação não é imprescindível para o exame da abusividade das técnicas de precificação personalizada que se utilizem de Inteligência Artificial, uma vez que as leis atuais já comportam essa interpretação.

Como proposta para efetivar a solução do problema, sugere-se que, quando sobrevierem casos concretos demandando a investigação da abusividade no emprego da técnica de personalização de preços, sejam aplicados os métodos delineados pela Teoria Estruturante do Direito, proposta por Friedrich Müller, de forma que o CDC e todas as demais legislações (inclusive o Marco Legal da IA, caso tenha sido aprovado e esteja vigorando), decisões anteriores, Notas Técnicas emanadas por órgãos de defesa do consumidor e etc., que sejam relevantes à tratativa, recebam as adequadas interpretações, esclarecendo os valores em que se pautou (evitando omissões), além de identificar o âmbito normativo, de acordo com as

peculiaridades do caso e, por fim, concretize a norma, solucionando o caso com a menor discricionariedade possível.

Como se verifica, esta pesquisa sugeriu parâmetros objetivos para a análise da caracterização ou não da abusividade no emprego da técnica de precificação personalizada, de forma a auxiliar em um processo de decisão mais transparente para solução e aplicação prática.

REFERÊNCIAS

- 1 KUPFER, David; HANSENCLEVER, Lia. **Economia industrial: fundamentos teóricos e práticas no Brasil**. São Paulo: Atlas, 2020. *E-book*. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788595157194/>. Acesso em: 25 mar. 2024.
- 2 UNITED STATES OF AMERICA. *Executive Office of the President of the United States. Council of Economic Advisers. **Big data and differential pricing***. [S.l.]: Executive Office of the President of the United States, 2015. Disponível em: https://obamawhitehouse.archives.gov/sites/default/files/whitehouse_files/docs/Big_Data_Report_Nonembargo_v2.pdf. Acesso em: 27 mar. 2024.
- 3 HORTON, Melissa. **3 degrees of price discrimination**. Investopedia – Dotdash Meredith, 2023. <https://www.investopedia.com/ask/answers/042415/what-are-different-types-price-discrimination-and-how-are-they-used.asp>. Acesso em: 30 mar. 2024.
- 4 BRASIL. **Lei n. 10.741, de 1º de outubro de 2003**. Dispõe sobre o Estatuto da Pessoa Idosa e dá outras providências. (Redação dada pela Lei nº 14.423, de 2022). Brasília, DF: Presidência da República, 2003. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/110.741.htm. Acesso em: 25 mar. 2024.
- 5 BRASIL. **Lei n. 12.933, de 26 de dezembro de 2013**. Dispõe sobre o benefício do pagamento de meia-entrada para estudantes, idosos, pessoas com deficiência e jovens de 15 a 29 anos comprovadamente carentes em espetáculos artístico-culturais e esportivos, e revoga a Medida Provisória nº 2.208, de 17 de agosto de 2001. Brasília, DF: Presidência da República, 2013. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112933.htm. Acesso em: 25 mar. 2024.
- 6 ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT (OECD). **The regulation of personalised pricing in the digital era – note by Marc Bourreau and Alexandre de Stree**. Paris: OECD Publishing, 2020. Disponível em: [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WD\(2018\)150/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WD(2018)150/en/pdf). Acesso em: 25 mar. 2024.
- 7 KOGA, Bruno Yudi Soares. **Precificação personalizada**. 1. ed. São Paulo: Almedina, 2021. *E-book*. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786556272894/>. Acesso em: 30 mar. 2024.
- 8 COMPETITION & MARKETS AUTHORITY (CMA). **Pricing algorithms: economic working paper on the use of algorithms to facilitate collusion and personalised pricing**. Londres: Competition & Markets Authority, 2018. Disponível em: https://assets.publishing.service.gov.uk/media/5bbb2384ed915d238f9cc2e7/Algorithms_ec_on_report.pdf. Acesso em: 01 abr. 2024.
- 9 VÉLIZ, Carissa. *If AI Is Predicting Your Future, Are You Still Free? Part of being human is being able to defy the odds. Algorithmic prophecies undermine that*. **Wired**, 27 dez.

2021. Disponível em: <https://www.wired.com/story/algorithmic-prophecies-undermine-free-will>. Acesso em: 02 abr. 2024.
- ¹⁰ VERBICARO, Dennis. **Algoritmos de consumo**: discriminação, determinismo e solução *online* de conflitos na era da inteligência artificial. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2023. *E-book*. Disponível em: <https://next-proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/329992813/v1/page/RB-3.6%20>. Acesso em: 27 mar. 2024.
- ¹¹ EBERS, Martin. *Liability for artificial intelligence and EU consumer law*. **Journal of Intellectual Property, Information Technology and Electronic Commerce Law**, p. 204-221, 2021. Disponível em: ssrn.com/abstract=3855110. Acesso em: 03 abr. 2024.
- ¹² PEIXOTO, Fabiano Hartmann. **Direito e inteligência artificial**: referenciais básicos com comentários à resolução CNJ 332/2020. Distrito Federal: DR.IA, 2020. *E-book*. Disponível em: <https://livros.unb.br/index.php/portal/catalog/view/200/355/1518>. Acesso em: 21 mar. 2024.
- ¹³ MENDES, Laura Schertel; MATTIUZZO, Marcela. Discriminação algorítmica: conceito, fundamento legal e tipologia. **Direito Público**, Porto Alegre, v. 16, n. 90, p. 39-64, 2019. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/3766>. Acesso em: 21 mar. 2024.
- ¹⁴ O'NEIL, Cathy. **Algoritmos de destruição em massa**: como o *big data* aumenta a desigualdade e ameaça a democracia. Tradução Rafael Abraham. 1. ed. São Paulo: Editora Rua do Sabão, 2020.
- ¹⁵ JEONG, Saimi. *Tinder charges older people more*. **CHOICE**, 2020. Disponível em: <https://www.choice.com.au/consumers-and-data/data-collection-and-use/how-your-data-is-used/articles/tinder-plus-costs-more-if-youre-older>. Acesso em: 02 abr. 2024.
- ¹⁶ MIRAGEM, Bruno. **Curso de direito do consumidor**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2024. *E-book*. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559648856/>. Acesso em: 22 mar. 2024.
- ¹⁷ BRASIL. **Decreto n. 5.903, de 20 de setembro de 2006**. Regulamenta a Lei n° 10.962, de 11 de outubro de 2004, e a Lei n° 8.078, de 11 de setembro de 1990. Brasília, DF: Presidência da República, 2006. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/decreto/d5903.htm. Acesso em: 19 maio 2024.
- ¹⁸ BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. **Nota Técnica n. 11/2019/CGEMM/DPDC/SENACON/MJ**. [Brasília]: Ministério da Justiça e Segurança Pública, 2019. Disponível em: <https://www.gov.br/mj/pt-br/assuntos/seus-direitos/consumidor/notas-tecnicas/anexos/11-2019.pdf>. Acesso em: 17 maio 2024.

- ¹⁹ BRASIL. **Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1990. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078compilado.htm. Acesso em: 24 mar. 2024.
- ²⁰ BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcellos e. Capítulo V - Das Práticas Comerciais. *In: GRINOVER, Ada Pellegrini et al. Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do Anteprojeto do CDC e da Lei do Superendividamento*. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022. p. 259-451. *E-book*. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559645527/>. Acesso em: 24 mar. 2024.
- ²¹ ARAUJO JUNIOR, Marco Antonio; GIANCOLI, Bruno. **Curso de direito do consumidor**. 6. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2024. *E-book*. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553623303/>. Acesso em: 05 abr. 2024.
- ²² WADA, Ricardo Morishita. **A proteção do consumidor contra as práticas comerciais abusivas no código de defesa do consumidor: novo ensaio para sistematização e aplicação do direito do consumidor**. 2016. 232 f. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Estudos Pós-Graduados em Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2016. Disponível em: <https://tede2.pucsp.br/handle/handle/19759>. Acesso em: 20 abr. 2024.
- ²³ TARTUCE, Flávio; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito do consumidor: direito material e processual**. Rio de Janeiro: Método, 2024. *E-book*. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559649990/>. Acesso em: 05 abr. 2024.
- ²⁴ BRASIL. **Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2002. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em: 10 abr. 2024.
- ²⁵ MARQUES, Claudia Lima. Parte 1 - Diálogo das fontes, aplicação das normas e teoria do direito - A teoria do ‘diálogo das fontes’ hoje no brasil e seus novos desafios: uma homenagem à magistratura brasileira. *In: MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno (coord.). Diálogo das fontes: novos estudos sobre a coordenação e aplicação das normas no direito brasileiro*. 1. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. p. RB-1.1-RB-1.10. *E-book*. Disponível em: <https://next-proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/243330318/v1/page/RB-1.2%20>. Acesso em: 20 abr. 2024.
- ²⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (2. Turma). **Recurso Especial n. 1.794.971/SP**. Processual civil. Direito do consumidor. Princípio da transparência. Publicidade enganosa e prática abusiva. Artigos 37, § 1º, 39, caput, 55, § 1º, e 57 do código de defesa do consumidor. Poder de polícia de consumo. Sanção administrativa. Apuração de porte econômico. [...]. Relator: Min. Herman Benjamin, 24 de junho de 2020. Disponível em:

https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201900063472&dt_publicacao=24/06/2020. Acesso em: 24 mar. 2024.

- ²⁷ BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2016]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 21 mar. 2024.
- ²⁸ SOUTO, Marcos Juruena Villela. **Desestatização: privatização, concessões e terceirizações**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999.
- ²⁹ CORVAL, Paulo Roberto dos Santos. Os valores sociais da livre-iniciativa. **Revista de Informação Legislativa**, Senado Federal, v. 43, n. 171, jul./set. 2006. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/92842>. Acesso em: 10 abr. 2024.
- ³⁰ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**. 12. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2024. *E-book*. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553621132/>. Acesso em: 19 abr. 2024.
- ³¹ GRAU, Eros Roberto. Título VII - da ordem econômica e financeira; Capítulo I - dos princípios gerais da atividade econômica; art. 170. *In*: CANOTILHO, José Joaquim Gomes *et al.* (coord.). **Comentários à Constituição do Brasil**. 3. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2023. p. 1964-2064. *E-book*. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786553625044/>. Acesso em: 10 abr. 2024.
- ³² BRASIL. **Lei n. 13.874, de 20 de setembro de 2019**. Institui a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica; estabelece garantias de livre mercado; altera as Leis nºs 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), 6.404, de 15 de dezembro de 1976, 11.598, de 3 de dezembro de 2007, 12.682, de 9 de julho de 2012, 6.015, de 31 de dezembro de 1973, 10.522, de 19 de julho de 2002, 8.934, de 18 de novembro 1994, o Decreto-Lei nº 9.760, de 5 de setembro de 1946 e a Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943; revoga a Lei Delegada nº 4, de 26 de setembro de 1962, a Lei nº 11.887, de 24 de dezembro de 2008, e dispositivos do Decreto-Lei nº 73, de 21 de novembro de 1966; e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2019. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/l13874.htm. Acesso em: 24 mar. 2024.
- ³³ COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Direito & economia**. Tradução: Luis Marcos Sander; Francisco Araújo da Costa. 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2010.
- ³⁴ NUSDEO, Fábio. **Curso de Economia: introdução ao direito econômico**. 6. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2023. *E-book*. Disponível em: <https://next-proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/94216336/v12/page/1>. Acesso em: 10 abr. 2024.

- ³⁵ GICO JUNIOR, Ivo. Introdução ao direito e economia. *In*: TIMM, Luciano Benetti (org.). **Direito e economia no Brasil**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 1-33. *E-book*. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788522480555/>. Acesso em: 14 abr. 2024.
- ³⁶ ARAUJO JUNIOR, Ari Francisco de; SHIKIDA, Claudio Djissey. Microeconomia. *In*: TIMM, Luciano Benetti (org.). **Direito e economia no Brasil**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 34-74. *E-book*. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788522480555/>. Acesso em: 14 abr. 2024.
- ³⁷ FRAZÃO, Ana. Precificação personalizada e os riscos de discriminações abusivas: eventual eficiência econômica não pode se dar às custas da violação de direitos dos titulares de dados pessoais. **JOTA**, 2 fev. 2022. Disponível em: https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/constituicao-empresa-e-mercado/precificacao-personalizada-riscos-discriminacoes-abusivas-02022022#_ftnref3. Acesso em: 18 abr. 2024.
- ³⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 449/DF**. Direito constitucional, administrativo e regulatório. Proibição do livre exercício da atividade de transporte individual de passageiros. Inconstitucionalidade. Estatuto constitucional das liberdades [...]. Relator: Min. Luiz Fux, 08 de maio de 2019. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=5167205>. Acesso em: 10 abr. 2024.
- ³⁹ CONSUMERS INTERNATIONAL; MOZILLA. *A Consumer Investigation into Pricing Personalised*. [S.l.], Consumers International; Mozilla, 2021. Disponível em: https://www.consumersinternational.org/media/369070/personalized_pricing.pdf. Acesso em: 31 mar. 2024.
- ⁴⁰ BRASIL. Senado Federal. **Projeto de Lei n. 97, de 2020**. Altera a Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, para impor ao fornecedor o dever de informar o preço de produto ou serviço ofertado por meio de redes sociais, e vedar a oferta de produtos ou serviços com preços diferenciados em razão de perfis ou características individuais de consumidores apuradas nessas redes. Disponível em: https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/140488#tramitacao_10089382. Acesso em: 16 abr. 2024.
- ⁴¹ KOGA, Bruno Yudi Soares; CONTI, Thomas Victor. PL Nº 97/2020: a precificação personalizada deve ser ilegal? Proposta de proibição total destoa da fronteira de melhores práticas em discussão na OCDE. **JOTA**, 9 out. 2021. Disponível em: https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/a-precificacao-personalizada-deve-ser-ilegal-09102021#_edn1. Acesso em: 16 abr. 2024.
- ⁴² BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). **Recurso Extraordinário n. 349.686**. CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. DISTRIBUIÇÃO DE COMBUSTÍVEIS. TRR. REGULAMENTAÇÃO DL 395/38. RECEPÇÃO. PORTARIA MINISTERIAL.

- VALIDADE. 1. O exercício de qualquer atividade econômica pressupõe o atendimento aos requisitos legais e às limitações impostas pela Administração no regular exercício de seu poder de polícia, principalmente quando se trata de distribuição de combustíveis, setor essencial para a economia moderna. 2. O princípio da livre iniciativa não pode ser invocado para afastar regras de regulamentação do mercado e de defesa do consumidor. [...]. Relatora: Min. Ellen Grace, 05 de agosto de 2005. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=261185>. Acesso em: 20 abr. 2024.
- ⁴³ GRINOVER, Ada Pellegrini; BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcellos e. II – Visão geral do código - 1.A necessidade de tutela legal do consumidor. *In*: GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.* **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor**: comentado pelos autores do Anteprojeto do CDC e da Lei do Superendividamento. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022. p. 51-57. *E-book*. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559645527/>. Acesso em: 24 abr. 2024.
- ⁴⁴ MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no código de defesa do consumidor**: o novo regime das relações contratuais. 3. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. *E-book*. Disponível em: <https://next-proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/100078314/v9/page/RB-2.1%20>. Acesso em: 23 abr. 2024.
- ⁴⁵ BESSA, Leonardo Roscoe. **Código de defesa do consumidor comentado**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022. *E-book*. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/books/9786559642298>. Acesso em: 21 abr. 2024.
- ⁴⁶ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2007.
- ⁴⁷ NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. **Comentários ao código de defesa do consumidor**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. *E-book*. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502616271/>. Acesso em: 20 abr. 2024.
- ⁴⁸ BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcellos e. IX. Práticas Abusivas. *In*: BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcellos e; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. 6. ed. **Manual de direito do consumidor**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022. p. RB-9.1-RB-9.42. *E-book*. Disponível em: <https://next-proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/91713421/v10/page/RB-9.9%20>. Acesso em: 21 abr. 2024.
- ⁴⁹ DIAS, Daniel; NOGUEIRA, Rafaela; QUIRINO, Carina de Castro. Vedação à discriminação de preços sem justa causa: uma interpretação constitucional e útil do art. 39, X, do CDC. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 121, p. 51-97, 2019. Disponível em: <https://bd.tjdft.jus.br/jspui/handle/tjdft/45869>. Acesso em: 21 abr. 2024.

- ⁵⁰ BRASIL. **Lei n. 8.884, de 11 de junho de 1994**. Transforma o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) em Autarquia, dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1994. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18884.htm. Acesso em: 24 abr. 2024.
- ⁵¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (2. Turma). **Informativo nº 571**, Período: 15 a 27 de outubro de 2015. DIREITO DO CONSUMIDOR. ABUSIVIDADE NA DISTINÇÃO DE PREÇO PARA PAGAMENTO EM DINHEIRO, CHEQUE OU CARTÃO DE CRÉDITO [...]. Precedentes citados: REsp 1.133.410-RS, Terceira Turma, DJe 7/4/2010. REsp 1.479.039-MG, Rel. Min. Humberto Martins, julgado em 6/10/2015, DJe 16/10/2015. Brasília, DF: Superior Tribunal de Justiça, [2015]. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/?b=INFJ&materia=&orgao=&ano=&relator=&operador=e&thesaurus=JURIDICO&p=true&l=25&refinar=S.DISP.&acao=pesquisar&dtj=&dtde=&livre=diferencia%E7%E3o+de+pre%E7o>. Acesso em: 22 abr. 2024.
- ⁵² BRASIL. **Lei n. 13.455, de 26 de junho de 2017**. Dispõe sobre a diferenciação de preços de bens e serviços oferecidos ao público em função do prazo ou do instrumento de pagamento utilizado, e altera a Lei nº 10.962, de 11 de outubro de 2004. Brasília, DF: Presidência da República, 2017. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/113455.htm. Acesso em: 14 mar. 2024.
- ⁵³ WADA, Ricardo Morishita. **Essencialidade do produto ou serviço diante da análise de ocorrência**. Entrevistadora: Ana Cássia Araujo Oliveira. Brasília, videoconferência, 9 maio 2024.
- ⁵⁴ SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006.
- ⁵⁵ NEGREIROS, Teresa. **Teoria do contrato: novos paradigmas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- ⁵⁶ BRASIL. **Lei n. 1.521, de 26 de dezembro de 1951**. Altera dispositivos da legislação vigente sobre crimes contra a economia popular. Rio de Janeiro, RJ: Presidência da República, 1951. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/11521.htm. Acesso em: 10 maio 2024.
- ⁵⁷ BRASIL. **Lei n. 7.783, de 28 de junho de 1989**. Dispõe sobre o exercício do direito de greve, define as atividades essenciais, regula o atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1989. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17783.HTM. Acesso em: 10 maio 2024.
- ⁵⁸ ABOUD, Georges. **Discricionariedade Administrativa e Judicial: o ato administrativo e a decisão judicial**. 1. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. *E-book*. Disponível em:

proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/102235178/v1/document/102875926/anchor/a-102871205. Acesso em: 05 maio 2024.

- ⁵⁹ STRECK, Lenio Luiz. À guisa de posfácio: o fenômeno positivista e a discricionariedade: porque devemos enfrentar de frente esse fantasma. *In*: ABBOUD, Georges. **Discricionariedade Administrativa e Judicial**: o ato administrativo e a decisão judicial. 1. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. *E-book*. Disponível em: <https://next-proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/102235178/v1/document/102875926/anchor/a-102871205>. Acesso em: 05 maio 2024.
- ⁶⁰ MÜLLER, Friedrich. **Teoria estruturante do direito I**. Tradução Peter Naumann; Eurides Avance de Souza. 1. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. *E-book*. Disponível em: <https://next-proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/94260811/v3/document/94296267/anchor/a-94262469>. Acesso em: 09 maio 2024.
- ⁶¹ BURG, Amanda Karolini; AMORIM FILHO, Nelson Nogueira; GONÇALVES, Everton das Neves. A Teoria Estruturante do Direito de Friedrich Müller no Brasil: uma análise a partir dos estudos acadêmicos realizados no programa de pós-graduação em direito da Universidade Federal de Santa Catarina. **Revista de Direito Público**, Brasília, v. 19, n. 103, p. 255-278, 2022. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/6394>. Acesso em: 6 maio 2024.
- ⁶² FONTOURA, João Fábio Silva da. **Positivismo jurídico e pós-positivismo à luz da metódica estruturante**. 2009. 153 p. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2009. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/handle/123456789/92922>. Acesso em: 06 maio 2024.
- ⁶³ REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. *E-book*. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/books/9788502136847>. Acesso em: 06 maio 2024.
- ⁶⁴ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. **Agravo de Instrumento n. 0008914-24.2018.8.19.0000**. 11ª Câmara de Direito Privado (antiga 27ª Câmara Cível). Relator: Desembargador João Batista Damasceno. Disponível em: <https://www3.tjrj.jus.br/consultaprocessual/#/consultapublica?numProcessoCNJ=0008914-24.2018.8.19.0000>. Acesso em: 12 maio 2024.
- ⁶⁵ BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. **Nota Técnica n. 92/2018/CSA-SENACON/CGCTSA/GAB-DPDC/DPDC/SENACON/MJ**. PROCESSO Nº 08012.002116/2016-21. [Brasília]: Ministério da Justiça e Segurança Pública, 2018. Disponível em: https://www.cmlagoasanta.mg.gov.br/abrir_arquivo.aspx/PRATICAS_ABUSIVAS_DECOLARCOM?cdLocal=2&arquivo=%7BBBCA8E2AD-DBCA-866A-C8AA-BDC2BDEC3DAD%7D.pdf. Acesso em: 12 maio 2024.

- ⁶⁶ BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. **Decolar é multada em R\$2,5 milhões por oferecer melhores preços a clientes que estão fora do Brasil**: Secretaria Nacional do Consumidor concluiu que a empresa cometeu infrações por não prestar informações claras e concisas. [S.l.]: Ministério da Justiça e Segurança Pública, 22 jun. 2022. Atualizado em 03 nov. 2022. Disponível em: <https://www.gov.br/mj/pt-br/assuntos/noticias/decolar-e-multada-em-r-2-5-milhoes-por-oferecer-melhores-precos-a-clientes-que-estao-fora-do-brasil>. Acesso em: 11 maio 2024.
- ⁶⁷ BRASIL. **Lei n. 12.965, de 23 de abril de 2014**. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. Brasília, DF: Presidência da República, 2014. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/112965.htm. Acesso em: 14 maio 2024.
- ⁶⁸ FÁVARO, Heitor Tales de Lima. *E-commerce vs geodiscriminação: o que é geoblocking e geopricing?* Toda e qualquer diferenciação de preços e bloqueio de conteúdo será abusiva? **JOTA**, 28 abr. 2018. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/geoblocking-geopricing-28042018>. Acesso em: 14 maio 2024.
- ⁶⁹ FEDERAÇÃO DO COMÉRCIO DE BENS, SERVIÇOS E TURISMO DO ESTADO DE SÃO PAULO (FECOMERCIO-SP). **Pink tax**: produtos são mais caros para mulheres: Mesmo com remuneração menor, produtos voltados a mulheres custam mais em 42% dos casos, conforme avaliação internacional de mercado. São Paulo: FECOMERCIO-SP, 17 nov. 2023. Disponível em: <https://www.fecomercio.com.br/noticia/pink-tax-produtos-sao-mais-caros-para-mulheres>. Acesso em: 18 maio 2024.
- ⁷⁰ BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Secretaria Nacional do Consumidor. Coordenação Geral de Estudos e Monitoramento de Mercado. **Nota Técnica n. 6/2023/CGEMM/DPDC/SENACON/MJ**. [Brasília]: Ministério da Justiça e Segurança Pública, 2023. Disponível em: <https://www.gov.br/mj/pt-br/assuntos/seus-direitos/consumidor/notas-tecnicas/nota-tecnica-no-6-2023-cgemm-dpdc-senacon-mj.pdf>. Acesso em: 17 maio 2024.
- ⁷¹ INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA (IBGE). **Estatísticas de Gênero**: Indicadores sociais das mulheres no Brasil. 3. ed. Rio de Janeiro: IBGE, 2024. Disponível em: https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv102066_informativo.pdf. Acesso em: 18 maio 2024.
- ⁷² ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE COMÉRCIO ELETRÔNICO (ABCOMM). **Números do e-commerce**: principais indicadores do *e-commerce*: 2023 - perfil dos compradores *online*: (pedidos). São Paulo: ABCOMM, 2023. Disponível em: <https://dados.abcomm.org/numeros-do-ecommerce-brasileiro>. Acesso em: 19 mar. 2024.
- ⁷³ FRAZÃO, Ana. Precificação dinâmica e danos ao consumidor: Desafios jurídicos para a era dos algoritmos de precificação. **JOTA**, 27 mar. 2024. Disponível em: https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/constituicao-empresa-e-mercado/precificacao-dinamica-e-danos-ao-consumidor-27032024#_ftn1. Acesso em: 18 maio 2024.

- ⁷⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Secretaria de Comunicação Social. **Villas Bôas Cueva preside comissão de juristas que ajudará o Senado a regulamentar inteligência artificial**. Brasília: STJ, 18 fev. 2022. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/18022022-Villas-Boas-Cueva-preside-comissao-de-juristas-que-ajudara-o-Senado-a-regulamentar-inteligencia-artificial.aspx>. Acesso em: 19 abr. 2024.
- ⁷⁵ BRASIL. Senado Federal. **Projeto de Lei n. 2.338, de 2023**. Dispõe sobre o uso da Inteligência Artificial. Brasília: Senado Federal, 2023. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/157233>. Acesso em: 19 maio 2024.
- ⁷⁶ GOMES, Eduardo. **Texto Preliminar**. Brasília: Comissão Temporária Interna sobre Inteligência Artificial no Brasil, 2024. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/comissoes/arquivos?ap=8139&codcol=2629>. Acesso em: 19 maio 2024.
- ⁷⁷ BRASIL. Senado Federal. **Comissão Temporária Interna sobre Inteligência Artificial no Brasil**. Brasília: Senado Federal, 2023. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/comissoes/comissao?codcol=2629>. Acesso em: 19 maio 2024.
- ⁷⁸ BELLI, Luca. Regulação da inteligência artificial para inglês ver? A importância da fiscalização, padronização e *enforcement*. **JOTA**, 6 mar. 2024. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/ia-regulacao-democracia/regulacao-da-inteligencia-artificial-para-ingles-ver-06032024>. Acesso em: 20 maio 2024.